



HAL
open science

La confiscation et le recouvrement des produits du crime dans l'Union européenne

Charlotte Andrée Saumagne

► **To cite this version:**

Charlotte Andrée Saumagne. La confiscation et le recouvrement des produits du crime dans l'Union européenne. Droit. Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2021. Français. NNT : 2021PAUU2105 . tel-04322002

HAL Id: tel-04322002

<https://theses.hal.science/tel-04322002>

Submitted on 4 Dec 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La confiscation et le recouvrement des produits du crime dans l'Union européenne

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT PÉNAL ET SCIENCES
CRIMINELLES

École doctorale des Sciences Sociales et Humanités (ED 481 SSH)
Centre de Documentation et de Recherches européennes (CDRE EA 3004)

Présentée et soutenue publiquement à Bayonne le 16 décembre 2021

par **Charlotte SAUMAGNE**

JURY

Stefan BRAUM, Professeur à l'Université du Luxembourg, Rapporteur

Éric CAMOUS, Procureur de la République

Renaud CARRIER, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Lisa DUMOULIN, Maître de conférences, HDR, à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour,
Directrice de la recherche

Juliette LELIEUR, Professeure à l'Université de Strasbourg, Rapporteur

Guillemine TAUPIAC-NOUVEL, Maître de conférences, HDR, à l'Université de Pau et des
Pays de l'Adour

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à ma directrice de thèse, Madame Lisa Dumoulin, pour sa confiance, son implication et ses conseils durant toutes ces années et sans laquelle je n'aurais pu mener à bien ce travail, ainsi qu'au Professeur Henri Labayle, qui m'a offert cette opportunité de mener un travail de recherches dans les meilleures conditions qui soient.

Je remercie ensuite les membres du CDRE, qui ont été durant ce travail de recherche des alliés précieux. Je pense notamment à Géraldine, Maiténa, Valérie, ainsi que mes collègues doctorantes : Joanna, Amélie, Marguerite, Marion.

J'adresse mes remerciements aux personnes que j'ai rencontrées, avec lesquelles j'ai échangé, et qui ont contribué à la réalisation de ce travail : M. Charles Duchaine, ancien directeur de l'AGRASC, Monsieur Jean-Marie Huet, Ancien Procureur général près de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, M. Stephen Braum, professeur à l'Université de Luxembourg, ainsi que toutes les personnes et professeurs rencontrés au CDRE ou lors des ateliers doctoraux organisés dans le cadre du GDR-ELSJ.

En outre, j'adresse des remerciements tout particuliers à Argi et Olga, elles ont été présentes dès le début, ont été mes relectrices et mes confidentes et c'est avec un grand plaisir de finir avec elles. Je remercie également Odile et ma belle-mère pour leurs relectures et conseils.

Enfin, mes remerciements les plus vifs vont aux membres de ma famille, ma mère, mon père, mon conjoint, ma fille et mon beau-père pour leur amour et leur soutien.

À mes grands-parents.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

§	Paragraphe
aff.	Affaire
AGRASC	Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués
AJ Pénal	Actualité Juridique Pénale
al.	Alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
ANBSC	<i>Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata</i>
Art.	Article
BAU	<i>Bureau Analysis Unit</i>
BGA	Bureau de gestion des avoirs
BJB	Bulletin Joly Bourse
BOOM	<i>Criminal Assets Deprivation Bureau</i>
BRA	Bureau de recouvrement des avoirs
c.	Contre
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CA	Cour d'Appel
CAB	<i>Criminal Asset Bureau</i>
CARIN	<i>Camden Assets Recovery Inter-Agency Network</i>
Cass. civ.	Arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CC	Code civil
CCFD-Terre solidaire	Comité catholique contre la faim et pour le développement – Terre solidaire
CDC	Caisse des dépôts et consignations
CE	Conseil d'État
CEART Project	Centers of Excellence in Asset Recovery and Training Project
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEPEJ	Commission européenne pour l'efficacité de la justice
CIDAD	Inter-American Drug Abuse Control Commission
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNIL	Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
coll.	Collection
COM	Communication
Com.	Arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
cons.	Considérant
COSC	Organe central pour la saisie et la confiscation
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
CRF	Cellule de renseignement financier
dactyl.	Dactylographiée
dir.	Direction
ECE	Équipe commune d'enquête
éd.	Édition

EIXM	Modèle européen de l'échange d'informations
ét.	Étude
etc.	<i>Et cetera,</i>
ERA Forum	Journal of the Academy of European Law
Eurcrim.	Journal for the Protection of the Financial Interests of the EU
Eur. J. Crim. Policy Res.	European Journal on Criminal Policy and Research
fasc.	Fascicule
FICOBA	Fichier national des comptes bancaires et assimilés
GAFI	Groupe d'action financière
Gaz. pal.	La Gazette du Palais
GRASCO	Revue du Groupe de Recherches Action sur la Criminalité Organisée
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem,</i> au même endroit
<i>in.</i>	Dans
J.-Cl.	JurisClasseur
JAI	Justice et affaires intérieures
JCP.-G	La Semaine Juridique Édition Générale
JCP.-N	La Semaine Juridique Notariale et Immobilière
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européen
LIBE	Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>loc. cit.</i>	<i>Loco citato,</i> à l'endroit précité
MIDELCAC	Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives
MOKAS	<i>Unit for Combating Money Laundering</i>
n°	numéro
NCBC	Confiscation non-fondée sur une condamnation
NGP	Nouvelle gestion publique
NMP	Nouveau management public
NRA	<i>National Revenue Agency</i>
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OGPRA	<i>Office of Government Representation in Property Affairs</i>
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato,</i> dans l'ouvrage précité
ORGA	<i>Oficina de Recuperacion y Gestion de Activos</i>
ONU	Organisation des Nations unies
ONUDC	Office des nations unies contre la drogue et le crime
p.	Page
PIAC	Plate-forme d'identification des avoirs criminels
PIB	Produit intérieur brut
POCP	<i>Project Organised Crime Portfolio</i>
PPE	Personnes politiquement exposées
PPU	Procédure préjudicielle d'urgence
PUF	Presse universitaire de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rec.	Recommandation
Recma	Revue Internationale de l'Économie sociale
Rép.	Répertoire Dalloz

rév.	Révision
RJE	Réseau Judiciaire Européen
RTD eur.	Revue Trimestrielle de Droit européen
RSC	Revue de Science Criminelle
s.	Suivant
SIS	Système d'information Schengen
StAR	L'initiative pour le recouvrement des avoirs volés
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne
UMR	Unité mixte de recherche
v.	Voir
vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	13
PARTIE 1. LE RENFORCEMENT DU CADRE JURIDIQUE DE LA CONFISCATION ET DU RECOUVREMENT DES PRODUITS DU CRIME DANS L'UNION EUROPÉENNE.....	53
TITRE 1. DES DÉCISIONS DE CONFISCATION RENDUES DANS LE CADRE DE PROCÉDURES EN LIEN AVEC UNE INFRACTION PÉNALE.....	57
CHAPITRE 1. La consolidation des mécanismes de confiscation fondée sur une condamnation pénale.....	59
CHAPITRE 2. L'adoption de la confiscation non fondée sur une condamnation pénale.....	107
TITRE 2. UNE RECHERCHE D'EFFICACITÉ DES INSTRUMENTS DE RECONNAISSANCE MUTUELLE DES DÉCISIONS DE GEL ET DE CONFISCATION	151
CHAPITRE 1. La modernisation des instruments de reconnaissance mutuelle en matière de gel et de confiscation	153
CHAPITRE 2. L'introduction de garanties procédurales pour les personnes concernées par les mesures de gel et de confiscation	187
PARTIE 2. LA CONSTRUCTION D'UN CADRE INSTITUTIONNEL AUX FINS DE CONFISCATION ET DE RECOUVREMENT DES PRODUITS DU CRIME DANS L'UNION EUROPÉENNE	231
TITRE 1. LE DÉVELOPPEMENT DU RÔLE DES BUREAUX DE RECOUVREMENT DES AVOIRS DANS L'ÉCHANGE D'INFORMATIONS	235
CHAPITRE 1. La facilitation de l'échange d'informations	237
CHAPITRE 2. La facilitation de l'échange des « bonnes pratiques »	277
TITRE 2. LA MISE EN PLACE D'ORGANES SPECIALISÉS AUX FINS DE GESTION DES PRODUITS DU CRIME	313
CHAPITRE 1. L'établissement d'organes ou services chargés de gérer les biens.....	317
CHAPITRE 2. Les effets de la phase de gestion sur la coopération judiciaire en matière pénale.....	363
CONCLUSION GÉNÉRALE	407

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. **Objet d'étude.** Depuis quelques décennies, la sanction ou la peine de confiscation connaît un renouveau. La confiscation des produits du crime n'est pas un concept récent. La sanction de confiscation, qui peut se définir comme la dépossession permanente d'un bien sur décision d'un Tribunal ou d'une autorité judiciaire, est connue de tous les États et ce, depuis le droit romain. Elle fait partie des peines dites complémentaires, c'est-à-dire une peine qui s'ajoute aux peines principales. Cependant, dès la fin des années 1980, elle a connu un nouvel essor. Le droit international public en a fait un instrument incontournable de la lutte contre la criminalité organisée transnationale. L'Organisation des Nations unies (ONU) a porté la promotion et le développement de la confiscation à l'échelle internationale. Elle a adopté en 1988 la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, qui met en lumière, pour la première fois, la nécessité d'agir sur le produit des activités illicites¹. Elle y expose que « *conscientes que le trafic illicite est la source de gains financiers et de fortunes importantes qui permettent aux organisations criminelles transnationales de pénétrer, contaminer et corrompre les structures de l'État, les activités commerciales légitimes et la société à tous les niveaux* », elle est résolue « *à priver ceux qui se livrent au trafic illicite du fruit de leurs activités criminelles et à supprimer ainsi leur principal mobile* »². Par la suite, d'autres instruments internationaux sont venus s'y ajouter, dont les conventions des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée³ et contre la corruption⁴. Des conventions régionales ont également été adoptées, telles que la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment de capitaux, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime de 1990 modifiée et modernisée en 2005 par la Convention de Varsovie⁵ qui instaure un « *régime complet de coopération en matière de dépistage, de gel*

¹ Convention adoptée par la Conférence des Nations Unies pour l'Adoption d'une Convention contre le Trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes à sa sixième réunion plénière, tenue à Vienne du 25 novembre au 20 décembre 1988.

² Préambule de la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, *ibid.*

³ Convention adoptée par la résolution 55/25 de l'Assemblée générale pour l'adoption de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000.

⁴ Convention adoptée par la résolution 58/4 de l'Assemblée générale pour l'adoption de la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003.

⁵ Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime n°141 adoptée à Strasbourg le 8 novembre 1990 modifiée par la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme n° 198, adoptée Varsovie à le 16 mai 2005.

et de confiscation des profits du criminels »⁶ applicable à toutes les formes de criminalité, mais également la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption⁷ ou encore la Convention interaméricaine contre la corruption⁸.

Les conventions adoptées à une échelle internationale ou régionales ont conduit à promouvoir et à développer la sanction ou la peine de confiscation. Sa fonction initiale, telle que portée par les premières conventions, soit la lutte contre la criminalité organisée (I), a mué. Trente ans après l'adoption des premières conventions qui ont diffusé l'idée que le crime ne devait pas payer, la sanction ou la peine de confiscation tend à devenir une sanction ou une peine dite « *habituelle* » pour toutes infractions susceptibles de générer un profit dit illicite. La généralisation de la sanction ou de la peine de confiscation a notamment été accompagnée par le droit européen, qui dès 2005 la prévoit pour toute infraction passible d'une peine d'emprisonnement d'au moins un an (II).

⁶ K. Prost, « *Pratique et nouvelles tendances de l'entraide judiciaire : l'avenir de la coopération internationale* », 1998 (URL : https://web.oas.org/mla/en/G_Countries_MLA/can_mla_doc_fr.pdf)

⁷ Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption adoptée le 01 juillet 2003 et entrée en vigueur le 05 août 2006.

⁸ Convention interaméricaine contre la corruption adoptée le 29 mars 1996 à Caracas.

I. La promotion et le développement de la confiscation et du recouvrement des produits du crime par le droit international public

2. Un renouveau de la confiscation portée par le droit international public. L'idée de priver les criminels des produits de leurs crimes s'est diffusée par le droit international public. Autour de cette idée, s'est construite et s'est diffusée progressivement l'idée que la sanction ou la peine de confiscation constituait un des instruments les plus efficaces pour lutter contre les groupes criminels organisés, et notamment contre la criminalité organisée transnationale car, elle permet d'agir sur les produits générés par la commission d'infractions (A). C'est dans ce contexte que l'ONU, puis le Conseil de l'Europe ont promu et développé la confiscation et le recouvrement des produits du crime (B).

A. Un instrument dédié à la lutte contre les produits générés par la criminalité organisée transnationale

3. Un outil efficace pour lutter contre la criminalité organisée transnationale. L'ONU met en place et ce, dès la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et des substances psychotropes de 1988, une approche sectorielle et globale de la confiscation et du recouvrement des produits du crime dans le cadre spécifique des procédures d'entraide répressive et de coopération judiciaire. C'est dans la perspective de lutter contre ces formes graves de criminalité transnationale que la question de la confiscation et du recouvrement des produits du crime a connu un nouvel élan législatif et s'est développée au point de concurrencer actuellement la peine d'emprisonnement. Il serait ainsi plus efficace de prononcer une sanction ou une peine de confiscation que de prononcer une peine de privation de liberté.

4. Un instrument de lutte contre les infractions dites transnationales. Avant de définir ce que recouvre l'expression criminalité organisée, il est important de préciser le terme d'« *infraction transnationale* », puisque les premières conventions onusiennes qui traitent de la question de la confiscation et du recouvrement des produits du crime visent à lutter contre des formes de criminalité transfrontière. Ainsi, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée en donne une définition précise. Pour elle, « *une infraction est de nature transnationale si : elle est commise dans plus d'un État ; elle est commise dans un État mais qu'une partie substantielle de sa préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre État ; elle est commise dans un État mais implique un*

*groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un État ; ou elle est commise dans un État mais a des effets substantiels dans un autre État »*⁹. Ainsi, l'infraction doit « *se manifester dans deux pays ou plus par des infractions suffisamment graves pour que leurs auteurs relèvent de la compétence pénale des tribunaux de n'importe lequel de ces pays* »¹⁰. Il est important de souligner que les organisations criminelles ont développé à l'étranger « *des filiales* » et noué des réseaux nationaux et transnationaux¹¹ pour écouler les marchandises illicites, pour protéger les profits générés par les activités illicites ou encore pour protéger les auteurs de condamnations pénales. Ces situations justifient l'intervention de la communauté internationale afin que ces comportements reçoivent une réponse coordonnée de la part des États parties aux conventions, que l'entraide répressive et la coopération judiciaire soient facilitées, mais également d'éviter autant que faire se peut les situations de « *forum shopping* », c'est-à-dire la création de zones géographiques dans lesquelles il serait difficile ou impossible de prononcer ou de faire exécuter une décision de condamnation et/ou de sanction en raison d'une législation pénale plus douce.

5. La définition de la notion de criminalité organisée au sens de la Convention des Nations unies de lutte contre la criminalité transnationale organisée. L'expression de criminalité organisée, quant à elle, couvre en réalité de multiples activités illicites, puisque les groupes criminels organisés ont un caractère polycriminel, « *c'est-à-dire sans spécialité, apte à s'investir de manière opportuniste et pragmatique dans tous les marchés criminels, et ce dans des logiques de pure prédation* »¹², et fait référence à des structures différentes de groupes criminels. Le concept de groupe criminel organisé ou de criminalité organisée est un concept polyvalent. Cela ressort « *de manière claire tant des définitions académiques que des dispositions juridiques et des connaissances de terrain* »¹³, rendant complexe l'extraction d'une définition juridique commune à tous les États¹⁴. En effet, ce concept couvre une grande diversité de phénomènes, variant d'un État à un autre. Sur ce point, des auteurs démontrent la

⁹ Article 3 de la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée le 15 novembre 2000 et entrée en vigueur le 29 septembre 2003.

¹⁰ ONUDC, « *Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime* », Vienne, 2013, p. 5.

¹¹ M-R Roudaut, « *Marchés criminels. Un acteur global* », PUF, coll. Questions judiciaires, Paris, mai 2012, p. 32.

¹² J-F Gayraud, « *Dans les eaux glacées du crime organisé* », Etudes 10/2013 (Tomes 419), p. 295-306. URL : <http://www.cairn.info.rproxy.univ-pau.fr/revue-etudes-2013-10-page-295.htm> (consulté le 19 octobre 2015).

¹³ M.L. Cesoni, « *Criminalité organisée – Des représentations sociales aux définitions juridiques* », LGDJ – GEORG – Bruylant, Paris – Genève – Bruxelles, 2004, p. 6.

¹⁴ *Ibid.*

variété des structures composant le paysage de la criminalité organisée¹⁵. Ainsi, J-M Dasque, dans son ouvrage « *Géopolitique du crime international* », distingue les mafias, des protomafias, des cartels et les gangs. De même, Stéphane Queré et Xavier Raufer montrent les différents stades de développement, d'ascension des organisations criminelles, partant de la simple association de malfaiteurs à la mise en place de véritables mafias¹⁶. Les législations nationales et les dispositifs afférents à celles-ci sont, par conséquent, eux aussi distincts. Face à cette hétérogénéité des structures criminelles et des législations nationales, l'ONU a développé une définition juridique pour permettre aux États de coopérer sur une base juridique commune. Il est important de rappeler qu'en matière d'entraide répressive et de coopération judiciaire les États Parties sont soumis au principe de la double incrimination, qui, de façon générale, peut s'entendre comme le fait de vérifier, dans le droit de l'État d'exécution, si le comportement et les actes mentionnés dans le jugement de l'État d'émission correspondent à une incrimination prévue dans le droit de l'État d'exécution¹⁷. La reconnaissance de ce principe

¹⁵ V° S. Quere et X. Raufer, « *Le crime organisé* », PUF, Coll. « Que sais-je ? », Paris, 2005, pp. 14-18 ; J-M Dasque, « *Géopolitique du crime international* », Ellipses, Paris, 2008, p. 12 ; M-L CESONI, « *Criminalité organisée – Des représentations sociales aux définitions juridiques* », LGDJ – GEORG – Bruylant, Paris – Genève – Bruxelles, 2004.

¹⁶ S. Quere et X. Raufer, *ibid.*, pp. 14-18.

¹⁷ La CJUE précise par un arrêt de la Cour, Procédure pénale contre Josef Grundza, n° C 289/15, rendu le 11 janvier 2017 que « *la condition de la double incrimination doit être considérée comme étant satisfaite dans une situation telle que celle en cause au principal, dès lors que les éléments factuels à la base de l'infraction, tels que reflétés dans le jugement prononcé par l'autorité compétente de l'État d'émission, seraient également, en tant que tels, passibles d'une sanction pénale sur le territoire de l'État d'exécution s'ils s'étaient produits sur ce territoire* ». La Cour n'exige pas une concordance des éléments matériels constitutifs de l'infraction, mais une constatation d'une similitude factuelle entre les comportements condamnés dans la décision de l'État d'émission et les comportements similaires condamnés dans le droit de l'État d'exécution.

La Cour répondait à la situation suivante : Un tribunal Tchèque a condamné en 2014 M. Grundza, ressortissant slovaque, à une peine de 15 mois de réclusion pour non vol avec effraction et pour obstruction à l'exécution de la décision d'un organe de l'autorité publique, soit le non-respect de l'interdiction de conduire qui lui a été faite. Lors de sa demande de reconnaissance mutuelle, l'État d'exécution ne précise que les délits en cause font partie de la liste des 32 infractions non-soumis au principe de double incrimination, et ils y sont soumis, par conséquent. Or, les éléments constitutifs du délit d'obstruction à l'exécution de la décision d'un organe de l'autorité publique ne sont pas identiques dans les deux États membres. L'État slovaque reconnaît ce délit si, et seulement si, la décision est prononcée par une autorité slovaque pour une infraction commise sur son territoire.

La question préjudicielle posée est la suivante : « *selon la juridiction de renvoi, l'appréciation du fait pour lequel M. Grundza a été condamné en République tchèque fait apparaître, in concreto, qu'il ne s'agit pas d'une « infraction » au sens de l'article 348, paragraphe 1, sous d), du code pénal slovaque, dans la mesure où ce fait ne correspond pas aux éléments factuels constitutifs de l'infraction consistant en une obstruction à l'exécution d'une décision officielle au sens de cette disposition. En effet, M. Grundza a été condamné pour obstruction à une décision adoptée par un organe de la République tchèque, décision qui ne produirait ses effets que sur le territoire de cet État membre. La juridiction de renvoi s'interroge également sur la question de savoir si, eu égard à l'objectif poursuivi par la décision-cadre 2008/909, à savoir faciliter la réinsertion sociale d'une personne condamnée, et ce, notamment, en développant la coopération entre les États membres lors de l'exécution des jugements en matière pénale dans un cas comme celui en cause au principal, dans lequel un intérêt protégé par l'ordre juridique de l'État d'émission a été violé, il n'y aurait pas lieu d'examiner la double incrimination in abstracto, à savoir comme si un intérêt protégé par l'ordre juridique de l'État d'exécution avait été violé* ». La Cour précise qu'il n'y a pas lieu à se positionner sur la nature *in concreto* ou *in abstracto* du principe de double incrimination puisque la décision ne renvoie pas de telles notions. En revanche, elle précise que la condition de la

ouvre droit à l'exécution de la décision judiciaire et à l'exécution de la sanction pénale, qui en découle. Par conséquent, la Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée transnationale définit l'incrimination de participation à un groupe criminel organisé comme « *le fait de s'entendre avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave à une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou autre avantage matériel et, lorsque le droit interne l'exige, impliquant un acte commis par un des participants en vertu de cette entente ou impliquant un groupe criminel organisé, ainsi que la participation active d'une personne ayant connaissance soit du but et de l'activité criminelle générale d'un groupe criminel organisé, soit de son intention de commettre les infractions en question, c'est-à-dire les activités criminelles du groupe criminel organisé ou à d'autres activités du groupe criminel organisé lorsque cette personne sait que sa participation contribuera à la réalisation du but criminel susmentionné* »¹⁸. Mais également, entre dans la définition, « *le fait d'organiser, de diriger, de faciliter, d'encourager ou de favoriser au moyen d'une aide ou de conseils la commission d'une infraction grave impliquant un groupe criminel organisé entre également dans la définition de l'infraction de participation à un groupe criminel organisé* »¹⁹. De cette définition, deux conditions majeures caractérisent l'incrimination de participation à un groupe criminel organisé : la structure du groupe criminel organisé, d'une part, et le but ou la volonté de se réunir en vue de commettre des infractions pour en tirer un avantage économique ou matériel, d'autre part.

Tout d'abord, la convention définit le concept de groupe criminel organisé. Il s'agit d'« *un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel* »²⁰. Cette définition renvoie à un élément essentiellement pour qu'un groupe criminel organisé soit constitué : le groupe doit être structuré et composé de trois personnes ou plus. La notion de groupe structuré désigne « *un groupe qui ne s'est pas constitué au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée* »²¹. Il est intéressant de noter que cette définition englobe

double incrimination – principe qui constitue en droit européen une exception à la règle de reconnaissance mutuelle – est remplie si une concordance factuelle, et non légale, est constatée.

¹⁸ Art. 5.1, a), Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée transnationale, *op. cit.*

¹⁹ Art. 5.1, b), *ibid.*

²⁰ Art. 2, a), *ibid.*

²¹ Art. 2, c), *ibid.*

les différents types d'organisation criminelle, de la moins structurée à la plus hiérarchisée. L'élément à retenir de cette définition est l'élément intentionnel : la réunion volontaire de personnes pour commettre une infraction, dont le but est de tirer un avantage économique ou autre avantage matériel.

Ensuite, l'incrimination de participation à un groupe criminel organisé, et cela ressort également de la définition du concept de groupe criminel organisé, impose que la réunion de ces trois personnes ou plus est faite dans le but de commettre une ou plusieurs infractions pour en tirer un avantage financier ou un autre avantage matériel. Deux éléments nécessitent d'être définis ici : la nature des infractions retenues dans le cadre de la reconnaissance de l'incrimination de participation à un groupe criminel organisé et la notion d'avantage financier ou un autre avantage matériel. Concernant le premier élément, la convention impose aux États de prendre des mesures pour sanctionner « *le fait de s'entendre avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave* ». La réunion des participants doit être faite dans le but de commettre une infraction grave. Au sens de la convention, l'expression d'infractions graves renvoie à des infractions qui supposent une peine privative de liberté égale ou supérieure à quatre ans, ainsi que les incriminations prévues par la convention, soit l'incrimination de blanchiment de capitaux et celle de corruption. Il est important d'insister sur le fait que l'une des caractéristiques essentielles des groupes criminels organisés est le caractère polycriminel de leurs activités. Ainsi, M-L Cesoni distingue « *trois grands domaines d'activité* » dans lesquels les organisations criminelles opèrent. Tout d'abord, elle mentionne la « *criminalité organisée de violence : attentats homicides voire terrorismes, prises d'otages et enlèvements, hold up, racket, intimidations, ...* »²². La violence fait partie des moyens permettant à l'organisation criminelle de protéger ses profits et de garder un moyen de contrôle, de pression sur les personnes la composant et l'entourant. Ensuite, elle aborde les « *activités et trafics illicites extrêmement rémunérateurs* ». Elle cite à cet égard l'« *exploitation de maison de jeu et de casinos, proxénétisme et prostitution, traite des êtres humains (à caractère sexuelle ou non), trafics de drogue, de médicaments, d'armes, de matériaux sensibles (déchets toxiques, uranium), d'œuvres d'art, de voitures volées, de contrefaçons, ...* »²³. Enfin, elle rappelle l'implication des organisations criminelles dans « *la criminalité économique et d'affaires, comme : forme de participation astucieuse et illicite à l'économie légale et régulière (fraudes financières, fiscales, douanières, escroqueries, ...)* ; *moyen pour assurer son influence et*

²² M-L Cesoni, « *Criminalité organisée – Des représentations sociales aux définitions juridiques* », *op. cit.*, p. 49.

²³ *Ibid.*

implantation (corruption et achat de voix, ...) ; mode de recyclage des profits criminels »²⁴. Concernant le second élément, la convention précise que « le fait de s'entendre avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave » doit se faire dans le but d'obtenir directement ou indirectement un avantage financier ou autre avantage matériel. Il s'agit de la seconde condition cumulative : sont visées les infractions graves si elles sont commises dans le but de tirer directement ou indirectement un avantage financier ou autre avantage matériel.

6. La condition de tirer directement ou indirectement un avantage financier ou autre avantage matériel, le point de départ de notre étude. Cette dernière condition, qu'est le fait de tirer directement ou indirectement un avantage financier ou autre avantage matériel, constitue le point de départ de cette recherche. C'est de cet élément intentionnel de l'incrimination de participation à un groupe criminel organisé que l'idée de frapper les criminels au portefeuille s'est construite et diffusée. De cet élément, les textes ont promu et développé la sanction ou la peine de confiscation pour agir sur cet élément constitutif de l'infraction. La promotion et le développement de la sanction ou la peine de confiscation ont été si important qu'ils ont influencé « les genres d'assistance que se prêtent les États en matière d'enquête et de poursuites criminelles »²⁵. Les procédures mises en place ont pour objectif de viser les produits du crime²⁶.

B. L'apport des conventions internationales à la thématique de la confiscation et du recouvrement des produits du crime

7. L'influence des conventions internationales sur la promotion et le développement de la confiscation et du recouvrement des produits du crime. Pour répondre à l'objectif de priver les délinquants des produits de leurs crimes, les conventions internationales des Nations Unies (1), d'une part, et du Conseil de l'Europe (2), d'autre part, ont mis en place des procédures spécifiques d'entraide répressive et de coopération pénale centrées sur la recherche des produits du crime. Elles ont influencé ainsi les genres d'assistance que se prêtent les États en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime, mais cette influence doit

²⁴ *Ibid.*

²⁵ K.Prost, « *Pratique et nouvelles tendances de l'entraide judiciaire : l'avenir de la coopération internationale* », *op.cit.*

²⁶ Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations unies contre la criminalité organisée transnationale, p. 113, §335.

être cependant relativisée. La grande hétérogénéité des systèmes nationaux de confiscation et de recouvrement des produits du crime constitue un obstacle important à une entraide répressive et une coopération judiciaire efficaces.

1. L'apport des conventions onusiennes aux procédures d'entraide répressive et de coopération judiciaire

8. Des procédures d'entraide répressive et de coopération judiciaire rendues complexes par des systèmes nationaux de confiscation hétérogènes. Comme le souligne K. Prost, « *il n'est pas deux États à avoir adopté le même dispositif législatif en matière de gel et de confiscation* »²⁷. Ce constat explique le caractère complexe des procédures d'entraide répressive et de coopération judiciaire.

La notion de confiscation a un caractère polymorphe. La confiscation est une sanction pécuniaire qui se définit communément comme la dépossession ou la privation permanente de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente. Cependant, elle est une notion complexe, qui prend classiquement deux formes : la confiscation dite générale et la confiscation dite spéciale. La confiscation générale se définit comme « *une peine complémentaire facultative qui s'attache à certaines condamnations criminelles et qui consiste dans la mainmise de la Nation sur les biens du condamné* »²⁸. Elle porte sur tout ou partie des biens, qu'ils aient été acquis de façon licite ou illicite. Cette peine est matérialisée par la maxime « *qui confisque le corps confisque le bien* », elle était sous l'Ancien droit l'accessoire de la peine de mort. Elle s'apparentait à une mort civile²⁹. Cette forme de confiscation a été historiquement maintenue, suspendue, voire supprimée³⁰. Le Professeur Pradel dit d'elle qu'elle « *apparaît comme une institution à éclipses : elle disparaît pendant les périodes de*

²⁷ K. Prost, « *Pratique et nouvelles tendances de l'entraide judiciaire : l'avenir de la coopération internationale* », *op.cit.*

²⁸ J. Pradel, « *Droit pénal général* », Cujas, coll. Référence, 20^e éd., Paris, août 2014.

²⁹ Désapprouvée par C. Beccaria dans son *Traité des délits et des peines*, il l'assimile à une mort civile.

³⁰ Elle a été l'accessoire de la peine de mort depuis un capitulaire de 809, celle-ci avait les faveurs des juridictions seigneuriales sous l'Ancien régime. Déclarée contraire au principe de la personnalité des peines, elle fut supprimée par la loi des 21-30 janvier 1790, puis réintroduite en 1793 par le décret du 10 mars 1793 organisant le tribunal révolutionnaire. Maintenu à titre de peine principale par le Code pénal de 1810, elle fut supprimée par les chartes de 1814, 1830 et par la Constitution de 1848. Elle a été par la suite réintroduite progressivement après la première Guerre Mondiale. Concernant la confiscation spéciale, elle est connue du droit romain et fut utilisée par sous l'Ancien régime. Elle portait sur l'objet qui avait permis la commission du délit ou en était constitutif. Avec la loi de police municipale et correctionnelle du 22 juillet 1791, la confiscation était une peine principale pour certaines infractions et portait sur le corps du délit. Puis le Code pénal ancien l'a généralisée à l'ensemble des infractions, A. Beziz-Ayache, *Confiscation, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*.

calme et renaît dans les moments de trouble »³¹. Elle est aujourd'hui interdite dans un certain nombre d'États membres de l'UE en raison de la dureté de son régime juridique jugée peu compatible avec le respect du droit de propriété. La confiscation dite spéciale s'intéresse, quant à elle, à l'objet qui a permis la commission de l'infraction ou qui en est constitutif. Elle s'intéresse aux instruments et aux produits de l'infraction. Par conséquent, elle ne cible que les biens ayant une origine illicite. Elle impose à cet égard comme condition à sa mise en œuvre qu'une condamnation pénale soit prononcée. Elle s'apparente ici à une peine pénale. Toutefois, la confiscation n'est pas systématiquement une peine pénale, notamment lorsqu'elle est étudiée à une échelle transnationale. La confiscation, peu importe le texte en question (onusien, du Conseil de l'Europe ou de l'UE), est définie comme la dépossession permanente de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente. La procédure dans laquelle celle-ci est ordonnée n'est jamais précisée. Il n'est fait aucune mention de la nature de la confiscation, c'est-à-dire si elle est une confiscation pénale, civile ou administrative. Deux catégories principales s'opposent, et constituent à cet égard un obstacle à la coopération : la confiscation pénale, d'une part, et la confiscation civile, d'autre part. Concernant la confiscation civile, il convient de rappeler qu'elle peut être un mécanisme rattaché à une condamnation pénale. La Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) utilise, à son propos, l'expression « *procédure d'infliction de la peine* ». Elle est rattachée à une condamnation pénale, mais son prononcé se déroule ultérieurement à l'occasion de l'ouverture d'un second procès de nature civile portant sur la confiscation. Dans ce cadre, la confiscation est rendue selon les règles de la procédure civile. Mais, cette confiscation civile peut également être rendue sans condamnation pénale. L'exemple le plus significatif est la confiscation *in rem*. Cette confiscation est construite sur une « *fiction légale* »³², plus exactement sur une action dite *in rem*³³. Cela signifie que l'action est dirigée contre le bien, et non contre l'auteur des faits. Elle s'appuie sur l'idée suivante : la responsabilité juridique est reportée sur le bien et ne nécessite ainsi aucune condamnation pénale pour être mise en œuvre. Parallèlement à cette vision binaire, il existe des mécanismes de confiscation hybride, tels que la confiscation préventive italienne. C'est un mécanisme de droit administratif et de droit pénal, qui permet dans le cadre des affaires de criminalité organisée de confisquer sans condamnation pénale, d'une part, et de renverser la charge de la preuve, d'autre part. La confiscation peut intervenir avant qu'une condamnation

³¹ J. Pradel, « *Droit pénal général* », *op. cit.*

³² A. M. Maugeri, « *The Criminal Sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisation* », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 3, Issue 3-4, 2012.

³³ *Ibid.*

pénale ait été rendue. Les pays de *common law* connaissent, dans leur grande majorité, des mécanismes civils de confiscation, et notamment le mécanisme de confiscation *in rem*. En revanche, les pays de droit romano-germanique, et c'est le cas pour la plupart des pays de l'UE³⁴, ont mis en place des mécanismes de confiscation pénale. Deux traditions juridiques, deux systèmes de justice s'opposent, et peuvent constituer un obstacle à une coopération judiciaire efficace.

9. Les biens confiscables dans le cadre des demandes d'entraide répressive et de coopération judiciaire. Un deuxième obstacle peut se présenter dans le cadre de procédures d'entraide répressive et de coopération judiciaire : le bien. Les décisions de gel ou de confiscation doivent mentionner un ou des biens précis, une valeur monétaire ou les deux. Cette seconde difficulté impose de définir ce que sont les biens, les instruments et les produits du crime, qui sont les objets des procédures d'entraide répressive et de coopération judiciaire décrites dans les conventions onusiennes.

La Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée transnationale fait référence dans les dispositions relatives à l'incrimination de participation à un groupe criminel organisé à l'expression d'avantage financier ou autre avantage matériel, qui est, rappelons-le, un des éléments constitutifs de cette infraction. Les procédures d'entraide répressive et de coopération judiciaire décrites dans la Convention sont ainsi centrées sur la recherche et la dépossession des avantages financiers ou autres avantages matériels tirés de la commission d'infractions. Cette expression doit donc être définie. Cette notion d'avantages financiers ou autres avantages matériels est à rapprocher de la notion de produit du crime. Ainsi, l'ONU entend le terme de produit du crime comme « *tout bien provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction ou obtenu directement ou indirectement en la commettant* »³⁵. Il doit être précisé que, dans certains pays, les termes « *profits du crime* ou *profit tiré du crime* » sont préférés³⁶. En d'autres termes, l'expression d'avantage financier ou autre avantage matériel est à rapprocher de la notion de profit, qui, au sens onusien, a une dimension plus large. L'ONU le définit comme tout bien, service, avantage ou bénéfice faisant partie du patrimoine d'une personne qui a été acquis, légalement ou non, directement ou

³⁴ Dans le rapport, « *Disposal of Confiscated Assets in the EU Member States. Laws and Practices* », Center for the Study of Democracy, Sofia, 2014, rédigé par T. Kolarov, A. Rusev et B. Vettori, il est fait mention qu'une majorité d'États européens privilégient la confiscation pénale.

³⁵ Art. 2, e), Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée transnationale, *op. cit.*

³⁶ V. le manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime, p. 3.

indirectement du fait de la participation de cette personne à la commission d'une infraction³⁷. Ces termes semblent *a priori* interchangeables. Pour autant, ils revêtent des significations juridiques distinctes et doivent être définis plus précisément. Le produit du crime se définit comme l'avantage économique que le délinquant a tiré de l'infraction. La notion de produit du crime est à rapprocher d'une seconde notion, moins juridique, qui est celle de « *bien sale* ». Cette expression se définit comme « *les biens liés à une infraction du fait qu'ils ont été utilisés pour commettre cette infraction ou qu'ils en proviennent* »³⁸. Cette notion englobe deux éléments : les instruments, d'une part, et les produits du crime, d'autre part. Les instruments se définissent comme les biens, matériels ou autres, utilisés ou destinés à être utilisés pour commettre les infractions. Les produits du crime renvoient, quant à eux, aux biens acquis à la suite de la commission de l'infraction. La notion de « *bien sale* » ici permet de comprendre que le bien qualifié d'instrument ou de produit de l'infraction, selon son positionnement dans le parcours criminel, est liée à la commission d'une infraction, qui a pour objet de générer un « *avantage financier ou un autre avantage matériel* ». Au sens de la convention, cette expression « *avantage financier ou un autre avantage matériel* » a pour objet d'exclure les groupes dont les motifs sont politiques ou sociaux³⁹, soit les groupes qui ne sont pas guidés par cette volonté d'obtenir un avantage financier ou un autre avantage matériel. Elle vise exclusivement les groupes qui veulent tirer de la commission un réel avantage économique ou matériel, entendu de façon large par la convention, puisqu'elle inclut les avantages financiers, monétaires ou équivalents, mais également des « *avantages personnels tels qu'une gratification sexuelle* »⁴⁰. Ce dernier permet de viser les groupes liés à la traite des personnes ou à la pédopornographie diffusant des contenus à des fins sexuelles et non monétaires⁴¹. Cette notion exclut par conséquent la question du financement des activités terroristes, qui ne relève pas du champ d'application de Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée transnationale. Cette précision faite, la définition de l'expression « *avantage financier ou un autre avantage matériel* » renvoie à une seconde notion clé : la notion de bien dans le cadre juridique qui nous occupe, celui de la confiscation et du recouvrement des produits du crime. Le terme de bien soulève la question suivante : tous les biens peuvent-ils être confisqués à partir de l'instant où ils sont reconnus comme ayant un lien, soit en tant qu'instruments, soit en tant

³⁷ *Ibid.*, p. 1.

³⁸ *Ibid.*, p. 4.

³⁹ Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations unies contre la criminalité organisée transnationale, p. 13, §34.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

que produits du crime, avec une infraction ayant créé un avantage financier ou tout autre avantage matériel. Au sens de la Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée transnationale, « *tous les types d'avoirs, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant la propriété de ces avoirs ou les droits y relatifs* »⁴² sont confisquables. Le panel des biens susceptibles d'être confisqués est par conséquent large. Dès que l'origine illicite des biens est établie, ils basculent dans la catégorie des biens confisquables, soit en tant qu'instrument, soit en tant que produit du crime ou avantage économique tiré de l'infraction et deviennent confisquables.

10. L'apport des conventions onusiennes à la confiscation et au recouvrement des produits du crime. Les conventions onusiennes ont certes permis la diffusion et la promotion de la confiscation et du recouvrement des produits du crime, mais leur mise en œuvre est strictement limitée aux infractions définies au sein de celles-ci.

L'entraide répressive et la coopération judiciaire en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime malgré les conventions adoptées font face à un certain nombre d'obstacles, dont les disparités importantes entre les systèmes nationaux de confiscation et de recouvrement des produits du crime, ainsi que la condition de double incrimination. Rappelons qu'en la matière la confiscation fondée sur une condamnation pénale demeure la règle et impose une condamnation pénale. Peuvent être également cités comme obstacles : l'application de règles probatoires équivalentes ou « *comment fournir à l'État étranger, sous une forme acceptable, des informations qui permettront d'ordonner le gel et éventuellement la confiscation* »⁴³, ou encore le coût de la mise en œuvre des mesures inhérentes à l'exécution d'une décision de gel ou/et de confiscation, l'indemnisation des personnes concernées par les procédures de confiscation et de recouvrement des produits du crime et le partage des biens confisqués. Il est important de noter ici qu'un certain nombre de ces questions ne sont pas réglées par les textes, laissant aux États le soin de régler ces questions au cas par cas et régies dans le cadre de l'entraide répressive et de la coopération judiciaire par des accords bilatéraux ou multilatéraux. Cela signifie également une prévalence pour la voie diplomatique, synonyme également d'un temps procédural plus long. Cependant, un pas a été franchi avec l'adoption de la Convention des Nations Unies contre la corruption, avec la reconnaissance de l'obligation de recouvrer et de rapatrier les produits issus de la corruption.

⁴² Art. 2, d), Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée transnationale, *op. cit.*

⁴³ K. Prost, « *Pratique et nouvelles tendances de l'entraide judiciaire : l'avenir de la coopération internationale* », *op. cit.*

Dès la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, puis avec la Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée transnationale, est née l'obligation d'adopter « *des mesures pour permettre l'identification, la localisation, le gel ou la saisie (...) aux fins de confiscation éventuelle* »⁴⁴. En effet, les procédures d'assistance entre États s'étendent au-delà de la simple exécution d'une décision de confiscation. Elles touchent toutes les étapes du processus de confiscation et de recouvrement des produits du crime : l'enquête aux fins d'identification et de localisation des biens, le gel des produits du crime, la gestion des produits du crime, ainsi que le partage des produits du crime. Jusqu'à l'adoption de la Convention des Nations Unies contre la corruption, le principe est que la confiscation transfère les droits de propriété du bien à l'État requis. La Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée transnationale prévoit, certes, le partage entre États ou encore le transfert des fonds vers un fond onusien, mais ces possibilités dépendent de la volonté de l'État requis. Avec la Convention des Nations Unies contre la corruption, l'ONU pose une obligation de rapatrier les fonds vers l'État spolié. Au sens de la convention, le recouvrement des avoirs s'entend comme « *les efforts déployés par les gouvernements pour rapatrier les produits du crime dissimulés à l'étranger* »⁴⁵ et constitue un principe fondamental de la convention, où il est fait obligation aux États Parties de s'accorder mutuellement la coopération et l'assistance la plus entendue à cet égard. Cette convention a ainsi mis en place des procédures particulières pour confisquer, d'une part, mais surtout pour recouvrer les produits du crime, d'autre part, dessinant pour la première fois les contours d'une approche sectorielle de la confiscation et du recouvrement des produits du crime à l'échelle internationale. Mais elle demeure strictement cantonnée à la lutte contre la corruption. Ce point met en lumière l'obstacle majeur des conventions onusiennes : une portée réduite. Elles sont limitées aux infractions prévues dans les textes.

⁴⁴ Art. 12. 2, Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée transnationale, op. cit.

⁴⁵ K. Ligeti et M. Simonato, "Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An introduction" in "Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives On Asset Recovery in the EU", Hart Publishing, Hart Studies in European Criminal Law, p. 3.

2. L'apport des conventions du Conseil de l'Europe aux procédures d'entraide répressive et de coopération judiciaire

11. L'adoption à l'échelle internationale d'un modèle global de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Le Conseil de l'Europe a repris l'idée diffusée par l'ONU : le crime ne doit pas payer. Le modèle issu du Conseil de l'Europe, contrairement aux conventions onusiennes, n'édicte pas seulement des dispositions aux fins de confiscation, mais pose les fondements d'une procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime, telle qu'entendue actuellement, soit « *un processus multi-phase qui doit être mise en place chaque fois qu'une infraction criminelle a généré un gain financier, peu importe où se trouve l'argent. Un tel processus repose sur les lois de confiscation [...], mais il est initié avant et va au-delà de la confiscation : il commence par les enquêtes financières visant à retracer les produits de la criminalité, et comprend le gel des biens, leur gestion ; la confiscation des produits de la criminalité et des instruments ; et enfin leur disposition* »⁴⁶.

Comme l'ONU, le Conseil de l'Europe a souhaité répondre à la nécessité de faciliter l'entraide répressive et la coopération judiciaire en développant un instrument de coopération unique à disposition des praticiens. Des procédures d'entraide répressive et de coopération spécifiques vont ainsi être mises en place, appuyant l'idée d'une scission entre les procédures d'entraide répressive et de coopération judiciaire en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime, et celles relatives à l'extradition de l'auteur des faits. Dès 1990, le Conseil de l'Europe a rédigé et adopté une Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et la confiscation des produits du crime, qualifiée par certains de « *texte en avance sur son temps* »⁴⁷, puisqu'elle pose « *tous les principes de base* »⁴⁸. Elle est un instrument international unique, qui traite à la fois de l'action préventive par le traitement de la question des cellules de renseignement financier (CRF), mais également de l'action répressive et de la coopération internationale par le traitement des incriminations de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme⁴⁹, d'une part, et par le traitement de la sanction ou de la mesure de confiscation et le recouvrement des produits du crime, d'autre part. En outre, la modification de la Convention de 1990 ou n° 141 intervenue avec l'adoption de la Convention de Varsovie

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Expression extraite de l'article rédigé par SPECKBACHER C., « *Le Conseil de l'Europe et la captation des avoirs criminels* », in l'ouvrage de CUTAJAR C. (dir.), « *Garantir que le crime ne paie pas. Stratégie pour enrayer le développement des marchés criminels* », Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2010, p. 271.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Cette question a été intégrée à la Convention de Varsovie de 2005 ou n° 198.

de 2005 ou n° 189 a permis d'intégrer de nouvelles questions : notamment celles relatives à la gestion des produits du crime et leur recouvrement effectif c'est-à-dire le transfert effectif des droits de propriété des biens confisqués vers l'État ou la prise de possession par l'État des biens ayant fait l'objet d'un jugement de confiscation.

12. Une convention visant à généraliser la sanction de confiscation pour toute infraction créant un avantage économique. Sur le plan matériel, la Convention n° 141, ainsi que la Convention n°198 disposent d'un champ d'application plus étendu que les dispositions onusiennes. L'application de ces textes n'est pas limitée à certaines infractions. En effet, la question de la définition d'infractions a été débattue. Il en est ressorti que la Convention de 1990 ne devait pas se limiter aux infractions définies par la Convention des Nations Unies, mais englober aussi largement que possible toutes les infractions qui procurent un profit⁵⁰. « *À cette fin, la Convention de 1990 a créé une obligation de prendre des mesures de confiscation pour toutes les catégories d'infractions* »⁵¹. Cette approche a été parallèlement complétée par la possibilité pour les États de limiter la coopération prévue par la Convention à certaines infractions ou catégories d'infractions en émettant des réserves. En revanche, la Convention de Varsovie de 2005 ou n° 198 interdit aux États parties de formuler des déclarations pour les catégories d'infractions visées en annexe⁵², ainsi que le blanchiment de capitaux⁵³. Cette liste d'infractions est non-exhaustive. Il s'agit d'une liste minimale en-deçà de laquelle les États ne peuvent aller, qui correspond à celle contenue dans le glossaire joint aux 40 recommandations révisées du Groupe d'Action Financière (GAFI) du 20 juin 2003. Ce point est intéressant car il démontre qu'il existe une correspondance entre les textes internationaux, qu'il s'agisse de conventions ou de textes de *soft law*, voire une assimilation. Pour ces catégories d'infractions aucune réserve ne peut être formulée. Ensuite, un pas a été franchi avec la Convention de Varsovie de 2005 ou n° 198, qui prévoit la possibilité de renverser la charge de la preuve en ce qui concerne l'origine licite des produits présumés ou d'autres biens pouvant être confisqués dans le cas d'une ou plusieurs infractions graves⁵⁴. Cette disposition est laissée à la marge d'appréciation des États, concernant notamment la définition de ce que recouvre l'expression

⁵⁰ Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, p. 6, § 25.

⁵¹ *Ibid.*, p. 13, § 66.

⁵² La traite d'êtres humains et le trafic illicite de migrants ; l'exploitation sexuelle, y compris celle des enfants ; le trafic d'armes ; la fraude et l'escroquerie ; les crimes et les délits contre l'environnement ; l'enlèvement, la séquestration et la prise d'otages ; la contrebande (y compris relativement aux taxes et droits de douane et d'accise) ; l'extorsion ; les délits d'initiés et la manipulation de marchés boursiers.

⁵³ Art. 3, §2, Convention de Varsovie de 2005 ou n° 198, *op. cit.*

⁵⁴ Art. 3, §4, *ibid.*

infractions graves. Cette notion doit s'apprécier selon les principes du droit interne de la Partie concernée⁵⁵. La Convention précise que les États peuvent émettre en la matière une réserve, faisant ainsi obstacle à la coopération. Il ne s'agit pas d'une obligation à instituer un renversement de la charge de la preuve⁵⁶. Enfin, la Convention de Varsovie de 2005 ou n° 198 aurait pu constituer une étape supplémentaire en rendant sa disposition relative à la confiscation obligatoire contraignante⁵⁷. Cette disposition est présente dans la convention, mais elle n'est pas contraignante. Elle rappelle que ce choix pourrait être judicieux. Il est intéressant de noter que les conventions onusiennes, ainsi que les textes européens ne font à aucun moment référence à un quelconque caractère obligatoire de la mesure ou de la sanction de confiscation. Il convient de rappeler que la confiscation est généralement classée, quand elle est considérée comme une peine, parmi les peines complémentaires. Ces peines sont généralement non-obligatoires. Mais, certains droits l'ont rendue obligatoire. Par exemple, en droit français, la confiscation des instruments et du produit du crime est une peine complémentaire obligatoire pour toute infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an⁵⁸.

Sur le plan de la procédure, les conventions du Conseil de l'Europe posent également les bases des étapes procédurales à mettre en place en vue de confisquer et de recouvrer les produits du crime. Dans les conventions, et notamment dans la Convention de Varsovie de 2005 ou n°198, sont abordées des questions de procédure, soit nouvelles, soit modernisées, actualisées et précisées. Il s'agit des moyens d'investigation et des mesures provisoires⁵⁹, de la gestion des produits du crime⁶⁰, où il est question d'une gestion adéquate des biens, et des pouvoirs et techniques d'investigations⁶¹. Ce dernier point a été élaboré, dès 1990, dans le but de lever l'obstacle que représente le secret bancaire, qui n'est pas au sens des conventions un motif de refus d'exécution d'une demande de coopération⁶². Cette question des pouvoirs et techniques d'investigations est fondamentale pour notre étude. Fondamentale car, elle est un des symboles de l'impact de la sanction ou de la mesure de confiscation sur les demandes d'entraide répressive. Son développement a eu une incidence sur la phase d'enquête et a conduit au développement de l'enquête financière. L'enquête financière ou patrimoniale désigne

⁵⁵ Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, p. 13, § 71.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Art. 3, §3, Convention de Varsovie de 2005 ou n° 198, *op. cit.*

⁵⁸ Art. 131-2 CP.

⁵⁹ Art. 4, Convention de Varsovie de 2005 ou n° 198, *op. cit.*

⁶⁰ Art. 6, *ibid.*

⁶¹ Art. 7, *ibid.*

⁶² Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, p. 15, § 79.

l'enquête portant sur le volet financier des infractions et vise à connaître l'étendue des réseaux criminels ou d'un patrimoine criminel par la recherche d'éléments relatifs aux mouvements d'argent illicite ou licite dans le cadre des activités criminelles, au lien entre les origines des fonds, les bénéficiaires, la date d'acquisition des fonds et l'endroit où ils se situent. Pour le GAFI, ces enquêtes ont un triple objectif, identifier les produits du crime, les tracer et prendre des mesures temporaires comme le gel pour garantir la confiscation, lancer des enquêtes sur le blanchiment de capitaux, si nécessaire, et découvrir les structures financières et économiques, perturber les activités transnationales et collecter des données sur les réseaux criminels⁶³. Les procédures d'entraide répressive s'en sont également trouvées modifiées puisqu'elles portent sur la nécessité d'obtenir des informations sur les comptes bancaires, sur les opérations bancaires ou encore leurs suivies. L'accent est désormais mis davantage sur l'amélioration des procédures d'échange d'informations, imposant le recours à de nouveaux acteurs provenant du secteur public, comme du secteur privé. La coopération dite opérationnelle fondée sur les services répressifs compétents est ici secondaire. En outre, il est essentiel, dès à présent, de distinguer ces procédures de celles menées dans le cadre des CRF. Dans le cadre qui nous occupe, il s'agit généralement de procédures ordonnées par une autorité judiciaire, qui en assure le contrôle. Les CFR reçoivent, analysent et transmettent les déclarations de soupçons communiquées par le secteur privé. Ce sont des organes administratifs. Elles n'ont pas un pouvoir d'enquête. Aux techniques spéciales d'investigation, la Convention de Varsovie de 2005 ou n° 198 rappelle que devraient être également mises en place des techniques traditionnelles permettant le recueil des preuves comme l'observation, l'interception de télécommunications, l'accès à des systèmes informatiques et les ordonnances de production de documents déterminés⁶⁴. Cet élément permet d'inciter davantage sur la connexion, le lien des procédures de confiscation et de recouvrement des produits du crime avec les procédures ayant pour objectif de rapporter des éléments de preuve pour les infractions commises. Il y a un partage des outils juridiques d'investigation.

Dans la diffusion et le développement de la sanction de confiscation, le Conseil de l'Europe a joué un rôle significatif puisque les instruments adoptés par lui ont permis, d'une part, d'agrandir le champ d'application de la sanction de confiscation à toute infraction créant un avantage économique et, d'autre part, de mettre en place les bases juridiques et procédurales d'un modèle global de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

⁶³ GAFI, "*Operational Issues Financial Investigations Guidance*", juin 2012.

⁶⁴ Art. 7, §3, Convention de Varsovie de 2005 ou n° 198, *op. cit.*

II. La promotion et le développement de la sanction de confiscation par le droit de l'Union européenne

13. La création d'un modèle européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime. La promotion et le développement de la sanction de confiscation en droit de l'UE ont été favorisés au travers des conventions du Conseil de l'Europe, qui sont à l'origine de la législation européenne en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime. En effet, « *comme souvent en matière pénale, la construction du dispositif juridique de l'Union s'est greffée sur un texte antérieurement établi sous l'égide du Conseil de l'Europe : la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990* »⁶⁵.

Les bases juridiques du système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime trouvent leur source dans ces conventions. Cependant, l'approche européenne marque un tournant. Contrairement aux schémas précédents, qui tendaient à promouvoir et à développer la confiscation et le recouvrement des produits du crime dans le but de faciliter l'entraide répressive et la coopération judiciaire en la matière, l'UE tend à promouvoir et à développer un modèle global européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Le droit de l'Union européenne se distingue ainsi par son objectif : faire du cadre européen un « *modèle d'exécution pour la lutte contre les produits illégaux issus de la criminalité à but lucratif* »⁶⁶ (A), dans la perspective d'améliorer le taux de recouvrement des produits du crime dans l'UE (B).

⁶⁵ C. Cutajar (dir.), « *Garantir que le crime ne paie pas. Stratégie pour enrayer le développement des marchés criminels* », Presses Universitaires de Strasbourg, coll. Droit de l'Entreprise, Strasbourg, décembre 2010.

⁶⁶ K. Ligeti et M. Simonato, « *Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An introduction in "Chasing Criminal Money"* », Hart Publishing, Hart Studies in European Criminal Law, 2017, p. 3.

A. La mise en place d'un modèle européen d'exécution de la sanction de confiscation

14. Un difficile travail d'harmonisation mené depuis plus d'une trentaine d'années.

Depuis la fin des années 1990, l'Union bâtit un cadre juridique pour confisquer et recouvrer les produits du crime. Dans le cadre de l'espace européen, cette répression prend une dimension particulière, puisque les quatre libertés fondamentales du marché intérieur et la suppression des contrôles internes dans l'espace Schengen ont ouvert la voie à la liberté de circulation des criminels et des activités criminelles, imposant parallèlement la libre circulation des décisions judiciaires. Pour restreindre les capacités des organisations criminelles à acquérir et à réinvestir les produits de leurs crimes dans un autre État membre, l'UE a adopté dès 1998 un texte en la matière. L'action commune 98/699/JAI concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime⁶⁷ reprenait les termes de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime⁶⁸. Or, la Convention, reprise par l'action commune, contenait une limite importante. Elle permettait aux États Parties de faire une déclaration selon laquelle ils ne confisqueraient que les produits et instruments dérivés d'un certain nombre d'infractions dûment précisées. En d'autres termes, ils limitaient leur obligation de coopérer aux infractions de leur choix. Le second texte adopté, soit la décision-cadre 2001/500/JAI concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime⁶⁹, a eu pour but d'engager les États membres à ne formuler ou à ne maintenir aucune réserve à l'égard des dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe. Ainsi, pour toute infraction passible d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an, la confiscation des instruments et des produits ou des biens dont la valeur correspond à ces produits était encourue et donnait lieu à coopération. Seule la réserve concernant les infractions fiscales était maintenue. Cependant, deux éléments ont conduit à réviser le cadre existant, le maintien ou l'émission de réserves malgré l'adoption de la décision-cadre 2001/500/JAI et l'inégalité des systèmes européens face à l'allègement de la charge de la preuve pour les biens détenus par une

⁶⁷ Action commune 98/699/JAI du 3 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime [JOUE n° L 333 du 09/12/1998 p. 0001 - 0003].

⁶⁸ Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime n°141, *op. cit.*

⁶⁹ Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime et modifiant l'action commune 98/699/JAI [JOUE n° L 182 du 05/07/2001 p. 0001 - 0002].

personne reconnue coupable d'une infraction liée à la criminalité organisée. Un nouvel instrument avec pour objectif de fixer sans ambiguïté les obligations incombant aux États membres en matière de confiscation a donc été adopté, soit la décision-cadre 2005/212/JAI relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime⁷⁰. Malgré l'adoption successive de textes d'harmonisation, le législateur demeurerait confronté à une difficulté majeure : la mosaïque des systèmes de confiscation en UE. La décision-cadre 2005/212/JAI, avec l'adoption d'un nouveau mécanisme, la confiscation élargie, demeure l'illustration la plus parlante de cette difficulté. Ce mécanisme instaure un renversement de la charge de la preuve. Or, sur cette question, les systèmes européens ne sont pas parvenus à trouver un consensus. Il est ressorti des négociations trois options pour mettre en œuvre ce mécanisme. La décision-cadre 2005/212/JAI soulignait que les autorités de jugement devaient être « *pleinement convaincu[es] que les biens proviennent d'activités criminelles* »⁷¹. Cette pleine conviction ne pouvait être acquise qu'à travers des éléments concrets et factuels, se fondant eux-mêmes sur trois voies ou options cumulatives ou alternatives. La première voie se fondait sur l'application d'un critère de temps. Les biens ont été acquis au cours d'une période « *antérieure à la condamnation* »⁷². La seconde voie se fondait sur l'application d'un critère de similarité⁷³. Sur la base d'éléments concrets, la juridiction de jugement est pleinement convaincue que les biens proviennent d'activités criminelles similaires à celles pour lesquelles la personne a été condamnée. La troisième voie se fondait sur un critère de proportionnalité. La confiscation élargie peut être encourue si « *il est établi que la valeur des biens est disproportionnée par rapport au revenu légal de la personne condamnée et que le tribunal national est pleinement convaincu, sur la base d'éléments concrets, que les biens en question proviennent d'activités criminelles de ladite personne* »⁷⁴. Or, cette marge importante d'appréciation laissée aux États membres a produit un effet négatif. Elle a fortement nui à la coopération entre les États membres. Les États n'ayant pas les mêmes critères probatoires ne pouvaient pas reconnaître et exécuter une décision fondée sur des critères distincts de ceux que le droit national exige⁷⁵. La décision-cadre 2005/212/JAI visait à assurer davantage de clarté et de transparence par le regroupement dans un instrument des obligations incombant aux États

⁷⁰ Décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime [JOUE L 68, 15.03.2005, p. 49-51].

⁷¹ Art. 3.2, décision-cadre 2005/212/JAI, *ibid.*

⁷² Art. 3.2, a), décision-cadre 2005/212/JAI, *ibid.*

⁷³ Art. 3.2, c), décision-cadre 2005/212/JAI, *ibid.*

⁷⁴ D. Flore, « *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne* », Larcier, coll. Europe(s), 2^e éd., Bruxelles, 2014, p. 283.

⁷⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD)), du 12 mars 2012.

membres. Mais elle a produit un effet inverse. Il lui a ainsi été reproché de créer davantage de disparités que de rapprochements entre les législations des États membres, notamment dans le cadre de la mise en œuvre du mécanisme de confiscation élargie. Ces disparités ont en outre été accentuées dans la décision-cadre 2006/783/JAI relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation⁷⁶. Ce texte permettait aux États membres de pouvoir s'opposer légalement à la reconnaissance et à l'exécution de décisions de confiscation rendues au titre de la confiscation élargie. À cet obstacle majeur, d'autres barrières ont également été mises en lumière, telles que les infractions susceptibles de donner lieu à la confiscation, les modalités de mise en œuvre de la confiscation en valeur équivalente, le niveau de preuve exigé ou encore la possibilité de confisquer les biens appartenant à des tiers.

15. La refonte après l'adoption du traité de Lisbonne du cadre juridique européen en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime. En réponse à ces difficultés, la Commission européenne a entamé dès 2008 un travail de réflexion sur l'amélioration du système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime et a adopté à cette fin « dix priorités stratégiques »⁷⁷, dont la refonte du cadre juridique européen afin de renforcer la clarté et la cohérence, ainsi qu'élargir les concepts juridiques existants et introduire de nouvelles dispositions. L'adoption du Traité de Lisbonne a offert cette possibilité de refonte à travers l'adoption des articles quatre-vingt-deux et quatre-vingt-trois du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE). La directive 2014/42/UE, comme la plupart des textes adoptés après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, est fondée sur une double base juridique, quatre-vingt-trois, paragraphe un et quatre-vingt-deux, paragraphe deux du TFUE. Contrairement à l'article quatre-vingt-trois, paragraphe un, l'article quatre-vingt-deux, paragraphe deux tend à harmoniser les dispositions de procédure pénale et est conçu comme un moyen de faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et des décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire. En d'autres termes, l'harmonisation des règles procédurales est ici « cantonnée à un rôle instrumental »⁷⁸. Ainsi, les textes européens tendent à harmoniser conjointement les règles de procédure pénale liées à la matière traitée et les infractions et leurs sanctions dans la perspective de renforcer la reconnaissance

⁷⁶ Décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation [JOUE L 328, 24 novembre 2006, pp. 59–78].

⁷⁷ Communication de la Commission du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2008 – Produits du crime organisé : garantir que le « crime ne paie pas » [COM(2008) 766 final – Non publiée au Journal officiel].

⁷⁸ J. Tricot, « L'harmonisation pénale accessoire : question (s) de méthode - Observations sur l'art et la manière de légiférer pénalement selon l'Union européenne » in G. Giudicelle-Delage et C. Lazerges (dir.), « Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne », *op. cit.*

mutuelle des décisions de gel et de confiscation. Cette approche conduit à observer « *que le droit pénal de l'Union européenne redéfinit les frontières du pénal : la distinction du droit pénal matériel et du droit pénal procédural s'efface au profit des droits pénaux sectoriels* »⁷⁹, soit la création d'un droit spécifique autour de la confiscation et du recouvrement des produits du crime. Il est intéressant de noter que le droit européen traite la question de la confiscation de deux manières. La sanction de confiscation est, soit prévue de manière explicite dans un certain nombre de textes portant sur des incriminations particulières⁸⁰, soit traitée de manière sectorielle par le droit européen à travers les deux textes qui nous intéressent, la directive 2014/42/UE⁸¹ et le règlement (UE) 1805/2018⁸². Par ces deux textes le droit européen propose un modèle global aux fins d'exécution de la sanction de confiscation. Ce modèle a pleinement pris forme dans l'expression « *procédure de recouvrement des produits du crime* », qui comprend l'identification et le dépistage des produits du crime, le gel et la saisie des produits du crime en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure, la gestion des produits gelés et saisis pour préserver leur valeur, la confiscation des produits du crime et l'aliénation des produits confisqués. À travers lui, le droit européen propose un droit commun de confiscation et de recouvrement des produits du crime. La création de ce droit commun n'est possible qu'à travers le recours à l'article quatre-vingt-trois, paragraphe un, TFUE. Cet article permet, quant à lui, « *pour la première fois [...] de parler de compétences expresses stricto sensus de nature indirecte en matière de droit pénal matériel que les institutions européennes exercent au moyen de la méthode communautaire et qui, [...] ne sont pas liées à l'exigence de coopération judiciaire* », mais « *à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice* »⁸³. Il est

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ V. art. 10, Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal [JOUE L 198, 28.7.2017, p. 29] ; art 9, Directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal [JOUE L 284, 12.11.2018, p. 22]. Avant l'adoption de la directive 2014/42/UE, la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains prévoit au considérant huit que « *il y a lieu de prévoir, contre les auteurs de ces infractions, des sanctions suffisamment sévères pour faire entrer la traite des êtres humains dans le champ d'application des instruments déjà adoptés pour lutter contre la criminalité organisée, tels que l'action commune 98/699/JAI du Conseil du 3 décembre 1998 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime(5) et l'action commune 98/733/JAI du Conseil du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne* ».

⁸¹ Directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne [JOUE L 127, 29.4.2014, p. 39–50].

⁸² Règlement (UE) 2018/1805 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation [JOUE L 303, 28.11.2018, p. 1–38].

⁸³ L. Arroyo Zapatero et M. Muñoz de Morales Romero, « Droit pénal européen et Traité de Lisbonne : le cas de l'harmonisation autonome (article 83.1 TFUE) » in « *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne* » (dir. G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges) Société de législation comparée, Paris, 2012, p. 113-140.

question ici d'harmonisation autonome – en opposition à l'harmonisation accessoire⁸⁴ –, c'est-à-dire le cas où l'UE dispose d'une compétence propre pour élaborer une législation pénale, qui s'imposerait de fait aux États membres. Il est possible d'en trouver une illustration dans la législation européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime, notamment avec l'adoption du règlement (UE) 2018/1805. Ce texte offre la possibilité de garantir la reconnaissance et l'exécution d'une décision de confiscation et ce, même le type de confiscation en question n'est pas mis en œuvre dans le droit de l'État d'exécution.

16. La directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805, les bases juridiques du modèle européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Avec ces deux textes, l'UE pose les fondements d'un système global européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime. La confiscation et le recouvrement des produits du crime sont des préoccupations majeures de la politique pénale européenne et ce, depuis l'adoption des conclusions du Conseil de Tampere de 1999. Entre 2001 et 2007, cinq instruments ont été adoptés⁸⁵. En une vingtaine d'années, le droit européen a connu pas moins de six textes relatifs à la question de la captation des avoirs criminels, dont quatre ont eu pour objet de rapprocher les droits matériels nationaux pour les rendre compatibles entre eux en vue de la coopération judiciaire régie par deux textes principaux : la décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve et la décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, qui visent à faciliter le recouvrement des avoirs dans les situations transfrontières. « *Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la confiscation est devenue une priorité stratégique au niveau de l'UE en tant qu'instrument efficace de lutte contre la criminalité organisée* »⁸⁶. Des efforts ont depuis été fournis et continuent à l'être. La directive 2014/42/UE en est un exemple. Lors de son adoption, le Parlement européen et le Conseil ont invité la Commission dans une déclaration commune « *à présenter, aussi rapidement que possible, une proposition législative sur la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation (...) compte tenu de la*

⁸⁴ Ou l'établissement de règles minimales en vue de renforcer la coopération judiciaire en matière pénale.

⁸⁵ Décision-cadre 2001/500/JAI, *op. cit.* ; Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve [JOUE L 196, 2.8.2003, p. 45–55] ; Décision-cadre 2005/212/JAI, *op. cit.* ; Décision-cadre 2006/783/JAI, *op. cit.* ; Décision 2007/845/JAI du Conseil du 6 décembre 2007 relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime [JOUE L 332, 18.12.2007, p. 103–105].

⁸⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation (COM (2016) 819 final du 21/12/2016).

nécessité de mettre en place un système global pour le gel et la confiscation des produits et des instruments du crime dans l'UE »⁸⁷. Cette proposition législative a par la suite été appuyée par plusieurs communications et rapports européens, tels que le rapport présenté en octobre 2016 par l'eurodéputée Laura Ferrara sur la lutte contre la corruption où le Parlement européen invite à nouveau la Commission à présenter une proposition sur le renforcement de la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation⁸⁸ ou la communication de la Commission de février 2016 au Parlement européen et au Conseil relative à « *un plan d'action destiné à renforcer la lutte contre le financement du terrorisme* »⁸⁹ où elle souligne la nécessité de veiller à ce que les criminels qui financent le terrorisme soient privés de leurs avoirs et que « *la reconnaissance mutuelle des jugements et des décisions judiciaires en matière pénale est également un élément clé du cadre de sécurité* »⁹⁰. Avec les attentats de 2015 et 2016, la confiscation et le recouvrement des produits du crime ont connu un nouvel intérêt. Ils ont été présentés dans ce cadre comme des outils efficaces de lutte contre le terrorisme ou, plus précisément, contre le financement du terrorisme. Contrairement à la lutte contre la criminalité organisée, il ne s'agit pas tant de lutter contre les produits du crime que contre les instruments de l'infraction. « *Le défi consistant à enrayer le financement du terrorisme et à défaire son lien étroit avec les réseaux de criminalité organisée nécessite une action déterminée, rapide et collective pour moderniser la législation concernée, assurer sa mise en application et améliorer la coopération entre les États membres et dans une sphère plus large* »⁹¹. Ce message a ainsi été rappelé dans le programme européen en matière de sécurité du 28 avril 2015, qui a souligné la nécessité de prendre des mesures pour s'attaquer au financement du terrorisme de manière plus efficace et plus globale et a attaché une importance stratégique à la nécessité d'améliorer la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation. Un cadre efficient de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation a vu le jour avec l'adoption d'une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation. Pour la première fois, le législateur européen recourt à un règlement pour légiférer dans la matière pénale où généralement prévaut le recours à la directive nécessitant, contrairement à un règlement qui est

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Rapport sur la lutte contre la corruption et le suivi de la résolution de la commission CRIM, 7 octobre 2016, commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, rapporteure L. Ferrara, (2015/2110(INI)).

⁸⁹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative à un plan d'action destiné à renforcer la lutte contre le financement du terrorisme, février 2016, COM/2016/050 final.

⁹⁰ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation, *op. cit.*

⁹¹ *Ibid.*

d'effet direct, une transposition. Au-delà de ce changement d'importance, intervenu probablement à la suite des attentats précités, les principaux apports de ce texte tiennent dans sa volonté de « *remédier aux défaillances recensées dans les instruments de reconnaissance mutuelle existants et répondre aux appels précités* »⁹². Il s'appuie sur la législation de l'UE en matière de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation et prend compte des nouvelles dispositions adoptées dans la directive 2014/42/UE. « *Alors que cette directive améliore les possibilités de gel et de confiscation des avoirs au niveau national, la proposition vise à améliorer l'exécution transfrontière des décisions de gel et de confiscation. Les deux instruments combinés devraient contribuer à un recouvrement effectif des avoirs dans l'Union européenne* »⁹³. Parallèlement aux évolutions législatives, des travaux de réflexions ont également été menés durant cette période avec pour objectif de favoriser la mise en œuvre des outils juridiques européens de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Peuvent être cités à cet égard des études menées sur la question de la confiscation et du recouvrement des produits du crime dans l'UE⁹⁴, le rapport annuel Eurojust 2015 a fait de la thématique gel des avoirs et confiscation sa priorité de l'année ou encore l'adoption d'un projet de conclusions du Conseil⁹⁵, le plan d'action sur la voie à suivre en matière d'enquêtes financières⁹⁶ ou encore un document travail portant sur la confiscation non-fondée sur une condamnation pénale⁹⁷. Tous ces textes, qu'ils soient dotés d'une force contraignante ou non, ont favorisé l'émergence d'une réflexion autour de la sanction de confiscation et du recouvrement des produits du crime au sein des États membres et de la place de ceux-ci dans les arsenaux pénaux des États membres.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ V. Rapport, « *Assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* », réalisé par Matrix Insight pour la Commission européenne, Direction Générale Justice Liberté Sécurité, juin 2009 ; étude, « *The need for new EU legislation allowing the assets confiscated from criminal organisations to be used for civil society and in particular for social purposes* », réalisée par Basel Institute on Governance pour le Parlement européen, la Commission Libertés Civiles, Justice et Affaires intérieures, février 2012 ; Rapport technique, « *Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets* », réalisé par RAND EUROPE pour la Commission européenne, DG affaires intérieures, 2012 ; Basel Institute on Governance, « *La nécessité d'une nouvelle législation européenne permettant d'utiliser les avoirs confisqués aux organisations criminelles en faveur de la société civile, en particulier à des fins sociales* », document rédigé à la demande de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen ; CEART Project, « *White Paper on Best Practices in Asset Recovery* », financé dans le cadre Prevention of and Fight Against Crime Programme par la Commission européenne, DG Justice, Liberté et Sécurité.

⁹⁵ Rapport annuel EUROJUST 2015, 30 juin 2015.

⁹⁶ Projet de conclusion du Conseil et plan d'action sur la voie à suivre en matière d'enquêtes financières, le 12 mai 2016 (6915/2/16 REV 2).

⁹⁷ Direction générale de la migration des affaires intérieures, « *Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union* », avril 2019 (SWD(2019)1050).

B. Une recherche d'efficacité du modèle européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime

17. L'aggravation de la législation portant sur la confiscation et le recouvrement des produits du crime au profit de la protection du marché intérieur de l'UE. Il est intéressant de constater qu'à côté des études et rapports faits et commandés par les institutions européennes⁹⁸, la doctrine s'est également emparée de la question avec un enjeu fondamental qui est celui de l'amélioration des procédures européennes de confiscation, notamment par une approche comparative⁹⁹, ainsi que des ouvrages s'adressant spécifiquement aux professionnels du droit afin de les accompagner dans une matière devenue complexe¹⁰⁰. Cet intérêt, à la fois institutionnel et doctrinal, soulève la question suivante : pour quelles raisons existe-t-il une telle production normative et théorique autour de la question des produits du crime ? L'une des réponses les plus élémentaires à cette question est la volonté de priver les organisations criminelles des produits de leurs crimes. Il est communément admis – comme cela a été dit précédemment – que l'un des éléments moteurs de ce type d'organisations est de nature

⁹⁸ V. Communications, études et rapports européens suivants : Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil - *Produits du crime organisé : garantir que « le crime ne paie pas »*, 20 novembre 2008, COM/2008/0766 final ; rapport, « *Assesing the effectiness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* », réalisé par MATRIX INSIGHT pour la Commission européenne, juin 2009, 189 p. ; Rapport technique, « *Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets* », réalisé par RAND EUROPE pour la Commission européenne, DG affaires intérieures, 2012, 273 p. ; Étude, « *The need for new EU legislation allowing the assets confiscated from criminal organisations to be used for civil society and in particular for social puposes* », réalisée par Basel Institute on Governance pour le Parlement européen, la Commission Libertés Civiles, Justice et Affaires intérieures, février 2012, 97 p. ; rapport, « *Strategic Seminar towards greater cooperation in Freezing and Confiscation of the proceeds of crime : a practitioner's approach Eurojust* », The Hague, 11 december 2014 ; report on Eurojust's Experience in the field of Asset Recovery, including Freezing and Confiscation, juin 2015 ; Étude, « *Does crime still pay ? Criminal asset recovery in the EU. Survey of statistical. Information 2010-2014* », réalisée par Europol, 2016, 15 p. ; Project ICARO, « *Comparative analysis on the European policies, laws and regulations related to confiscation and re-use of criminal companies and assets* », rédigé par MEMO Francesco, MELI Ilaria, 2016 ; CEART Project, « *White Paper on Best Practices in Asset Recovery* », financé dans le cadre Prevention of and Fight Against Crime Programme par la Commission européenne, DG Justice, Liberté et Sécurité ; Commission Staff Working Document, « *Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union* », 12 avril 2019, Direction Générale de la migration et des affaires intérieures.

⁹⁹ Un certain nombre d'ouvrages ont été publiés ces dix dernières années sur le thème de la confiscation et du recouvrement des produits du crime. V. notamment B. Vettori, « *Tough on Criminal Wealth. Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU* », Springer, Dordrecht, 2006, 158 p. ; C. King and C. Walker (Edited by), « *Dirty Assets. Emerging Issues in the regulation of Criminal and Terrorist Assets* », Ashgate, Surrey, février 2014, 372 p. ; J. P. Rui et U. Sieber(eds.), « *Non-conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction* », Duncker & Humblot GmbH, 13 janvier 2016, 306 p. ; A. Bernardi (Edited by) et F. Rossi (Coordinated by), « *Improving Confiscation Procedures in the European Union* », Jovene Editore, Napoli, 2019, 649 p.

¹⁰⁰ V. J-P. Brun, L. A. Gray, C. Scott et K. M. Stephenson, « *Manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis. Un guide pour les Praticiens* », Stolen Asset Recovery Initiative, Washington, janvier 2013, 305 p. ; F. Lugentz et D. Vandermeersch, « *Saisie et confiscation en matière pénale* », Bruylant, 1^{er} éd., 2015, 310 p. ; L. Ascensi, « *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales* », Dalloz, Dalloz Référence, Paris, 1^e éd. , 02/2019, 462 p.

économique. La confiscation et le recouvrement des produits tendent à agir sur cette motivation et ce, de plusieurs façons. La sanction de confiscation est avant tout une sanction répressive. Elle vise à sanctionner un comportement criminel. Il est intéressant à ce propos de noter que l'UE a parallèlement au développement de la confiscation et du recouvrement des produits du crime développé un ensemble de mesures préventives visant à lutter contre le blanchiment de capitaux. Ce n'est qu'en 2018 qu'elle s'est dotée d'une législation répressive en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux¹⁰¹. Ensuite, la sanction de confiscation a une fonction préventive. L'un des principaux objectifs de celle-ci est d'enlever à l'infraction son caractère attractif. Autrement dit, la sanction de confiscation est là pour rappeler au délinquant que le produit de son crime, c'est-à-dire l'élément intentionnel qui l'a conduit à commettre l'infraction, lui sera systématiquement confisqué. Par conséquent, il ne retirera aucun bénéfice de la commission de son infraction. Enfin, la sanction de confiscation doit éviter le réemploi des produits du crime dans de nouvelles activités illicites et légales. Ce dernier point nous intéressera particulièrement puisque l'incursion de l'économie illégale dans l'économie légale constitue un des enjeux de la législation européenne en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime. L'une des raisons qui poussent le droit européen à développer cette question réside en partie dans sa volonté de protéger le marché intérieur. Très tôt, dès les années 90, le droit européen s'intéresse à la question du blanchiment de capitaux, et cette question a été traitée dans un premier temps, et l'est toujours, dans le cadre de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur¹⁰².

Il convient de rappeler que la criminalité organisée doit donner une coloration licite aux produits de ces activités criminelles, et deux raisons peuvent ici être avancées. L'une des premières explications fait référence à la notion de droits de propriété. Un bien illicite ou dangereux – c'est-à-dire un bien dont la détention est interdite par la loi tel que les stupéfiants, les contrefaçons, etc. dont la saisie aboutira systématiquement à sa destruction – et un bien d'origine illicite – c'est-à-dire dont l'acquisition est d'origine criminelle – ne sont pas soumis aux droits de propriété. Comme le souligne Clotilde Champeyrache, « *certaines activités font l'objet d'une réprobation sociale, si bien que les institutions, représentatives de la société, ne*

¹⁰¹ Directive (UE) 2018/1673 Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal [JOUE L 284, 12.11.2018, p. 22].

¹⁰² La directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiée la directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 est adoptée sur la base de l'article 114 TFUE, qui prévoit que « le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ».

valident pas les droits de propriété relatifs à cette activité et les privent donc de leur dimension sociale »¹⁰³. Peter Reuter recourt à cet égard au concept de « *droits de propriété aléatoires* » pour définir les droits portant sur cette catégorie de biens issus d'activités illicites¹⁰⁴. En d'autres termes, ces droits de propriété ne peuvent être légalement protégés. Les biens sont par conséquent sujets à confiscation et ils n'existent pour les propriétaires aucun recours légal pour faire valoir leurs droits¹⁰⁵. Clotilde Champeyrache poursuit en expliquant que « *la sphère illicite se caractérise par son instabilité* », ce qui ne permet pas, d'une part, de garantir les droits de propriété sur un bien et, d'autre part, de « *se livrer à un véritable processus d'accumulation* »¹⁰⁶, c'est-à-dire se constituer un patrimoine au sens juridique du terme. Rappelons que le patrimoine s'entend comme un ensemble de biens, droits et obligation d'une personne. Toute personne possède un patrimoine qui comprend à la fois l'actif et le passif. Il s'agit d'une universalité de droit, où l'actif répond du passif. Par conséquent, acquérir un patrimoine licite ouvre plusieurs perspectives pour entrer dans l'économie légale. Ce point est intrinsèquement lié à la seconde explication relative à l'incursion de l'économie illicite dans l'économie légale. Clotilde Champeyrache précise, dans un second temps, que les organisations criminelles ont besoin d'écouler les profits générés par leurs activités illicites¹⁰⁷. Elle rappelle que les marges dégagées par les activités illicites ne peuvent être toutes réinvesties dans le marché illicite. Le marché légal constitue donc une issue intéressante, qui permet dans le même temps de donner aux intéressés la stabilité légale souhaitée pour constituer leurs patrimoines. Mais une fois ces éléments posés, il demeure la question des réelles conséquences de l'argent illicite sur l'économie légale.

18. La mesure de confiscation présentée comme une mesure garante de la stabilité du marché intérieur. Il est difficile de chiffrer l'économie illicite, et par conséquent il est d'autant plus difficile de chiffrer la part que constitue l'économie illicite dans l'économie légale. Xavier Raufer dans un article intitulé « *La société humaine, la finance, le crime* » s'emploie à comprendre comment la finance contribue au développement de la criminalité. Dans cette étude il met en lumière plusieurs données chiffrées concernant la proportion présumée de l'économie souterraine dans l'économie légale. Il rappelle qu'Antonio Maria Costa, qui dirige en 2009

¹⁰³ C. Champeyrache, « *L'infiltration mafieuse dans l'économie légale* », L'Harmattan, Paris, 2004, p. 26.

¹⁰⁴ Extrait de C. Champeyrache, « *L'infiltration mafieuse dans l'économie légale* », *ibid.* P. Reuter, « *Disorganized Crime : the Economics of the Visible Hand* », MIT Press, Cambridge, 1983.

¹⁰⁵ C. Champeyrache, « *L'infiltration mafieuse dans l'économie légale* », *ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

l'ONUDDC, a averti qu'« *au plus fort de la crise financière des banques sevrées de liquidité ont absorbé d'importants flux d'argent criminel, certaines étant sauvées par cet afflux d'argent « noir »* »¹⁰⁸. L'ONUDDC a estimé à ce moment que les profits annuels de la criminalité organisée internationale à environ 350 milliards de dollars¹⁰⁹. Xavier Raufer précise qu'après « *la dérégulation mondiale, puis la crise, l'économie illicite (grise ou noire) qui vers 1980 constituait quelque 7 % du produit brut mondial, en représente en 2009 sans doute 15 %* »¹¹⁰. Pour autant, il est souligné que cette part est sans doute sous-estimée puisqu'elle ne prendrait pas en compte les canaux économiques dits non-financiers ou parallèles, impossibles à tracer. L'auteur cite par exemple les œuvres d'arts, l'or ou encore l'argent liquide, mais peuvent être également cités les monnaies cryptées ou les hawalas qui sont des transferts d'argent sans mouvements d'argent. Pour ce qui est de la part de l'économie illégale dans l'économie légale, l'auteur cite un article du Financial times qui « *vante en pleine crise la séduisante économie souterraine. Des experts de la Deutsche Bank réalisent fin 2009 une étude (révélée par le Financial times) pour laquelle la crise serait mieux vécue par les pays où une forte économie souterraine (travail noir, contrebande-contrefaçons, évasion fiscale), représente jusqu'à un quart de leur PIB. Pour la Deutsche Bank et le Financial times, ces rocs face à la crise, ces insubmersibles cuirassés de la flotte libérale-mondialisée sont la Grèce et le Portugal...* »¹¹¹. Il est intéressant de relever que « *ces insubmersibles cuirassés de la flotte libérale-mondialisée* » ont été fortement malmenés durant la crise financière et montre également l'aveuglement de la finance mondialisée concernant les questions relatives à la « *face noire de la mondialisation, de finance criminelle* »¹¹². Or, Xavier Raufer souligne que cet aveuglement « *est tout sauf anodin* »¹¹³. Lutter contre les produits du crime impose de mettre en place des mesures de contrôle, et c'est tout l'enjeu des normes anti-blanchiment qui visent à lutter contre les fonds provenant d'activités criminelles et/ou terroristes. Cependant, comme il le rappelle dans son article, la vision de la finance mondialisée, dont les traits apparaissent sous la forme de la « *Davos-goldman-Sachs-Idéologie* », est tout autre. Selon lui, cette vision « *a pour socle la*

¹⁰⁸ X. Raufer, « *La société humaine, la finance, le crime* », ESKA, « Sécurité globale », 2011/2 N°16, p. 64. Chiffres extraits de « *Drug money, banks, global crisis* », ONUDDC, 13 décembre 2009.

¹⁰⁹ *Ibid.* Chiffres extraits de « *Organised Crime Syndicates, such as Drug Cartels and People-trafficking rings, generate an estimated \$1 trillion/year in Profit* » (source de l'article, données fournies par le FBI, Washington), *Daily Telegraph*, 16 octobre 2009.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. Extrait d'un article de Le Monde, « *Selon tracfin, la crise a favorisé le développement de circuits financiers parallèles* », « Selon tracfin, la crise a favorisé le développement de circuits financiers parallèles », *Le Monde*, 29 mai 2011

¹¹¹ *Ibid.*, p. 61.

¹¹² *Ibid.*, p. 60.

¹¹³ *Ibid.*, p. 66.

théorie « des marchés efficients » »¹¹⁴. Autrement dit, « le monde économique se compose d'acteurs rationnels prenant, pour maximiser leurs gains, des décisions justes partant d'informations correctes ; leur interaction suscite spontanément un équilibre optimal – d'où, nul besoin de régulation, les acteurs de ce système n'envisageant que des transactions pour eux bénéfiques. Qui plus est, ces comportements sont modélisables, donc prédictibles ». Par conséquent, « pour que ces marchés parviennent sans distorsions à leur équilibre naturel, ils doivent être toujours plus liquides, déréglementés au maximum. Il faut donc éliminer ce qui gêne l'« innovation » – innovation financière est le maître mot de la DGSI. D'où compliance pour tout le monde – sauf pour eux ! »¹¹⁵. Ils s'inscrivent dans la volonté de mettre en place « un système financier complexe, dérégulé, innovant sans contrôle, [qui] est le moteur de l'économie américaine ; excellent pour elle, il constitue de même un bienfait pour l'humanité entière »¹¹⁶. Cette vision est aux antipodes des normes anti-blanchiment, qui pour être efficace impose une régulation du marché financier. La régulation vise à assurer l'intégrité des marchés financiers assurant le fonctionnement régulier de ces derniers ainsi que la solidité et la stabilité du système financier¹¹⁷. Par conséquent, un système financier solide et stable pour l'UE est un marché financier purgé de ces avoirs illicites, qui rappelons-le sont par nature des avoirs instables. Par conséquent, le système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime – au-delà d'être une politique pénale – est un moyen de s'assurer de la stabilité et de la solidité du marché financier européen.

La confiscation et le recouvrement des produits du crime luttent contre la criminalité organisée, mais ils se justifient au regard de l'objectif de protéger la solidité et la stabilité du marché intérieur. Dans cette perspective, l'Union a construit un modèle global, à part entière de confiscation et de recouvrement des produits du crime et a aggravé sa législation en étendant aussi largement que possible le mécanisme de confiscation. Pour autant, une étude statistique menée par Europol a montré l'inefficacité de la législation européenne sur le taux de

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 62.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Le premier considérant de la directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal précise que « le blanchiment de capitaux ainsi que le financement, lié à ce phénomène, du terrorisme et de la criminalité organisée demeurent des problèmes importants au niveau de l'Union, avec pour effet de porter atteinte à l'intégrité, à la stabilité et à la réputation du secteur financier et de menacer le marché intérieur et la sécurité intérieure de l'Union ». V. également : la directive 2014/42/UE est fondée quant à elle sur un triple objectif : s'attaquer aux incitations financières qui motivent la criminalité, protéger l'économie légale contre l'infiltration par les réseaux criminels et la corruption, et restituer les gains d'origine criminelle aux autorités publiques qui fournissent des services aux citoyens (*in* Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne (COM/2012/085 final - 2012/0036 (COD))).

confiscation et de recouvrement des produits du crime, soulevant la question de l'efficacité de cet outil juridique.

19. La mesure de confiscation, une mesure symbolique ou efficace. La confiscation et le recouvrement des produits du crime sont présentés comme des « *outils très efficaces* » pour lutter contre la criminalité organisée¹¹⁸ ou encore le financement du terrorisme. Cependant, il est intéressant de noter qu'il n'existe que très peu d'études quant à leur efficacité, soulevant l'interrogation suivante : la confiscation et le recouvrement des produits du crime sont-ils des outils efficaces ou symboliques dans la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme ? L'un des instruments les plus utilisés pour juger de l'efficacité ou non d'une politique publique demeure l'outil statistique. En matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime, il n'existe que peu d'études qui ont tenté de chiffrer le taux de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Une première explication tient certainement dans le fait qu'il est actuellement impossible de chiffrer avec certitude les profits qui seraient générés par les activités illicites. Or, pour connaître l'efficacité des mesures de confiscation et de recouvrement des produits du crime, encore faudrait-il connaître l'ampleur des profits générés par la criminalité organisée et ainsi observer si les mesures de confiscation et de recouvrement des produits du crime frappent de manière significative le portefeuille des délinquants. Les chiffres avancés concernant les profits qui seraient tirés de la criminalité organisée ne sont que des estimations fondées sur des méthodologies et des données peu claires. Pour autant, ces estimations demeurent les seules sources qui donnent une indication quant aux profits qui seraient tirés de la commission d'infractions. Selon ces estimations, le crime organisé international blanchirait par an entre 600 à 1 800 milliards de dollars et les bénéfices générés par le crime organisé seraient estimés à 870 milliards de dollars par an, soit 1,5% du PIB mondial¹¹⁹. Entre autres, le trafic de drogues quant à lui permettrait de dégager un chiffre

¹¹⁸ V. Communication de la Commission du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2008 – Produits du crime organisé : garantir que le « crime ne paie pas » [COM(2008) 766 final – Non publiée au Journal officiel] ; cons. 3, directive 2014/42/UE, *op. cit.* ; cons. 3, règlement (UE) 1805/2018, *op. cit.* Le rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée « *Recouvrement et confiscation d'avoirs : Garantir que le crime ne paie pas* », du 2.06.2020, (COM(2020) 217 final), souligne que la confiscation est un aspect essentiel de la lutte contre la criminalité organisée.

¹¹⁹ Chiffres extraits du site : www.unodc.org (URL : <https://www.unodc.org/toc/fr/crimes/organized-crime.html>). « *Selon des estimations des Nations unies, le montant total des produits du crime à l'échelle mondiale a atteint près de 2 100 billions d'USD en 2009, soit 3,6 % du PIB mondial. Le produit des activités criminelles réalisées dans les principaux marchés illicites au sein de l'Union européenne pour lesquelles des preuves sont disponibles a été estimé à 110 milliards d'euros. Le montant actuellement en cours de recouvrement dans l'UE ne représente qu'une faible part des produits estimés du crime* », in proposition de directive du Parlement européen et du Conseil visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal, le 21.12.2016, COM(2016) 826 final

d'affaires compris entre 400 et 500 milliards de dollars¹²⁰. Le trafic de cannabis seul rapporterait quant à lui environs 70 milliards de dollars pour les seuls marchés d'Europe occidentale, les États-Unis et l'Océanie¹²¹. En outre, selon Europol, plus de 5 000 groupes criminels organisés font ou ont fait l'objet d'enquêtes en Europe récemment¹²² et les profits tirés de la criminalité organisée seraient estimés en UE à environs 110 milliards d'euros par an¹²³.

Une étude récente menée par Europol en 2016, couvrant la période de 2010 à 2014, sur la base de données récoltées auprès des Bureaux de recouvrement des avoirs européens (BRA) a conclu que seul 2% des produits du crime seraient gelés et 1% serait à terme confisqué sur le territoire européen¹²⁴, interrogeant l'efficacité des dispositifs européens dans la lutte contre les produits du crime. Néanmoins, ces chiffres doivent être lus avec précaution. Cette étude représente pour l'Agence européenne un intérêt majeur, puisqu'elle constitue le premier indice de référence sur lequel les futures études pourront s'appuyer pour analyser la performance des techniques d'investigations et des normes européennes. Mais, Europol demeure prudent quant aux chiffres avancés dans ses conclusions. Europol renvoie à deux limites tenant à la méthode retenue, d'une part, et à la collecte des données, d'autre part. Concernant la méthode, comme cela a été précisé précédemment, les données recueillies pour l'étude proviennent de deux sources : les BRA européens auprès de qui les données statistiques ont été recueillies et les États membres à qui des questionnaires portant sur les mécanismes nationaux de confiscation, les méthodes utilisés pour estimer la valeur des biens ou encore les types de bien inclus dans l'estimation ont été adressés. Les réponses à ce questionnaire sont essentielles pour vérifier si les données collectées par chaque pays sont comparables et permettre de dégager une tendance quant à l'efficacité ou l'inefficacité des dispositifs européens. Or, les données recueillies dépendaient de la bonne volonté des États membres de répondre aux questionnaires, trois États membres n'y ont pas répondu, et de fournir des données claires. Sur ce point, Europol note qu'un certain nombre de données était inutilisable car, incompréhensible. Par exemple, les données fournies n'étaient pas rattachées à une infraction spécifique, à un bien donné ou encore une région où le bien a été gelé et/ou confisqué. En d'autres termes, les données collectées

¹²⁰ Chiffres extraits de l'ouvrage de M. R. Roudaut, « Marchés criminels : un acteur global », *op. cit.*

¹²¹ *Ibid.* V. également le rapport européen sur les drogues – Tendances et évolutions, réalisé par l'observatoire européen des drogues et des toxicomanies, 2018 qui estime à près de 24 milliards d'euros en 2013 le marché des drogues sur le territoire européen (URL : http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/8585/20181816_TDAT18001FRN_PDF.pdf).

¹²² URL : <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-2017>.

¹²³ « *Transcrime, From illegal markets to legitimate businesses: the portfolio of organised crime in Europe* », 2015, consultable à l'adresse: <http://www.transcrime.it/wp-content/uploads/2015/03/OCP-Full-Report.pdf>.

¹²⁴ Europol, « Does crime still pay? Criminal Asset Recovery in the EU – Survey of statistical information 2010-2014 », 2016. URL : <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/does-crime-still-pay>.

n'étaient pas exploitables car, elles n'étaient pas contextualisées. Ce point spécifique montre également un manque d'harmonisation entre les États membres quant aux méthodes de collecte des données statistiques en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Il révèle aussi les fortes disparités entre les BRA concernant leur capacité à accéder aux données souhaitées. Les BRA européens ne disposent pas tous d'un accès équivalent aux données nécessaires à la thématique qui nous concerne ou de méthodes équivalentes de collecte des données, ayant comme conséquence l'hétérogénéité des informations transmises à Europol ou encore l'incomplétude des réponses transmises. Par exemple, il a été difficile d'obtenir des informations sur la nature des biens gelés et/ou confisqués car, il n'existe pas dans certains États un moyen pour identifier les biens et les relier à une affaire en particulier. Ainsi, il n'est pas possible d'obtenir des statistiques sur le nombre de biens gelés et/ou confisqués dans le cadre d'infractions de participation à un groupe criminel organisé, alors même que ces outils sont présentés comme très efficaces pour lutter contre ces infractions. Le taux de confiscation et de recouvrement des produits du crime dans l'UE est estimé par Europol en 2016 à 1%, remettant fortement en question cette notion d'efficacité. Ce chiffre doit certes être pris avec beaucoup de précaution, puisque les États membres ne disposaient que de peu de statistiques en la matière, expliquant l'article onze de la directive 2014/42/UE qui impose aux États membres de collecter *« régulièrement des statistiques auprès des autorités concernées et tiennent à jour des statistiques complètes »*.

Les chiffres montrent l'inefficacité de la mesure de confiscation. Cependant, il est intéressant de constater que, face à ce constat, le législateur européen ne remet nullement en question la mesure de confiscation, ainsi que le système qu'il a mis en place, mais impute ce chiffre aux difficultés, aux barrières légales liées à la confiscation. Par conséquent, sa stratégie consiste au fur et à mesure des textes d'adopter des dispositions de plus en plus coercitives, répressives afin de garantir une confiscation aussi large que possible.

20. Une évolution des outils législatifs européens de confiscation et de recouvrement des produits du crime vers un système de plus en plus coercitif. En l'absence de données statistiques permettant de juger de l'efficacité ou non des dispositifs européens, l'UE procède systématiquement à l'évaluation de ses outils législatifs. Plus précisément, elle évalue l'intégration des dispositions européennes dans les législations nationales des États membres. Jusqu'à l'adoption de la directive 2014/42/UE, les rapports de la Commission européenne visant à rendre compte de cette intégration montraient systématiquement une transposition, soit

insatisfaisante, soit partielle ou encore incorrecte des textes¹²⁵. Cet état de fait amenait régulièrement la Commission européenne à inviter les États membres à transposer correctement les dispositifs adoptés, mais également inviter les institutions européennes à réviser, à renforcer systématiquement le cadre européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Le dernier rapport rédigé par la Commission européenne relatif à la directive 2014/42/UE conclut que « *le degré global de mise en œuvre de la directive dans l'Union peut être considéré comme satisfaisant* »¹²⁶. Elle précise que « *l'adoption de la directive a permis d'améliorer sensiblement les cadres des États membres régissant le recouvrement des avoirs* »¹²⁷. Sur les 26 États membres que compte l'UE désormais, 24 ont adopté une nouvelle législation afin de respecter les normes de la directive 2014/42/UE¹²⁸, et cela touche tant les normes matérielles qu'institutionnelles. Par exemple, le rapport note que tous les États membres disposent désormais de structures visant à assurer une gestion adéquate des biens. En outre, il est intéressant de noter que les États membres sont parfois allés au-delà des prescriptions européennes, notamment concernant la confiscation élargie – par une extension des infractions susceptibles de donner lieu à ce type de mesure¹²⁹ – ou la confiscation en l'absence de condamnation pénale – les dispositions nationales ne limitant pas forcément l'application de ce

¹²⁵ V. les rapports suivants : rapport de la Commission sur la base de l'article 6 de la décision-cadre du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime (2005/212/JAI), 17 décembre 2007, COM(2007) 805 final ; rapport de la Commission fondé sur l'article 14 de la décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, le 22 décembre 2008, COM(2008) 885 final ; rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 22 de la décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, 23 août 2010, COM(2010) 428 final ; rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 8 de la décision 2007/845/JAI du Conseil du 6 décembre 2007 relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime, le 12 avril 2011, COM(2011) 176 final.

¹²⁶ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Recouvrement et confiscation d'avoirs : Garantir que le crime ne paie pas, *op. cit.*, p. 19.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 18.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Le rapport précise que « *la plupart des États membres (Belgique, Bulgarie, Tchéquie, Estonie, Irlande, Grèce, Espagne, Croatie, Hongrie, Autriche, Portugal, Slovaquie, Finlande, Suède) ont établi des listes spécifiques d'infractions pour lesquelles la confiscation élargie est autorisée. En outre, dans plusieurs États membres, la confiscation élargie est également autorisée pour toutes les infractions pénales sanctionnées par une peine de prison d'au moins trois ans (Autriche) ou d'au moins quatre ans (Tchéquie, Finlande, Suède). En Allemagne, en Italie, à Chypre et en Lituanie, la confiscation élargie est autorisée pour toutes les infractions. À Malte, la confiscation élargie est autorisée pour toute infraction passible d'une peine de prison de plus d'un an. En France, la confiscation élargie est autorisée pour les infractions sanctionnées par une peine de prison d'au moins cinq ans. En Irlande, au Luxembourg et en Roumanie, la confiscation élargie est autorisée pour toutes les infractions pénales sanctionnées par une peine de prison d'au moins quatre ans. La législation de transposition dans plusieurs États membres (Finlande, France, Lettonie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Roumanie) prévoit que l'infraction pénale doit être de nature à générer un gain financier. Dans la plupart des cas, la confiscation élargie a été autorisée dans une large mesure pour les infractions, conformément à l'article 5, paragraphe 2* ». *Ibid.*, p. 8-9.

mécanisme aux seuls cas de fuite ou de maladie¹³⁰. Sur la base de ce rapport, il est possible d'affirmer qu'en la matière un pas a été franchi avec l'adoption de la directive 2014/42/UE, notamment au regard de l'évolution qu'ont connu les législations nationales sur ce thème depuis son adoption. Mais une telle affirmation omet que ce texte est le fruit de plusieurs années, décennies de réflexions, de travaux relatifs à l'harmonisation des législations nationales et le renforcement de la coopération en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime en UE, d'une part, et qu'il ne constitue pas un aboutissement, d'autre part. En effet, le rapport note que « *les résultats généraux en matière de confiscation des avoirs ne sont pas satisfaisants et les nombres de confiscation dans l'UE demeurent très bas* »¹³¹. Il demeure une marge de progrès, telles l'élargissement des infractions pénales auxquelles la directive est applicable, l'amélioration des règles en matière de confiscation en l'absence de condamnation pénale, en définissant les règles plus précises concernant la gestion des avoirs gelés, en instaurant un régime harmonisation concernant l'aliénation des biens confisqués, en améliorant la question de l'indemnisation des victimes d'infraction ou encore en renforçant les compétences des BRA¹³². Par conséquent, malgré une transposition satisfaisante de la directive 2014/42/UE, les dispositions adoptées ne semblent pas avoir produit les effets escomptés, soit une augmentation du taux de recouvrement des produits du crime dans l'UE.

Ces éléments attestent certes d'une évaluation continue, régulière des outils juridiques européens, mais également ils témoignent d'un perfectionnement, d'un raffermissement des textes européens. Ces évaluations constituent une double opportunité pour le législateur européen : celle de renforcer le cadre juridique européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime et celle d'étayer celui-ci par l'apport de nouveaux éléments de fond ou de forme, aboutissant ces dernières années à la mise en place d'un nouveau modèle de répression pénale.

¹³⁰ Le rapport souligne que « *dans la plupart des États membres (Bulgarie, Tchéquie, Allemagne, Irlande, Espagne, France, Croatie, Italie, Chypre, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Hongrie, Pologne, Portugal, Slovénie, Finlande), la législation nationale va au-delà des dispositions de la directive* ». *Ibid.*, p. 7-8.

Par exemple, la Croatie autorise la confiscation lorsque la personne poursuivie est soit dans l'incapacité permanente de présenter sa défense, soit inaccessible aux autorités et dont la valeur des avoirs est supérieure à 60 000 HRK, environ 8 000 € au moment de la rédaction du présent rapport. La Bulgarie et la Slovénie ont instauré des procédures qui permettent la confiscation des avoirs dans une procédure civile, qui ne dépend pas d'une condamnation pénale. La Roumanie prévoit la confiscation auprès des personnes exerçant une fonction publique, des biens dont l'origine légitime ne peut être établie. En Suède, la confiscation est possible lorsque la condamnation du suspect ou de la personne poursuivie n'est pas possible en raison d'un « obstacle permanent » tels que l'expiration du délai de prescription.

¹³¹ *Ibid.*, p. 20.

¹³² *Ibid.*

21. La méthodologie. Les réformes législatives successives ont eu pour effet d'élargir autant que possible les opportunités de confiscation. Les nouvelles formes de confiscation en sont un exemple. Le droit européen consacre ainsi le renversement de la charge de la preuve avec la confiscation élargie, la confiscation des avoirs des tiers ou encore, avec l'adoption de la directive 2014/42/UE et du règlement (UE) 1805/2018, la confiscation en l'absence de condamnation pénale. Il doit être, en outre, précisé concernant ce dernier point qu'il n'est pas contraire au droit de l'UE qu'une législation permette de prononcer une mesure de confiscation rendue dans le cadre d'une procédure civile et sans qu'aucune infraction n'ait été constatée¹³³. Ces mécanismes s'inscrivent dans une tendance législative, celle de créer progressivement un délitement du lien entre l'infraction et le bien¹³⁴. La condamnation pénale devient accessoire, permettant d'accroître les possibilités quant aux biens susceptibles de devenir confisquables. En effet, le délitement du lien entre la constatation et la condamnation d'une infraction, d'une part, et le bien, produit de l'infraction, d'autre part, a pour conséquent de redéfinir la notion même de produit du crime. Devront être intégrés à cette notion les biens dont l'origine illicite est présumée. Présumée car, celle-ci ne peut être matériellement rattachée à une infraction. Cette évolution marque le signe d'un profond changement. Il ne s'agit plus simplement de sanctionner les délinquants en les privant des produits de leur crime, mais de mettre en œuvre une politique permettant de viser les produits illicites indépendamment de l'obtention d'une condamnation pénale pour les auteurs des faits. En tant que sanction complémentaire, la confiscation devient un outil à part entière de la politique de lutte contre les phénomènes dits graves et transnationaux. La sanction pénale est généralement définie comme la réponse de l'État contre une personne qui a commis une infraction, soit une action ou une omission expressément prévue par la loi, qui est sanctionnée par une peine en raison de l'atteinte qu'elle constitue à l'ordre public. Or, ce qui est désormais proposé ne s'inscrit plus dans la volonté de sanctionner un individu, mais d'extraire un bien des circuits économiques, financiers ou encore marchands en raison de son origine illicite ou présumée illicite. Le caractère criminel dont le bien est imprégné constitue en soi une dangerosité, un danger notamment pour le marché financier. La Commission européenne rappelle en ce sens que plusieurs études « *affirment que l'infiltration de la criminalité organisée dans l'économie peut être considérée comme significative dans près de la moitié des États membres* »¹³⁵ et que « *son infiltration de*

¹³³ CJUE, 19 mars 2020, aff. C-234/18, « AGRO In 2001 » : JurisData n° 2020-004975.

¹³⁴ A. M. Maugeri, « *The Criminal Sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisations* », *New Journal of European Criminal Law*, vol. 3, Issue 3-4, 2012, p. 258.

¹³⁵ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Recouvrement et confiscation d'avoirs : Garantir que le crime ne paie pas, *op. cit.*, p. 16.

l'économie légale menace [...] le marché intérieur de l'Union, ce qui, à son tour, mine la confiance des citoyens dans des institutions publiques neutres et efficaces et dans l'état de droit »¹³⁶. Ainsi, l'étude de la question de la confiscation et du recouvrement des produits du crime à l'échelle européenne remet en question les connaissances acquises dans le domaine de la sanction pénale.

Cette étude a mis en exergue l'émergence d'un nouvel écosystème de justice pénale. Elle a supposé de remettre en question les fondements mêmes de la procédure pénale où la sanction pénale répond à un comportement criminel. Il a ainsi fallu décontextualiser la sanction de confiscation, soit l'extraire du cadre de la procédure pénale classique, pour la contextualiser dans un cadre qui lui est propre, celui de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime dans l'UE. Le législateur européen n'inscrit pas cette sanction dans un domaine juridique spécifique. Au contraire, et malgré le fait qu'elle s'inscrive dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, elle est détachée d'une quelconque procédure, d'un quelconque modèle pénal. Il s'agit d'un objet de recherche transdisciplinaire, nécessitant pour être compris le recours à des connaissances de droit pénal et de procédure pénale, mais également de droit civil et de procédure civile, de droit administratif, de droit constitutionnel, de droit international public et européen. Tous ces éléments participent par leur interaction à une meilleure compréhension du domaine qui nous concerne : celui de la confiscation et du recouvrement des produits du crime. Par conséquent, le travail de recherche a consisté à comprendre, cerner la structure et l'organisation de cette nouvelle procédure au travers des différentes formes qu'elle peut prendre, afin de mettre en lumière le modèle mis en place à l'échelle européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

22. Problématique. Depuis deux décennies le gel et la confiscation des produits du crime ont été identifiés comme des instruments efficaces dans la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme dans l'UE. Le travail législatif européen a ainsi consisté à lever progressivement les obstacles à la confiscation effective desdits biens dans l'UE, et notamment une levée progressive d'obstacles légaux dans la perspective d'aboutir à la confiscation effective des produits du crime. Or ce travail s'est avéré inefficace, puisque le rapport d'Europol rappelle que 2% des produits présumés issus d'activités illicites seraient gelés et ce taux baisse à 1% concernant les produits confisqués. Il est intéressant de noter que l'UE s'est penchée exclusivement sur l'aspect matériel de la question, et n'a que peu traité l'aspect institutionnel.

¹³⁶ *Ibid.*

Or, le développement de la sanction de confiscation nécessite la mise en place d'un cadre institutionnel adapté, qui fait appel à des acteurs venant de la sphère répressive et judiciaire, mais également venant la sphère privée et de la société civile. Il y a une nouvelle organisation judiciaire qui semble se mettre en place autour de cette sanction. En d'autres termes, l'inefficacité des dispositifs européens serait-elle liée à l'absence d'un cadre institutionnel solide capable de mettre en œuvre le droit européen en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime ?

23. Le plan. Les réformes législatives successives de l'UE ont conduit à dessiner les contours d'un modèle européen de recouvrement des produits du crime, ou plus exactement les contours d'un droit à part entière de la sanction de confiscation aux fins de coopération judiciaire en matière pénale. De ces réflexions, est progressivement née une vision plus aboutie de ce que devraient être la confiscation et le recouvrement des produits du crime, et l'Union propose actuellement l'un des modèles de recouvrement des produits du crime les plus achevés. Ont ainsi été adoptés la directive 2014/42/UE concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne et du règlement (UE) 2018/1805 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation. Ils ont pour objectif de renforcer le cadre juridique de la confiscation et du recouvrement des produits du crime afin de garantir un recouvrement aussi large que possible des produits du crime dans l'espace européen (Partie 1).

Mais cette vision demeure un processus en pleine expansion, puisque le système n'a pas atteint avec l'adoption de ces textes son plein potentiel, notamment à propos de la question de la construction d'un cadre institutionnel capable de répondre au besoin du système mis en place par l'Union pour confisquer et recouvrer les produits du crime (Partie 2), qui est demeurait jusqu'à présent une question annexe de la construction de la procédure européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

PARTIE 1. LE RENFORCEMENT DU CADRE JURIDIQUE DE LA CONFISCATION ET DU RECOUVREMENT DES PRODUITS DU CRIME DANS L'UNION EUROPÉENNE

PARTIE 2. LA CONSTRUCTION D'UN CADRE INSTITUTIONNEL AUX FINS DE CONFISCATION ET DE RECOUVREMENT DES PRODUITS DU CRIME DANS L'UNION EUROPÉENNE

PARTIE 1. LE RENFORCEMENT DU CADRE JURIDIQUE DE LA CONFISCATION ET DU RECOUVREMENT DES PRODUITS DU CRIME DANS L'UNION EUROPÉENNE

17. Garantir aussi largement que possible la confiscation des produits du crime sur le territoire européen par le développement des opportunités de confiscation. Par l'adoption de la directive 2014/42/UE et du règlement (UE) 2018/1805, le droit européen s'est attaché à développer, à clarifier, à améliorer et à simplifier sa réglementation relative à la confiscation et au recouvrement des produits du crime. Il s'est notamment modernisé par l'adoption de nouveaux mécanismes de confiscation, tels que la confiscation élargie fondée sur une présomption d'illégalité, la confiscation des avoirs tiers permettant de procéder à la confiscation de biens situés en dehors du patrimoine du délinquant ou le mécanisme de confiscation non fondée sur une condamnation¹³⁷, qui parachève le système européen de confiscation et de recouvrement des produits, afin de garantir une confiscation aussi large que possible des produits du crime sur le territoire de l'UE.

Pour s'assurer de l'efficacité de ses dispositions, l'UE a adopté un modèle libre des conceptions nationales. Certes, le système mis en place par la directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805 ne constitue pas un nouveau cadre juridique. Les apports faits depuis 2014 viennent moderniser le système juridique existant, sur lequel la législation européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime s'est bâtie. Cependant, il est important de relever que les mesures prises ont un caractère autonome dans le but de réduire autant que faire se peut la marge d'appréciation des États membres. Ainsi, la directive 2014/42/UE précise que le gel et la confiscation sont des notions autonomes et se détache ainsi des conceptions définies par le droit des États membres. Elle impose aux États membres « *une interprétation déterminée, au niveau de l'Union, des notions qui peuvent avoir une signification différente dans les cultures juridiques des États membres* » et, par conséquent « *le sens « interne » doit ainsi céder devant le sens « communautaire* »¹³⁸. Elle fait le choix de dépasser les conceptions nationales, mais sans pour autant les remettre en question, puisque les dispositions adoptées « *ne devraient pas empêcher les États membres de les mettre en œuvre en ayant recours à des*

¹³⁷ Signe anglophone : Non-conviction based confiscation.

¹³⁸ D. Simon, « *Les notions autonomes en droit de l'Union européenne* », in Mélanges en l'honneur du Professeur H. Obgrdorff, LGDJ – Lextenso éd., 2015.

instruments qui, conformément au droit national, seraient considérés comme des sanctions ou d'autres types de mesures »¹³⁹. Elle fait le choix de les contextualiser, sa mise en œuvre devant ainsi tenir compte des traditions juridiques primant dans chaque État membre. Par ce biais, elle s'assure de l'application et de l'interprétation uniforme des mécanismes de confiscation adoptés. Cet objectif est renforcé par l'adoption du règlement (UE) 2018/1805, qui est un acte juridique de portée générale et obligatoire dans toutes ses dispositions.

Par conséquent, le système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime se veut en dehors des conceptions nationales, générale, afin d'être mis en œuvre dans tous les États membres, mais il se veut également efficace, c'est-à-dire garantir la mise en œuvre des procédures de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation. Pour ce faire, les États membres ont besoin de mettre en place des systèmes équivalents. Or, un système de confiscation et de recouvrement des produits du crime mis en œuvre dans le cadre d'une procédure pénale ne peut pas reconnaître et exécuter une sanction de confiscation prise dans le cadre d'une procédure autre que pénale. C'est la raison pour laquelle le droit européen limite la reconnaissance des mécanismes de confiscation adoptés dans le cadre de procédures autres que pénales à celles qui ont un lien avec une infraction pénale. En effet, le système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime s'inscrit dans le cadre d'une politique pénale ou d'une stratégie globale de lutte contre un phénomène criminel. Plusieurs éléments en attestent. Ainsi, la directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805 trouvent leur fondement juridique dans le titre cinq relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, chapitre quatre concernant la coopération judiciaire en matière pénale, et plus particulièrement les articles quatre-vingt-deux, qui précise que « *la coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les domaines visés au paragraphe 2*¹⁴⁰ et à l'article 83 », et quatre-vingt-trois TFUE, qui précise que « *le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur*

¹³⁹ Cons. 13, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

¹⁴⁰ Soit, l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres ; les droits des personnes dans la procédure pénale ; les droits des victimes de la criminalité ; d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale, que le Conseil aura identifiés préalablement par une décision ; pour l'adoption de cette décision, le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen.

des bases communes ». En outre, les instruments européens renvoient spécifiquement à la lutte contre la criminalité organisée transnationale. Ainsi, la directive 2014/42/UE renvoie explicitement à la lutte contre le crime organisé¹⁴¹, alors que le règlement (UE) 2018/1805 intervenu à la suite des attentats commis dans des États membres de l'UE renvoie plus spécifiquement à lutter contre le financement du terrorisme¹⁴². Néanmoins, ces textes qui s'inscrivent dans le cadre d'une politique pénale ne contiennent pas nécessairement des outils de droit pénal et de procédure pénale. L'étude de la confiscation et du recouvrement des produits du crime montre assez clairement la tentation moderne des législations nationales et internationales de recourir à des outils et des procédures autres que pénales pour lutter contre certaines formes de criminalité dites graves et transfrontières. L'exemple le plus significatif est le recours aux mécanismes de confiscation sans condamnation pénale, qui sont généralement des mécanismes de confiscation civile. Il présente l'avantage de permettre le recours à des standards de preuve moins élevés, de pouvoir instaurer un renversement de la charge de la preuve, l'absence des règles liées à la procédure pénale et de viser exclusivement les produits du crime. C'est un mécanisme parallèle et dissocié de la procédure pénale, qui s'inscrit pour autant dans le cadre d'une politique pénale. Certes, ce mécanisme ne fait pas consensus parmi les États membres. Pour autant, force est de constater que les nouveaux mécanismes européens de confiscation s'inscrivent progressivement dans un nouveau mouvement législatif, celui de la dissociation des procédures de condamnation et des procédures de confiscation, ouvrant la voie à la reconnaissance, sous des conditions particulières, de mécanismes civils et administratifs de confiscation.

Cette partie sera ainsi consacrée à l'étude des normes législatives européennes récemment adoptées. Elle a pour objectif de démontrer que l'Union s'est inscrite par son nouveau cadre dans une certaine aggravation de la répression. Les nouveaux mécanismes de confiscation (Titre 1), ainsi que les procédures de coopération judiciaire (Titre 2) ont pour but de procéder plus facilement et plus rapidement à la confiscation des produits du crime, soulevant la question sensible de la protection des droits fondamentaux des personnes concernées par les mesures de gel et de confiscation.

¹⁴¹ V. cons. 1, directive 2014/42/UE, *op. cit.* La directive rappelle à cet égard que la prévention et la lutte contre la criminalité organisée, pour être efficace, doivent neutraliser les produits du crime. Par ailleurs, le cons. 3, de la directive 2014/42/UE soulignant que parmi les méthodes les plus efficaces pour lutter contre ces phénomènes doit figurer la confiscation et le recouvrement des produits du crime.

¹⁴² La proposition de règlement 2016/0412 (COD) précisait la fonction importante de la confiscation et du recouvrement des produits du crime dans l'UE pour lutter contre le financement du terrorisme et défaire son lien étroit avec les réseaux de criminalité organisée. V. également cons. 10, *ibid.*

- TITRE 1.** DES DÉCISIONS DE CONFISCATION RENDUES DANS LE CADRE DE PROCÉDURES EN LIEN AVEC UNE INFRACTION PÉNALE
- TITRE 2.** UNE RECHERCHE D'EFFICACITÉ DES INSTRUMENTS DE RECONNAISSANCE MUTUELLE DES DÉCISIONS DE GEL ET DE CONFISCATION

TITRE 1. DES DÉCISIONS DE CONFISCATION RENDUES DANS LE CADRE DE PROCÉDURES EN LIEN AVEC UNE INFRACTION PÉNALE

18. Quelques précisions quant à la notion de confiscation en droit européen. Le terme de confiscation en droit européen appelle plusieurs précisions. Tout d'abord, le droit européen rappelle que les notions de gel et de confiscation sont des notions autonomes en droit européen¹⁴³. Les mécanismes développés sont ainsi détachés des conceptions définies par le droit des États membres, « *le sens « interne » doit [...] céder devant le sens « communautaire »* »¹⁴⁴. L'une des conséquences de cette reconnaissance a été la possibilité d'adopter en droit européen des mécanismes de confiscation dont les régimes d'application peuvent être applicables dans l'ensemble des systèmes européens de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Il est important de rappeler que les différences liées aux systèmes et aux traditions juridiques des États ont été et sont des obstacles à la transposition des textes antérieurs et à la coopération judiciaire¹⁴⁵. Deux grandes catégories de systèmes s'opposent : la confiscation pénale et la confiscation civile. L'enjeu de la directive 2014/42/UE est par conséquent un dépassement de cette conception bipartite de la confiscation, voire tripartite lorsque les États membres ont mis en place des mécanismes de confiscation rendus dans le cadre d'une procédure autre que pénale. Les termes de la définition de confiscation sont dans la directive 2014/42/UE volontairement larges pour inclure les différentes formes de confiscation. Ce terme est défini comme suivant : « *une privation permanente d'un bien ordonnée par une juridiction en lien avec une infraction pénale* ». De cette définition, il ne ressort à aucun moment que les mécanismes européens de confiscation doivent être mis en œuvre dans le cadre d'une procédure pénale ou autre. Le texte laisse aux États membres la possibilité de transposer ces dispositifs dans le cadre de procédures civiles ou administratives.

¹⁴³ Cons. 13, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

¹⁴⁴ D. Simon, « *Les notions autonomes en droit de l'Union européenne* », *op. cit.*

¹⁴⁵ V. les rapports de la Commission suivants : Rapport de la Commission sur la base de l'article 6 de la décision-cadre du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime (2005/212/JAI), 17 décembre 2007, COM(2007) 805 final ; rapport de la Commission fondé sur l'article 14 de la décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, le 22 décembre 2008, COM(2008) 885 final ; rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 22 de la décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, 23 août 2010, COM(2010) 428 final ; rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 8 de la décision 2007/845/JAI du Conseil du 6 décembre 2007 relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime, le 12 avril 2011, COM(2011) 176 final.

La directive 2014/42/UE précise à cet égard que « *les États membres sont libres d'engager des procédures de confiscation liées à une affaire pénale devant toute juridiction compétente* »¹⁴⁶, expliquant que le texte ne recourt pas aux termes de sanctions pénales, voire à celui de peine pénale, qui impliqueraient d'inscrire ces dispositifs dans une procédure pénale. Elle précise, à cet égard, que la reconnaissance de notions autonomes dans ce domaine, ne doit pas « *empêcher les États membres de mettre en œuvre la présente directive en ayant recours à des instruments qui, conformément au droit national, seraient considérés comme des sanctions ou d'autres types de mesures* »¹⁴⁷. Sur ce point, il est intéressant de noter que le règlement (UE) 2018/1805 se révèle plus précis. Une décision de confiscation est « *une peine ou une mesure définitive ordonnée par une juridiction à la suite d'une procédure en lien avec une infraction pénale, aboutissant à priver de biens une personne physique ou morale de façon définitive* ». Cette définition est certes plus concise, puisqu'elle encadre la procédure de reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation. Elle la limite aux seules décisions de confiscation devenues définitives ordonnées par une juridiction. Néanmoins, elle ne précise pas la nature exacte de la mesure de confiscation et de la procédure dans laquelle elle a été rendue. La seule exigence est que la peine ou la mesure ait été prononcée à la suite d'une procédure en lien avec une infraction pénale. Cette exigence est rappelée par la directive 2014/42/UE, qui précise que la mesure ou la sanction de confiscation doit être prononcée dans le cadre d'une procédure en lien avec une infraction.

Ce critère est essentiel puisque n'entrent dans le cadre européen, formé par la directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805, que les procédures de confiscation rendues dans le cadre de procédure pénale ou autre en lien avec une infraction pénale. Cela ouvre la voie tant aux mécanismes de confiscation post-condamnation pénale (CHAPITRE 1) qu'aux mécanismes de confiscation non fondée sur une condamnation pénale (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1. LA CONSOLIDATION DES MÉCANISMES DE CONFISCATION FONDÉE SUR UNE CONDAMNATION PÉNALE

CHAPITRE 2. L'ADOPTION DE LA CONFISCATION NON FONDÉE SUR UNE CONDAMNATION PÉNALE

¹⁴⁶ Cons. 10, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

¹⁴⁷ Cons. 13, *ibid.*

CHAPITRE 1. LA CONSOLIDATION DES MÉCANISMES DE CONFISCATION FONDÉE SUR UNE CONDAMNATION PÉNALE

19. De la confiscation standard aux nouveaux modes de confiscation ou l’amorce du délitement progressif du lien entre la procédure de condamnation et la procédure de confiscation. La confiscation des instruments et des produits du crime impose comme condition préalable une condamnation pénale. Il y a un lien entre l’infraction et les instruments et produit de l’infraction. Mais la confiscation dite « *standard* »¹⁴⁸ souffre de plusieurs limites, telles que la difficulté d’obtenir une condamnation pénale, la nécessité de prouver le lien entre l’infraction et le ou les bien(s), ainsi que des contraintes budgétaires ou encore de temps liés aux investigations et poursuites¹⁴⁹. Les nouvelles formes de confiscation quant à elles répondent à plusieurs enjeux, dont le principal qui est celui de l’efficacité. Cette efficacité résulte notamment du desserrement du lien entre l’infraction et les produits du crime. Mais, cette évolution conduit également à brouiller davantage la nature de la confiscation, qui ne constitue pas nécessairement une peine pénale ou une sanction pénale applicable à la personne ayant commis l’infraction. Cette sanction peut être également de nature civile ou administrative et entrer dans le champ d’application de la directive 2014/42/UE. Il est essentiel d’insister sur le fait que les textes n’exigent pas que la confiscation rendue après une condamnation pénale soit nécessairement prononcée dans le cadre d’une procédure pénale. Elle peut être rendue dans le cadre d’une procédure distincte de la procédure de condamnation et une procédure qui peut être de nature autre que pénale. Il est fait référence en la matière au terme de confiscation post-condamnation pénale. Cette notion suggère l’idée de l’ouverture d’un second procès. Il ne s’agit pas d’un second procès pénal, qui serait contraire au principe *ne bis in idem*, qui interdit d’être jugé deux fois pour les mêmes faits, mais, comme la CEDH l’a rappelée, il s’agit d’une procédure « *d’infliction de la peine* »¹⁵⁰. La procédure pénale a abouti à la condamnation de l’auteur des faits et à la confiscation des instruments et des produits du crime. Cette décision peut déboucher sur l’ouverture d’une procédure d’exécution de la sanction de confiscation post-

¹⁴⁸ Expression employée dans l’article de M. Simonato et M. Fernandez-Bertier, « *Confiscation and Fundamental Rights : the Quest for a Consistent European Approach* » in A. Bernardi (éd.) et F. Rossi (coord.), “*Improving confiscation procedures in the EU*”, Jovene Editore, 2019, p. 3-30.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ V. CEDH, *Welch v. United Kingdom*, 9 février 1995, No. 17440/90 ; CEDH, *Philips v. United Kingdom*, 5 Juillet 2001 ; CEDH, *Butler v. United Kingdom*, 27 juin 2002, No. 41661/98.

condamnation pénale. Elle peut se définir comme « *un type de procédure pénale parallèle, distincte mais non autonome, qui a pour objet exclusif la saisie et la confiscation des biens appartenant aux individus reconnus coupables d'infractions criminelles liées au crime organisé* »¹⁵¹. Le droit européen, à cet égard, incite les États membres à prendre « *les mesures nécessaires pour permettre la détection et le dépistage des biens à geler et à confisquer, même après une condamnation définitive pour infraction pénale [...] pour assurer l'exécution effective d'une décision de confiscation si une telle décision a déjà été rendue* »¹⁵². Il s'agit de ne pas laisser en suspens une décision de gel et/ou de confiscation qui a été prononcée. L'idée est de donner corps à toutes les décisions de gel et/ou de confiscation prononcées et ce, même après le prononcé d'une condamnation passée à l'état de force de la chose jugée. Cette procédure d'exécution de la sanction de confiscation post-condamnation pénale a la particularité de pouvoir être d'une nature pénale ou autre. Ainsi, la personne concernée par la mesure de confiscation ne bénéficiera pas des règles attachées à la procédure pénale, mais celles attachées à la procédure d'exécution de la sanction de confiscation post-condamnation pénale. Avec la confiscation post-condamnation pénale, il y a les prémices d'un premier détachement entre la procédure de condamnation et celle de confiscation. Toutefois, les mécanismes envisagés demeurent – qu'ils suivent ou non la condamnation pénale – attachés à une infraction pénale, soit la constatation par un Tribunal de la réunion de tous les éléments constitutifs de celle-ci. En d'autres termes, il y a la nécessité d'obtenir une condamnation pénale pour obtenir une décision de confiscation. Tout en gardant cette limite, le législateur européen, pour étendre autant que faire se peut les possibilités de confiscation, a travaillé sur cette condition, que nous pourrions qualifier de condition préalable, afin la rendre plus souple. Deux exemples illustrent cet argument : la confiscation élargie (section 1), d'une part, et la confiscation des avoirs des tiers (section 2), d'autre part.

¹⁵¹ A. M. Maugeri, *op. cit.*, p. 269. Citation : “*a type of parallel criminal proceeding, separate but not autonomous, that has as its exclusive purpose the seizure and confiscation of assets belonging to the individuals convicted of criminal offences related to organize crime*”.

¹⁵² Art. 9, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

SECTION 1. LA CONFISCATION ÉLARGIE

20. La confiscation élargie ou le dépassement des limites et insuffisances de la confiscation dite standard ou de base. Le droit européen exige une condamnation pénale préalable, mais les nouveaux mécanismes de confiscation s'inscrivent dans une nouvelle tendance réglementaire, celle du relâchement progressif du lien entre l'origine des biens confisqués et les faits poursuivis. Le mécanisme de confiscation élargie fait partie des exemples significatifs de cette tendance. Il est actuellement considéré comme l'un des instruments juridiques les plus efficaces pour lutter contre les groupes criminels organisés¹⁵³. Il permet de dépasser deux difficultés majeures, traditionnellement attachées à la confiscation des instruments et des produits du crime : obtenir une condamnation pénale, d'une part, et établir un lien au-delà de tout doute raisonnable ou emporter l'intime conviction de la juridiction entre les biens et les infractions pour lesquelles l'individu aurait pu être condamné, d'autre part. En effet, il permet de confisquer des biens pour lesquels aucune infraction n'a pu être établie et pour lesquels aucune procédure pénale n'est ouverte. Il crée ainsi un détachement partiel entre la procédure de condamnation et la procédure de confiscation, appuyant l'hypothèse selon laquelle il serait un mécanisme voisin des mécanismes de confiscation sans condamnation pénale¹⁵⁴.

21. Un mécanisme révisé par la directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805. Un travail de clarification a été mené par le législateur européen. L'exemple le plus significatif en la matière est le travail de clarification mené sur le mécanisme européen de confiscation élargie, concernant les conditions tenant à son application. Ce travail permet de remédier au manque de clarté et de cohérence des dispositions européennes antérieures, qui peut constituer l'une des clés de compréhension de la sous-utilisation du système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime dans l'Union. Ce processus de clarification des dispositions européennes conduit à réduire, là où il intervient, la marge de manœuvre des États membres, qui se voient imposer un cadre juridique précis, qui ne peut donner lieu à aucune interprétation lors de la transposition. Mais, ce travail de clarification est également essentiel pour le justiciable européen. « *En établissant un espace de liberté, de sécurité et de justice*

¹⁵³ V. M. Simonato, "Extended confiscation of criminal assets: limits and pitfalls of minimum harmonization in the EU", *European Law Review*, 2016 ; A. M. Maugeri, "The Criminal Sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisations", *New Journal of European Criminal Law*, vol. 3, Issue 3-4, 2012, p. 258.

¹⁵⁴ D. Nitu, "Extended and third party confiscation in EU" in A. Bernardi (éd.) et F. Rossi (coord.), "Improving confiscation procedures in the EU", *op. cit.*, p. 57-84.

l'Union européenne fait usage de la matière pénale et prend des décisions de politique criminelle qui touchent non seulement l'ordre juridique de l'Union européenne, mais encore les législations pénales nationales des États membres dans une proportion non négligeable »¹⁵⁵. Par conséquent, il impose à l'Union d'établir des règles permettant au justiciable européen de connaître, « à partir du libellé de la disposition pertinente, et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »¹⁵⁶, ainsi que les sanctions encourues. Les dispositions doivent donc être rédigées de manière suffisamment claire. Ce travail de clarification a également été mené par le règlement (UE) 2018/1805 qui désormais ne considère plus le mécanisme de confiscation élargi comme un motif de refus d'exécuter ou de reconnaître une décision de confiscation portant sur la confiscation élargie.

Le droit européen à travers la décision-cadre 2005/212/JAI a posé les fondements de la confiscation élargie européenne. Qualifiée de dispositif ambigu par la Commission européenne¹⁵⁷, la décision-cadre 2005/212/JAI a conduit le même législateur à clarifier et à simplifier les pouvoirs de confiscation élargis dans la directive 2014/42/UE, en adoptant un dispositif unique et des conditions d'application élargies (§1) et simplifiées¹⁵⁸ (§2).

¹⁵⁵ H. Satzger, « *Le principe de légalité* » in G. Giudicelle-Delage et C. Lazerges (dir.), « *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne* », *op. cit.*, p. 85-86.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 89.

¹⁵⁷ Il semble que la décision-cadre 2005/212/JAI ait manqué son objectif : « *garantir que tous les États membres disposent d'une réglementation efficace en matière de confiscation des produits du crime, notamment en ce qui concerne la charge de la preuve quant à l'origine des avoirs détenus par une personne reconnue coupable d'une infraction liée à la criminalité organisée* » La Commission européenne pointait plus particulièrement la nature « *ambigüe* » des dispositions de la décision-cadre 2005/212/JAI, ayant conduit une transposition « *parcellaire* » de ce texte, d'une part. Et, la marge de manœuvre importante des États membres dans l'application de la décision-cadre 2005/212/JAI, notamment concernant les options proposées en matière de confiscation élargie qui ont limité l'étendue de la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation, d'autre part. En outre, la Commission européenne relevait que malgré la réglementation de l'UE et des législations nationales, « *la confiscation des avoirs d'origine criminelle reste insuffisamment développée et n'est pas mise en œuvre autant qu'elle pourrait l'être. Le montant total récupéré dans l'UE sur de tels avoirs demeure modique par rapport aux profits estimatifs des groupes criminels organisés. Par exemple, en 2009, les avoirs confisqués se sont élevés à 185 millions d'euros en France, 154 millions de GBP au Royaume-Uni, 50 millions d'euros aux Pays-Bas et 281 millions d'euros en Allemagne* » (V. COM (2012) 85 : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le gel et la confiscation des produits du crime).

¹⁵⁸ La directive 2014 est venue abroger les dispositions de la décision-cadre relatives aux pouvoirs de confiscation élargis 2005/212/JAI. L'article 14 de la directive précise que « *l'article 3 de la décision-cadre 2005/212/JAI [est remplacé] par la présente directive pour les États membres liés par la présente directive, sans préjudice des obligations de ces États membres relatives aux délais de transposition de ces décisions-cadres en droit national* ».

§1. L'élargissement du champ d'application de la confiscation élargie européenne

22. Un mécanisme de confiscation strictement encadré par l'article cinq de la directive 2014/42/UE. La confiscation élargie soulève des interrogations au regard de la question des droits fondamentaux, notamment concernant la protection de la présomption d'innocence. Elle permet de confisquer des biens dont l'origine illicite est présumée. Cette confiscation s'opère sans qu'un lien entre eux et leurs infractions d'origine soit établi. C'est la raison pour laquelle certains auteurs rattachent ce mécanisme davantage à un mécanisme de confiscation non fondée sur une condamnation pénale qu'à une confiscation fondée sur une condamnation pénale. C'est également la raison pour laquelle ce mécanisme dispose d'un champ d'application limité et doit satisfaire, pour être mis en œuvre, trois conditions cumulatives : être reconnu coupable, d'une part, lors d'une procédure criminelle ouverte dans le cadre de l'une des d'infractions spécifiques listées à l'article cinq de la directive 2014/42/UE et, enfin, ayant donné lieu à un avantage économique.

Ces conditions soulèvent deux interrogations principales : la compatibilité de la confiscation élargie avec la confiscation standard (A) et la définition de la notion *d'infractions déclencheurs* dans le cadre de la mise en œuvre du mécanisme de confiscation élargie (B). Autrement dit, les deux premières conditions seront ici traitées. La troisième ne pose en soi aucune difficulté particulière, puisque les infractions listées à l'article cinq de la directive 2014/42/UE sont toute de nature à être commise avec l'intention de tirer un quelconque avantage économique.

A. La compatibilité de la confiscation élargie avec le mécanisme de confiscation standard

23. Le lien entre la confiscation standard et la confiscation élargie. Le recours à la confiscation élargie suppose que l'intéressé soit reconnu coupable pour l'une des infractions listées à l'article cinq de la directive 2014/42/UE. Cette reconnaissance de culpabilité peut ouvrir droit à la confiscation des instruments et des produits du crime, si les faits ont conduit à créer un avantage économique. La confiscation élargie est en quelque sorte la peine complémentaire de la peine de confiscation dite standard. Elle vient s'y ajouter. Cette comptabilité nous donne également la possibilité de rappeler les évolutions intervenues concernant le mécanisme de confiscation dite standard.

24. La confiscation des instruments et des produits de l'infraction. La confiscation des instruments et des produits du crime demeure le mécanisme de base. La directive 2014/42/UE impose aux « États membres [de prendre] les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des instruments et des produits ou des biens dont la valeur correspond à celle de ces instruments ou produits, sous réserve d'une condamnation définitive pour une infraction pénale, qui peut aussi avoir été prononcée dans le cadre d'une procédure par défaut »¹⁵⁹. La mise en œuvre de ce modèle de confiscation répond à une double condition : d'obtenir une condamnation définitive et d'établir un lien entre l'infraction pour laquelle l'auteur a été condamné et les biens visés par la mesure de confiscation. Ce n'est qu'à ces deux conditions qu'une mesure de confiscation pourra être prononcée. Ce mécanisme rappelle également que la confiscation est une peine et ce, dès l'origine avec la confiscation générale¹⁶⁰. Le droit européen ne fait pas exception à cette règle, puisque la quasi-totalité des mécanismes adoptés imposent pour être mis en œuvre qu'une condamnation pénale soit prononcée en amont, mais il est important de rappeler que l'exigence de condamnation pénale ne préjuge pas de la nature juridique de la procédure de confiscation mise en œuvre.

Cependant, ce mécanisme est également soumis aux avancées législatives européennes. Le droit européen n'a cessé d'en étendre sa portée. La confiscation des instruments et des produits du crime comporte et ce, quel que soit sa nature juridique et malgré la possibilité de reporter ultérieurement la décision de confiscation, un certain nombre d'obstacles, tels que les mécanismes de blanchiment de capitaux en ce qu'ils permettent « la conversion ou le transfert de biens [...] dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite de ces biens [...] ; [la dissimulation ou le déguisement de] la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété réels de biens ou des droits qui y sont liés ; l'acquisition, la détention ou l'utilisation de [ces] biens [...] »¹⁶¹, la destruction des instruments et des produits de l'infraction ou la fuite de la personne condamnée. Pour pallier ces situations, le législateur européen a étendu son champ d'application en revoyant plusieurs dispositifs, à savoir la notion

¹⁵⁹ Art. 4.1, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

¹⁶⁰ La confiscation générale est « une peine complémentaire facultative qui s'attache à certaines condamnations criminelles et qui consiste dans la mainmise de la Nation sur les biens du condamné » (J. Pradel, *op. cit.*). Matérialisée par la maxime « qui confisque le corps confisque le bien », désapprouvée par C. Beccaria dans son *Traité des délits et des peines* et interdite dans un certain nombre d'États membres de l'UE, elle permet pour une certaine catégorie de crimes de procéder à la confiscation de tout ou partie des biens du condamné.

¹⁶¹ Art. 1.3, Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) [JOUE L 141, 5.6.2015, p. 73–117].

de produit, la confiscation en valeur équivalente des instruments¹⁶² et des produits de l'infraction et la confiscation par défaut ou par contumace. Il convient de préciser que ces mécanismes étant des dérivés de la confiscation des instruments et des produits du crime répondent aux mêmes conditions quant à leur prononcé, qui sont l'obtention d'une condamnation et la démonstration d'un lien entre l'infraction et le ou les instrument(s) et le ou les produit(s). Leur existence se justifie par l'impossibilité physique ou légale d'exécuter une décision de confiscation.

25. L'élargissement de la notion produit du crime aux produits indirects. La directive 2014/42/UE a clarifié la notion de produit de crime pour y inclure les gains indirects, c'est-à-dire le réinvestissement ou la transformation ultérieurs des produits directs. La décision-cadre 2005/212/JAI définit la notion de produit comme tout avantage économique tiré d'infractions pénales. La nouvelle définition posée par la directive 2014/42/UE permet d'y inclure tous les biens transformés ou convertis, en totalité ou en partie, d'autres biens, ainsi que ceux qui ont été mêlé à des acquisitions légales, à concurrence de la valeur estimée de produits acquis aux moyens d'infractions. Mais au-delà de la conversion ou de la transformation des produits directs de l'infraction, cette nouvelle définition permet désormais de cibler les revenus ou les autres avantages dérivés des produits du crime ou dérivés des biens en lesquels ces produits ont été convertis ou transformés. La révision de la notion de produit de crime permet de toucher par de là les biens dits blanchis, mais également l'ensemble des revenus nés de la fructification des produits de l'infraction condamnée. Certains auteurs voient dans l'introduction des produits blanchis un moyen de faciliter le fonctionnement des nouveaux mécanismes de confiscation tels que la confiscation élargie et la confiscation des avoirs des tiers¹⁶³.

26. La possibilité de prononcer une mesure de confiscation des instruments et des produits du crime lors d'une procédure par défaut. La directive prévoit la possibilité de prononcer une mesure de confiscation lors d'une procédure par défaut – ou jugement par contumace. Cette procédure permet de pouvoir condamner et sanctionner une personne qui n'a pas comparu et qui n'était pas représentée par un conseil. Généralement, ces procédures par défaut aboutissent à l'ouverture d'un nouveau procès lorsque la personne sera interpellée. Le droit européen fait obstacle avec la directive 2014/42/UE à cette règle, puisque la procédure par défaut n'empêchera pas l'exécution effective de la mesure de confiscation et ce, même si

¹⁶² Cf. section 2, Chapitre 2, Titre 2, Partie 2.

¹⁶³ D. Nitu, " *Extended and third party confiscation in EU*", *op. cit.*

s'ouvre ultérieurement un nouveau procès. Une décision de confiscation est par principe exécutoire immédiatement. Ce point est important pour plusieurs raisons. Il convient tout d'abord de rappeler que la décision-cadre 2006/783/JAI ne couvrait que le mécanisme de confiscation des instruments et des produits de l'infraction. N'étaient visés que les biens qui constituent le produit d'une infraction ou correspondent en tout ou partie à la valeur de ce produit, l'instrument d'une telle infraction. La décision-cadre 2006/783/JAI prévoyait parmi les motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution le cas où « *l'intéressé n'a pas comparu en personne et n'était pas représenté par un conseil juridique lors de la procédure ayant abouti à la décision de confiscation, sauf si le certificat indique que l'intéressé a été informé de la procédure personnellement ou par l'intermédiaire de son représentant compétent en vertu de la législation, conformément à la législation de l'État d'émission, ou que l'intéressé a indiqué qu'il ne contestait pas la décision de confiscation* »¹⁶⁴. Ce qui signifie que la simple contestation de la décision de confiscation, même en l'absence de l'intéressé lors de son procès, pouvait faire obstacle à l'exécution effective de la décision de confiscation. Le règlement (UE) 2018/1805 prévoit toujours dans les motifs de non-reconnaissance et non-exécution des décisions de confiscation, le fait que « *selon le certificat de confiscation, la personne à l'encontre de laquelle la décision de confiscation a été émise n'a pas comparu en personne au procès qui a abouti à la décision de confiscation liée à une condamnation définitive* ». Cependant, le règlement prévoit plusieurs exceptions alternatives à cette non-reconnaissance et non-exécution des décisions de confiscation. Tout d'abord, le fait que le certificat de confiscation indique que, conformément à d'autres exigences procédurales définies dans le droit de l'État d'émission, « *l'intéressé a été cité à comparaître en personne en temps utile et a ainsi été informé de la date et du lieu fixés pour le procès qui a abouti à la décision de confiscation, ou a été informé officiellement et effectivement par d'autres moyens de la date et du lieu fixés pour ce procès, de telle sorte qu'il a été établi de manière non équivoque que l'intéressé a eu connaissance du procès prévu et a été informé en temps utile qu'une décision de confiscation pourrait être émise en cas de non-comparution* ». Ensuite, le fait que l'intéressé « *ayant eu connaissance du procès prévu, a donné mandat à un avocat, qui a été désigné soit par l'intéressé soit par l'État, pour le défendre au procès, et a été effectivement défendu par cet avocat pendant le procès* ». Enfin, l'intéressé, « *après s'être vu signifier la décision de confiscation et avoir été expressément informé de son droit à une nouvelle procédure de jugement ou à une procédure d'appel à laquelle il aurait le droit de participer et qui permettrait de réexaminer l'affaire sur le fond, en*

¹⁶⁴ Art. 8.2, e), décision-cadre 2006/783/JAI, *ibid.*

tenant notamment compte de nouveaux éléments de preuve, et qui pourrait aboutir à une infirmation de la décision initiale, a indiqué expressément qu'il ne contestait pas la décision de confiscation, ou n'a pas demandé une nouvelle procédure de jugement ou une procédure d'appel dans les délais impartis ». Pour conclure sur ce point, il est important de souligner qu'il ne s'agit pas d'un mécanisme de confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Ce dernier mécanisme est prévu par le droit européen à l'article quatre, paragraphe deux, de la directive 2014/42/UE. Pour autant, le législateur rappelle que pour les cas de maladie ou de fuite – à savoir les cas pour lesquels la confiscation non fondée sur une condamnation pénale est possible – *« l'existence de procédures par défaut dans les États membres serait suffisante pour respecter cette obligation »*. La confiscation fondée sur une condamnation pénale ne fait pas consensus en UE, cette disposition permet au législateur européen d'ouvrir le champ de la confiscation des instruments et des produits du crime et d'en garantir l'exécution malgré l'absence de l'auteur des faits au procès, tout en respectant les traditions juridiques des États membres. En revanche, ce mécanisme trouve une limite : le décès de l'auteur des faits.

B. La définition de l'expression d'infraction déclencheur dans le cadre de l'article cinq de la directive 2014/42/UE

27. Le recours à une notion non-juridique – la notion d'infraction déclencheur - pour définir les infractions ouvrant droit à la confiscation élargie. Il ne s'agit pas d'un terme juridique, ni d'un terme utilisé en droit européen. Mais il a pour objectif de mettre en lumière l'idée selon laquelle un certain nombre d'infractions, en raison de leur dangerosité et des avantages économiques ou autres qui peuvent en découler, ouvre la possibilité de prononcer la confiscation d'un bien qui n'est pas en lien avec l'infraction ayant donné lieu à la condamnation qui ouvre le droit de prononcer une telle sanction ou pour lequel aucune procédure criminelle n'est ouverte afin d'établir un lien certain entre lui et une infraction. Mais avant de s'intéresser aux catégories d'infractions régies par l'article cinq de la directive 2014/42/UE, il est important de rappeler ce que recouvre la notion d'infractions pénales dans la directive 2014/42/UE afin d'en comprendre la portée.

28. La délimitation de la notion d'infractions pénales dans la directive 2014/42/UE aux eurocrimes. La directive 2014/42/UE semble disposer d'un champ d'application restreint. L'article trois de la directive précise que le texte s'applique aux infractions pénales couvertes par la convention établie sur la base de l'article K.3, paragraphe 2, point c), du traité sur l'Union

européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne ; la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro ; la décision-cadre 2001/413/JAI du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces ; la décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime ; la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme ; la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé ; la décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue ; la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée ; la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil ; la directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil ; la directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil. Par conséquent, les mécanismes prévus par la directive 2014/42/UE ne s'appliquent qu'aux procédures ouvertes pour l'une des infractions couvertes par le texte. Or, il est intéressant de noter que la décision-cadre 2005/212/JAI permet la « *confiscation de tout ou partie des instruments et des produits provenant d'infractions pénales passibles d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à un an, ou de biens dont la valeur correspond à ces produits* ». Ce texte – pour ce qui est de la confiscation des instruments et des produits du crime – n'est pas restreint par une liste exhaustive d'infractions ; ceci s'explique par les bases juridiques sur lesquelles sont adoptées les textes. Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la dévolution des compétences liées à la confiscation et au recouvrement des produits du crime a changé. La principale base juridique de la directive 2014/42/UE est l'article quatre-vingt-trois, paragraphe un, TFUE. La portée du texte est par conséquent limitée aux infractions expressément visées par cet article, soit le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation

sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée. Le trafic illicite d'armes est couvert lorsque ce crime est commis dans le contexte de la criminalité organisée. Toutefois, il y a à cette limitation trois exceptions. La directive 2014/42/UE prévoit une extension de la mise en œuvre de ces dispositions à d'autres instruments juridiques européens si ces derniers prévoient spécifiquement qu'elle s'applique aux infractions pénales qu'ils harmonisent¹⁶⁵. Cette disposition permet aux normes européennes de confiscation et de recouvrement des produits du crime de trouver une application en dehors du cadre strict de la directive 2014/42/UE et d'étendre leurs effets. Ensuite, l'un des domaines énoncés est la criminalité organisée, ce qui suppose que la directive couvre d'autres activités criminelles non prévues par l'article quatre-vingt-trois, paragraphe un, TFUE, lorsque ces comportements seront commis dans le cadre de la participation à une organisation criminelle au sens de la décision-cadre 2008/841/JAI relative à la lutte contre la criminalité organisée. Enfin, l'adoption de la directive 2014/42/UE s'est accompagnée d'un maintien des articles deux, quatre et cinq de la décision-cadre 2005/212/JAI.

29. La délimitation de la notion d'infractions pénales dans le cadre de l'article cinq de la directive 2014/42/UE : le choix d'un champ d'application plus restreint que celui de la directive 2014/42/UE. La confiscation élargie est définie dans la proposition de directive comme « *la possibilité de confisquer des avoirs excédant les produits directs d'une infraction. Une condamnation pénale peut être suivie d'une confiscation (élargie) non seulement des avoirs liés à cette infraction précise, mais aussi d'autres avoirs qui, de l'avis du tribunal saisi, sont les produits d'autres infractions similaires* ». Cette définition est intéressante à plusieurs égards. L'un des principaux intérêts concerne le critère de similarité des infractions exigé dans la proposition de directive. La proposition n'envisageait la confiscation élargie que pour les produits indirects et pour les infractions similaires à l'infraction déclencheur¹⁶⁶. Ce critère de similarité répond à la situation suivante : « *les groupes criminels se livrent à un large éventail d'activités délictueuses. Or afin de s'attaquer efficacement à la criminalité organisée, il pourrait convenir dans certains cas de faire suivre la condamnation pénale de la confiscation*

¹⁶⁵ V. par exemple la directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal [JOUE L 198, 28.7.2017, p. 19] ; Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE [JOUE L 156, 19.6.2018, p. 43-74].

¹⁶⁶ Pour ce qui est du dernier critère, il s'agit d'une reprise de la décision-cadre 2005/212/JAI.

non seulement des biens liés à l'infraction en cause, mais aussi de biens supplémentaires qualifiés par la juridiction de produits d'autres infractions ». La confiscation élargie répond ainsi au besoin de lutter contre les produits de la criminalité organisée et ce, peu importe qu'un lien direct entre ces produits et une activité criminelle donnée ait été établi par un Tribunal ou une autorité judiciaire. Or, l'article quatre de la proposition de directive ne limitait pas son champ d'application aux seules activités criminelles conduites dans le cadre d'une organisation criminelle. Au contraire, cet article s'appliquait à toutes les infractions pénales entrant dans le champ d'application de la proposition de directive. Toutes les infractions couvertes par la proposition de directive étaient susceptibles d'ouvrir droit à la confiscation élargie à partir de l'instant où le critère de similarité était rempli. En effet, l'article quatre, paragraphe un, exposait simplement que « *chaque État membre adopte les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des biens détenus par une personne reconnue coupable d'une infraction pénale lorsque, sur la base d'éléments factuels concrets, le tribunal considère comme nettement plus probable que la personne condamnée tire les biens en question d'activités criminelles similaires plutôt que d'autres activités* »¹⁶⁷. Il n'est fait, dans cet article, aucune référence à une quelconque infraction, ni à la notion d'avantage économique, condition posée à l'article trois de la décision-cadre 2005/212/JAI. Le champ d'application couvert par l'article quatre, paragraphe un, se révélait donc être extrêmement large. Toutes les infractions couvertes par la proposition de directive étaient susceptibles de déclencher la confiscation, alors même qu'elles ne permettaient pas à la personne condamnée de retirer un quelconque avantage économique. La libéralisation entamée par la Commission fût stoppée en partie lors des travaux du Conseil. Lors de son passage au Conseil, les ministres lors du Conseil JAI d'octobre 2012 ont limité par voie de compromis cette *disposition* « *à des infractions pénales graves, susceptibles de donner lieu, directement ou indirectement, à des fins économiques* ». Il a ainsi restreint-le champ de la confiscation élargie à deux égards : aux infractions criminelles sérieuses susceptibles de donner lieu à un avantage économique et à la condamnation du propriétaire des biens visés¹⁶⁸. La proposition de directive, et cela se constatera à plusieurs reprises au sein de cette étude, contenait des dispositions qui se sont avérées plus répressives que le texte final, en élargissant considérablement le champ des biens susceptibles de faire l'objet d'une sanction de confiscation. La directive 2014/42/UE prévoit, quant à elle, un cadre d'application plus stricte

¹⁶⁷ Art. 4, COM(2012) 85.

¹⁶⁸ V. article de J. Boucht, "Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 21 (2003), p. 127-162.

et détaille avec davantage de précision sur les conditions d'application, qui sont au nombre de trois, de la confiscation élargie, qui ont toutefois été étendues par rapport à la décision-cadre 2005/212/JAI.

Le mécanisme de confiscation élargie nécessite une condition préalable, sans laquelle il ne peut être prononcé : l'obtention d'une condamnation pénale pour des infractions expressément prévues par le texte. Pour une certaine catégorie d'infractions, qui ont été étendues dans le cadre de la directive 2014/42/UE, les autorités compétentes peuvent prononcer la confiscation de biens n'ayant aucun lien avec l'infraction ayant donné lieu à la condamnation. Dans le cadre de la décision-cadre 2005/212/JAI, les domaines de criminalité, auxquels s'appliquaient les pouvoirs de confiscation élargis, étaient limités à deux cas particuliers : les infractions commises dans le cadre de l'action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne¹⁶⁹ et les infractions commises dans le cadre de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme¹⁷⁰. La première évolution majeure à noter concerne les infractions pour lesquelles la confiscation élargie est encourue¹⁷¹. Désormais, sont visés les faits suivants : « *la corruption active et passive dans le secteur privé, telle que prévue à l'article 2 de la décision-cadre 2003/568/JAI, ainsi que la corruption active et passive impliquant des fonctionnaires des institutions de l'Union ou des États membres prévues aux articles 2 et 3, respectivement, de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires ; les infractions relatives à la participation à une organisation criminelle telles que prévues à l'article 2 de la décision-cadre 2008/841/JAI, à tout le moins dans les cas où l'infraction a donné lieu à un avantage économique ; le fait de favoriser la participation d'un enfant ou de le recruter pour qu'il participe à des spectacles pornographiques, ou de tirer profit de cette participation ou*

¹⁶⁹ V. Art. 3.1, a), décision-cadre 2005/212/JAI : « *Lorsque l'infraction est visée par la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, la décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, la décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue* ».

¹⁷⁰ Art. 3.1, b) *ibid.*

¹⁷¹ Il convient de rappeler que la confiscation élargie est un mécanisme fondé sur une condamnation pénale pour l'une des infractions fixées par le texte. Cependant, certains estiment que ce mécanisme demeure un mécanisme sans condamnation pénale puisqu'il permet de confisquer des biens détachés de l'infraction poursuivie (V. D. Nitu, " *Extended and third party confiscation in EU*", *op. cit.*)

d'exploiter un enfant de toute autre manière à de telles fins, si l'enfant a atteint la majorité sexuelle, tel que prévu à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2011/93/UE; la distribution, la diffusion ou la transmission de pédopornographie, telles que prévues à l'article 5, paragraphe 4, de ladite directive; le fait d'offrir, de fournir ou de mettre à disposition de la pédopornographie, tel que prévu à l'article 5, paragraphe 5, de ladite directive; la production de pédopornographie, telle que prévue à l'article 5, paragraphe 6, de ladite directive ; l'atteinte illégale à l'intégrité d'un système et l'atteinte illégale à l'intégrité des données, telles que prévues aux articles 4 et 5, respectivement, de la directive 2013/40/UE, lorsqu'un nombre significatif de systèmes d'information a été affecté à l'aide d'un outil, prévu à l'article 7 de ladite directive, principalement conçu ou adapté à cette fin; la production, la vente, l'obtention pour utilisation, l'importation, la diffusion ou d'autres formes de mise à disposition intentionnelles d'outils utilisés pour commettre lesdites infractions, au moins lorsqu'il ne s'agit pas de cas mineurs, prévus à l'article 7 de ladite directive ; une infraction pénale sanctionnée, conformément à l'instrument applicable prévu à l'article 3 ou, lorsque l'instrument en question ne contient pas de seuil de peine, conformément au droit national applicable, par une peine privative de liberté d'une durée maximale d'au moins quatre ans »¹⁷². Il s'agit d'une liste non-exhaustive d'infractions, auxquelles une condition supplémentaire s'ajoute : un seuil d'emprisonnement à partir duquel le mécanisme peut être prononcé.

30. Un mécanisme étendu à toute infraction pénale passible d'une peine privative de liberté égale ou supérieure à quatre ans. Les pouvoirs de confiscation élargis ne peuvent s'appliquer que si l'infraction est passible d'un certain seuil d'emprisonnement. Ainsi la décision-cadre 2005/212/JAI prévoyait que les pouvoirs de confiscation élargis étaient encourus si les sanctions pénales étaient égales à une peine privative de liberté maximale d'une durée d'au moins cinq à dix ans¹⁷³ ou, lorsque celle-ci relève du blanchiment d'argent, était passible d'une peine privative de liberté maximale d'une durée d'au moins quatre ans¹⁷⁴. Avec le nouveau mécanisme de confiscation élargie, le seuil a été allégé à une durée maximale d'au moins quatre ans pour les infractions visées à l'article trois de la directive 2014/42/UE¹⁷⁵, soit

¹⁷² Art. 5.2, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

¹⁷³ Art. 3.1. *ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Les instruments visés sont ici les suivants : « a) la convention établie sur la base de l'article K.3, paragraphe 2, point c), du traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne (ci-après dénommée «convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires») ; b) la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro ; c) la décision-cadre 2001/413/JAI du Conseil

pour les infractions entrant dans le champ d'application de la directive 2014/42/UE. En revanche, pour les faits explicitement visés à l'article cinq, paragraphe un, aucun seuil n'est requis. L'allègement des seuils opéré dans la directive 2014/42/UE permet de faire entrer dans le champ d'application des faits qui en étaient auparavant exclus sous la décision-cadre 2005/212/JAI. En outre, il est important de noter que la directive 2014/42/UE ne limite pas son champ d'application aux seules infractions nommées à l'article trois. Il s'étend aussi aux « *autres instruments juridiques si ceux-ci prévoient spécifiquement que la présente directive s'applique aux infractions pénales qu'ils harmonisent* ». La mise en œuvre de la confiscation élargie est ouverte pour toute infraction pénale si l'instrument européen qui l'harmonise prévoit expressément l'application de la directive 2014/42/UE.

du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces ; d) la décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime ; e) la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme ; f) la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé ; g) la décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue ; h) la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée ; i) la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil ; j) la directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil ; k) la directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil, ainsi que par d'autres instruments juridiques si ceux-ci prévoient spécifiquement que la présente directive s'applique aux infractions pénales qu'ils harmonisent ».

§2. *Une simplification du champ d'application de la confiscation élargie européenne*

31. La clarification de la confiscation élargie dans la directive 2014/42/UE en vue d'améliorer la coopération judiciaire entre les États membres. L'un des reproches majeurs faits à la décision-cadre 2005/212/JAI a été de laisser aux États membres une marge d'appréciation importante quant à la méthode à employer pour intégrer à leur législation nationale le mécanisme de confiscation des pouvoirs élargis. Trois options alternatives, cumulatives ou encore optionnelles étaient proposées avec l'obligation pour l'État membre d'en adopter une au moins. Ces méthodes sont fondées sur une présomption d'illicéité des biens (A). Pour certains auteurs, ces méthodes reposaient sur une hypothèse simple : l'auteur ayant été condamné pour une infraction qui a produit un avantage économique a pu par le passé commettre des infractions similaires à celle-ci¹⁷⁶. En d'autres termes, la nature de l'infraction, à savoir une infraction ayant lieu à un avantage économique, justifie à elle seule que les autorités compétentes s'intéressent au patrimoine de l'intéressé pour identifier des biens dont l'origine pourrait être illicite.

Toutefois, ces trois options ont été une source importante d'obstacle à la reconnaissance et à l'exécution des décisions de confiscation dans l'UE. La Commission soulignait dans la proposition de directive que les États membres ont retenu lors de la transposition des options différentes, et « *c'est précisément une telle divergence qui entrave la coopération transfrontière, pertinente en matière de confiscation* ». Rappelons que l'harmonisation des législations européennes a avant tout pour objectif de garantir l'efficacité des dispositifs européens de coopération judiciaire. Par conséquent, le législateur européen a dû harmoniser les dispositions relatives à la confiscation élargie en fixant une norme minimale unique (B) afin de garantir la reconnaissance et l'exécution sur le territoire européen des décisions de confiscation¹⁷⁷.

¹⁷⁶ D. Nitu, "Extended and third party confiscation in EU", *op. cit.*

¹⁷⁷ Il est important de noter que les États membres avaient également le choix de reconnaître ou pas une décision de confiscation élargie.

A. Un mécanisme fondé sur la présomption d'illicéité des biens appartenant à l'auteur des faits condamnés

32. Le renoncement aux trois options de mise en œuvre du mécanisme de confiscation élargie prévues dans la décision-cadre 2005/212/JAI. La décision-cadre 2005/212/JAI soulignait que les autorités de jugement devaient être « *pleinement convaincu[es] que les biens proviennent d'activités criminelles* »¹⁷⁸. Cette pleine conviction ne pouvait être acquise qu'à travers des éléments concrets et factuels, se fondant eux-mêmes sur trois voies ou options cumulatives ou alternatives. La première voie se fondait sur l'application d'un critère de temps. Les biens ont été acquis au cours d'une période « *antérieure à la condamnation* »¹⁷⁹. La seconde voie se fondait sur l'application d'un critère de similarité¹⁸⁰. Sur la base d'éléments concrets, la juridiction de jugement est pleinement convaincue que les biens proviennent d'activités criminelles similaires à celles pour lesquelles la personne a été condamnée au cours d'une période antérieure à la condamnation. La troisième voie se fondait sur un critère de proportionnalité. La confiscation élargie peut être encourue s'il « *est établi que la valeur des biens est disproportionnée par rapport au revenu légal de la personne condamnée et que le tribunal national est pleinement convaincu, sur la base d'éléments concrets, que les biens en question proviennent d'activités criminelles de ladite personne* »¹⁸¹. Ces options, comme la voie unique privilégiée dans la directive 2014/42/UE, se fondent sur l'obligation de baser la décision de confiscation sur le critère de la pleine conviction ou de l'intime conviction. Ce principe veut que la décision du Tribunal se fonde sur un faisceau d'éléments qui permettront à ce dernier de prendre sa décision. Il est question ici d'appréciation subjective. Les éléments doivent emporter la conviction personnelle du Tribunal. Ce critère est un élément central du droit criminel et de la procédure pénale. De ce principe découlent d'autres principes dont celui qui veut que le doute profite à l'accusé ou encore le principe selon lequel il appartient à l'autorité chargée des poursuites de rapporter les éléments de preuve sur la base desquels le Tribunal prendra sa décision selon son intime conviction. Par conséquent, deux remarques s'imposent : l'une d'elle concerne la similarité des procédures entre la confiscation dite standard et la confiscation élargie soulevant la question de son intérêt et l'autre concerne le caractère relatif de la présomption d'illicéité qui pèse sur le patrimoine de la personne

¹⁷⁸ Art. 3.2, décision-cadre 2005/212/JAI, *op. cit.*

¹⁷⁹ Art. 3.2, a), *ibid.*

¹⁸⁰ Art. 3.2, c), *ibid.*

¹⁸¹ D. Flore, « *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne* », Larcier, coll. Europe(s), 2^e éd., Bruxelles, 2014, p. 283.

condamnée pour l'une des infractions mentionnées à l'article trois de la décision-cadre 2005/212/JAI ou cinq de la directive 2014/42/UE.

En effet, la confiscation des instruments et des produits du crime est fondée sur la pleine conviction ou l'intime conviction du juge, qui impose de rapporter des éléments attestant d'un lien certain entre l'infraction et le produit du crime. Par conséquent, il est demandé aux autorités compétentes de trouver un lien entre tout ou partie du patrimoine de l'intéressé et des activités criminelles pour lesquelles aucune procédure criminelle n'est ouverte¹⁸². En revanche, la conception du patrimoine en droit pénal est plus étroite. Le concept d'universalité qui peut se comprendre comme « *une masse qui forme un tout distinct de son contenu* » se compose de deux éléments : l'universalité de fait et l'universalité de droit¹⁸³. Le droit pénal privilégie le concept d'universalité de fait qui exclut les dettes. En outre, la notion de patrimoine est attachée au concept de propriété. En effet, « *pour qu'un bien patrimonial intègre un patrimoine légal, il est nécessaire de mettre en exergue une appartenance juridique à une personne* »¹⁸⁴. En d'autres termes, la confiscation ne peut être prononcée que si l'auteur des faits est le propriétaire de tout ou partie du patrimoine visé. Ce point est essentiel, puisqu'il restreint le champ des biens aux seuls biens dont l'auteur des faits est légalement le propriétaire. Sont ainsi exclus les biens dont il a libre disposition ; ce qui sous-entend l'incompatibilité du mécanisme de confiscation élargie avec celui de confiscation des avoirs des tiers. Seuls les actifs composant le patrimoine de l'auteur des faits peuvent être confisqués et ce, à condition que ces actifs aient une origine illicite qui soit établie. Ainsi, dans le patrimoine de la personne, les actifs acquis de façon illicite doivent être identifiés car, eux seuls sont susceptibles d'être confisqués¹⁸⁵. Il appartient par conséquent aux autorités de poursuite de cibler dans ce patrimoine quels sont les biens qui ont pu être acquis au moyen d'activités illicites. Ainsi, avant de mettre en œuvre la présomption, il appartient aux autorités de poursuite d'établir l'origine illicite. En d'autres termes, elles doivent apporter la preuve qu'il n'y a pas d'autre justification que celle-ci. Il est intéressant de noter que ce travail est identique à celui qui doit être mené dans le cadre de la confiscation dite standard, soulevant la question des raisons pour lesquelles les autorités ne

¹⁸² La notion patrimoine est avant tout une notion civiliste, qui se définit comme « *l'unité juridique formée de l'ensemble des biens potentiels et des obligations d'une même personne ; il a pour intérêt de traduire le lien qui unit, sous couvert du titulaire, tous les biens et toutes les dettes. C'est une notion de synthèse. Le patrimoine n'est rien s'il n'est pas un tout* »¹⁸². Il est composé d'un ensemble de biens et obligations appartenant à une même personne, d'un actif et d'un passif, le tout formant une universalité de droit, comprenant les biens présents et à venir.

¹⁸³ L. Besombes, « *Le patrimoine d'origine criminelle* », *op. cit.*

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 37.

¹⁸⁵ Cependant certains États autorisent la confiscation de tout ou partie des biens sur lesquels pèse une présomption d'illicéité partielle ou totale. V. Manuel de recouvrement des biens mal acquis, *op. cit.*

recourent pas à la confiscation dite standard plutôt qu'à la confiscation élargie¹⁸⁶. Parmi les éléments de réponse peut être citée la difficulté à rattacher un bien à une ou des infraction(s) en particulier. La confiscation élargie offre ainsi la possibilité de passer l'étape de la condamnation pénale, qui dans le cadre d'une procédure classique de confiscation dite standard ne pourrait être obtenue. Néanmoins, il est important de noter que la proposition de directive supprimait purement et simplement le critère de la pleine conviction au profit de celui de la prépondérance des probabilités. L'article quatre de la proposition de directive précisait que « *chaque État membre adopte les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des biens détenus par une personne reconnue coupable d'une infraction pénale lorsque, sur la base d'éléments factuels concrets, le tribunal considère comme nettement plus probable que la personne condamnée tire les biens en question d'activités criminelles similaires plutôt que d'autres activités* ». Dans le cadre de l'article tel que présenté dans la proposition de directive le critère de la prépondérance des probabilités permettait de mettre en œuvre la confiscation élargie en recourant à des standards de preuve moins élevés. La référence directe à la prépondérance des probabilités a été supprimée par le Conseil car, jugée comme incompatible avec certains systèmes juridiques nationaux qui imposent en droit pénal des hauts standards de preuve qui ne peuvent être atteints qu'à travers celui de la pleine conviction.

Enfin, une dernière remarque peut être faite s'agissant particulièrement de la troisième option ; il semble en effet qu'il s'agisse de la voie retenue dans la directive 2014/42/UE au détriment des deux premières options.

B. L'adoption d'une norme minimale unique posée à l'article cinq de la directive 2014/42/UE

33. La voie de la disproportion entre la valeur des biens et les revenus de la personne condamnée retenue par la directive 2014/42/UE. La décision-cadre 2005/212/JAI prévoit que s'il « *est établi que la valeur des biens est disproportionnée par rapport au revenu légal de la personne condamnée et que le tribunal national est pleinement convaincu, sur la base d'éléments concrets, que les biens en question proviennent d'activités criminelles de ladite personne* ». L'article cinq, paragraphe un, de la directive 2014/42/UE, quant à lui, pose comme unique obligation celle de fonder la décision « *sur la base des circonstances de l'affaire, y compris les éléments factuels concrets et les éléments de preuve disponibles, tels que le fait*

¹⁸⁶ D. Nitu, "Extended and third party confiscation in EU", *op. cit.*

que la valeur des biens est disproportionnée par rapport aux revenus légaux de la personne condamnée »¹⁸⁷. La proposition de directive quant à elle mentionnait la possibilité pour le Tribunal de s'appuyer sur la nature de l'infraction pénale commise ou encore sur la disproportion entre les revenus légaux de la personne et son niveau de vie et sa situation financière. Il est intéressant de noter que seule la dernière possibilité a été reprise dans l'article cinq de la directive 2014/42/UE ; la nature de l'infraction commise quant à elle est devenue une condition de mise en œuvre du mécanisme de confiscation élargie. La confiscation élargie, dans sa nouvelle version, peut se rapprocher du délit de détention d'actifs injustifiés ou de non-justification des ressources. En 2008, la Commission européenne dans sa communication « *garantir que le crime ne paie pas* », prévoyait la possibilité d'adopter en UE un délit de détention d'actifs injustifiés qui « *permettrait de s'attaquer aux produits du crime lorsque les avoirs concernés sont disproportionnés par rapport aux revenus déclarés de leur propriétaire et que celui-ci entretient habituellement des contacts avec des personnes connues pour leurs agissements criminels* »¹⁸⁸. Le droit français connaît un tel mécanisme. L'article 321-6 du Code Pénal sanctionne le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de l'origine d'un bien détenu et d'entretenir une relation courante avec une ou plusieurs personnes qui, soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et qui génèrent un avantage économique, soit sont victimes d'une de ces infractions¹⁸⁹. Ce texte met en place une présomption de recel de chose provenant d'une activité délictuelle. Il lui revient à cet égard la charge de rapporter la preuve de l'origine licite de ces revenus. Il est intéressant de noter que la Cour de cassation estime que ce texte ne crée « *aucune présomption de responsabilité pénale, mais un délit spécifique dont il appartient à l'accusation de rapporter la preuve* »¹⁹⁰. En outre, « *elle consacre également l'autonomie du délit de non-justification de ressources par rapport à l'infraction dont elle est la conséquence* »¹⁹¹. En d'autres termes, l'infraction dont elle est la conséquence peut faire l'objet d'une procédure à part entière¹⁹². Ce point est intéressant, car il soulève la question de la compatibilité entre les

¹⁸⁷ Art. 5.1, directive 2014/42/UE, *op. cit.*,

¹⁸⁸ COM (2008) 766 final, *op. cit.*

¹⁸⁹ Le second type de comportement prohibé consiste « *à faciliter la justification de ressources fictives pour des personnes se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect* ».

¹⁹⁰ V. Crim. 13 juin 2012, n° 12-90.027.

¹⁹¹ Autonomie du délit de non-justification de ressources par rapport au délit d'origine, Crim. 27 févr. 2013, n° 12-81.063, AJ pénal 2013. 276, obs. G. Royer.

¹⁹² V. Crim. 27 févr. 2013, n° 12-81.063 prévoit que « *ne méconnaît pas la présomption d'innocence, la cour d'appel qui, pour entrer en voie de condamnation du chef de non-justification de ressources, relève que le prévenu est en relations habituelles avec une personne se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, sans constater que celle-ci a fait l'objet d'une condamnation définitive pour ces faits* ».

procédures criminelles. Il suscite en effet plusieurs interrogations : est-il possible de procéder au titre de la confiscation élargie à la confiscation d'un bien dont il est possible d'en rattacher l'origine et dont les faits pourraient constituer une infraction ? La directive prévoit-elle une telle articulation entre les procédures ? Il faut noter que la proposition de directive à l'article quatre, paragraphe deux, précisait que la confiscation élargie était exclue lorsque les activités criminelles similaires visées ne pourraient pas l'objet d'une procédure pénale en raison de la prescription au titre du droit pénal interne ou avaient déjà fait l'objet d'une procédure pénale ayant conduit à l'acquittement définitif de la personne concernée ou dans d'autres cas d'application du principe *non bis in idem*. Il est important de noter ici que la Commission, d'une part, limitait le recours à la confiscation élargie aux seuls faits non-prescrits afin d'éviter la confiscation de biens qui auraient été confisqués si les faits dont ils découlent n'étaient pas prescrits. D'autre part, la confiscation élargie ne devait pas venir sanctionner un individu qui a été acquitté. Ces deux limites donnent une indication intéressante sur le mécanisme proposé par la Commission, qui suppose que le bien en question soit rattaché à une infraction particulière. Cela résulte peut-être du critère de similarité exigé dans la proposition de directive, qui cantonnait le mécanisme de confiscation aux infractions similaires à celle sanctionnée. Or, la directive 2014/42/UE n'est plus restreinte par cette condition. Sont visés les biens qui proviennent d'activités criminelles. En outre, le texte précise à cette fin que « *cela ne signifie pas qu'il doit être établi que les biens en question proviennent d'activités criminelles. Les États membres peuvent prévoir qu'il serait suffisant, par exemple, que la juridiction juge selon le critère de la plus grande probabilité ou suppose raisonnablement qu'il est nettement plus probable que les biens en question aient été obtenus par des activités criminelles plutôt que par d'autres activités* »¹⁹³. Les autorités n'ont pas à déterminer de quelles activités criminelles proviennent les biens, mais doivent seulement prouver qu'il est probable, en raison par exemple de la disproportion entre les revenus légaux de la personne et ses biens, que ces derniers proviennent d'activités illicites.

La directive 2014/42/UE a certes mis en place un dispositif unique. Cependant, elle n'a choisi aucune méthode de mise en œuvre en particulier. La disproportion entre les revenus et les biens est un exemple. Elle rappelle dans un de ces considérants que « *les États membres pourraient aussi prévoir que l'on exige que, pendant un certain laps de temps, les biens soient*

Comm. Non-justification de ressources : consécration de l'autonomie du délit ; Crim. 27 févr. 2013, n° 12-81.063, Dalloz actualité 28 mars 2013, obs. L. Priou-Alibert ; Non justification de ressources : relations habituelles avec un délinquant (Crim. 27 févr. 2013, n° 12-81.063), D. 2013. Actu. 641 .

¹⁹³ Cons. 21, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

considérés comme provenant d'activités criminelles », rappelant la première voie qui se fonde sur l'application d'un critère de temps. Elle laisse aux États membres le choix quant aux éléments qui sont susceptibles d'aider le Tribunal à établir la présomption d'illicéité, qui ne peut désormais se faire que sur « *la base des circonstances de l'affaire, y compris les éléments factuels concrets et les éléments de preuve disponibles* ».

34. La reconnaissance d'une présomption d'illicéité des biens sur la base des circonstances de l'affaire. Le mécanisme de confiscation élargie présente l'avantage certain d'être fondé sur un renversement de la charge de la preuve. Il constitue le « *mécanisme juridique le plus immédiat pour contourner l'obstacle de la preuve de l'origine criminelle des biens susceptibles d'être confisqués et permettre ainsi leur confiscation* »¹⁹⁴. Il permet de procéder à la confiscation de biens là où le lien causal entre les biens et les infractions poursuivies/initiales n'est pas clairement établi, en ce qu'il « *est opéré par un système de présomption selon lequel les biens d'une personne déclarée coupable d'une infraction génératrice de profits sont présumés provenir de cette infraction* »¹⁹⁵. La « *preuve par présomption* »¹⁹⁶ est cependant un outil à manier avec précaution. Le renversement de la charge de la preuve en matière criminelle constitue une pratique controversée. Il porte atteinte à l'un des principes essentiels de la procédure criminelle : le principe de présomption d'innocence, aux termes duquel il revient aux autorités de poursuite de rapporter la preuve de l'origine illicite des biens. Or, la preuve par présomption permet aux autorités de poursuite d'être, en tout ou partie, déchargées de cette responsabilité. Le système des présomptions n'est pas un mécanisme en soi contraire aux droits fondamentaux. Il est en effet reconnu tant par les instances internationales que par la CEDH. Dès 1988, l'Organisation des Nations Unies incite les États Parties à adopter des mécanismes permettant de renverser la charge de la preuve¹⁹⁷. La

¹⁹⁴ J-F. Thony, « *Renversement, allègement ou contournement de la charge de la preuve ?* », *op. cit.*

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ V. les dispositions suivantes : art. 5.7 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de psychotropes : « *Chaque partie peut envisager de renverser la charge de la preuve en ce qui concerne l'origine licite des produits présumés ou autres biens pouvant faire l'objet d'une confiscation, dans la mesure où cela est conforme aux principes de son droit interne et à la nature de la procédure judiciaire et des autres procédures* » ; art. 12.7 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée : « *Les États Parties peuvent envisager d'exiger que l'auteur d'une infraction établisse l'origine licite du produit présumé du crime ou d'autres biens pouvant faire l'objet d'une confiscation, dans la mesure où cette exigence est conforme aux principes de leur droit interne et à la nature de la procédure judiciaire et des autres procédures* » ; art. 31.8 de la Convention des Nations Unies contre la corruption : « *Les États Parties peuvent envisager d'exiger que l'auteur d'une infraction établisse l'origine licite du produit présumé du crime ou d'autres biens confiscables, dans la mesure où cette exigence est conforme aux principes fondamentaux de leur droit interne et à la nature des procédures judiciaires et autres* ».

Convention n° 198 du Conseil de l'Europe, quant à elle, impose à chaque Partie d'adopter « *les mesures législatives ou autres qui se révèlent nécessaires pour exiger, en cas d'une ou plusieurs infractions graves telles que définies par son droit interne, que l'auteur établisse l'origine de ses biens, suspectés d'être des produits ou d'autres biens susceptibles de faire l'objet d'une confiscation, dans la mesure où une telle exigence est compatible avec les principes de son droit interne* »¹⁹⁸. En d'autres termes, elle pose l'obligation pour les États Parties d'introduire des mesures législatives, pour les infractions les plus graves permettant de faire peser sur le suspect ou la personne poursuivie la charge d'établir l'origine licite de ses biens. Cette disposition est en outre consolidée par la jurisprudence de la CEDH, qui à plusieurs reprises a relevé la compatibilité de la preuve par présomption avec les dispositions de la CESDH¹⁹⁹. La Cour de Strasbourg rappelle que le principe de présomption d'innocence n'est pas un principe absolu²⁰⁰. Des présomptions peuvent être prévues dans les droits nationaux à conditions qu'elles ne franchissent pas « *certaines limites prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense* »²⁰¹. En d'autres termes, la mesure doit être proportionnée par rapport au

¹⁹⁸ Art. 3.4, Convention n° 198 du Conseil de l'Europe.

¹⁹⁹ La CEDH s'est prononcée à plusieurs reprises sur la question de la compatibilité de l'art. 6.2 de la Convention avec les modes de confiscation nationaux (V. CEDH, *Phillips c. Royaume-Uni*, *ibid.* ; CEDH, *air Canada c. Royaume Uni*, 5 mai 1995, série A n°316-A ; CEDH, *Agosi c. Royaume Uni*, 24 octobre 1986, n°9118/80 ; *Salabiaku c. France*, arrêt du 7 octobre 1988, série A no 141-A, pp. 15-16 ; CEDH, *Raimondo c. Italie*, 22 février 1994, n° 12954/87, Série A vol. 281). Dans la plupart des cas présentés à la Cour, celle-ci s'est prononcée sur la compatibilité des systèmes nationaux avec l'art. 6.2 de la Convention. À une seule reprise, celle-ci s'est prononcée sur une incompatibilité d'un système national avec l'art. 6.2 de la Convention. Il s'agit de l'arrêt *Geerings c. Pays-Bas* (CEDH, *Geerings c. Pays-Bas*, 1 mars 2007, n° 30810/03, CEDH 2007-III). La Cour a conclu à la violation car, en l'espèce, la décision de confiscation se fondait sur la commission d'infractions pour lesquelles l'auteur avait été acquitté. Le juge de Strasbourg a estimé que la juridiction de jugement allait plus loin que la simple formulation de soupçon, puisque le jugement semblait porter sur la culpabilité du requérant alors que celle-ci n'avait pas été légalement établie.

²⁰⁰ Pour la CEDH, il convient de préciser que le paragraphe deux, de l'article six de la Convention relative à la présomption d'innocence ne s'applique que lorsqu'une accusation en matière pénale est portée. Ce qui exclut *de facto* de ce champ d'application les mesures ne relevant pas de l'expression « *accusation en matière pénale* » au sens de la CEDH (V. sur la notion « *d'accusation en matière pénale* » : CEDH, *A.P. M.P et T.P c. Suisse*, 29 août 1997, n°19958/92, CEDH 1997-V ; CEDH, *Engels et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, Série A n°22 ; CEDH, *Ozturk c. Allemagne*, 21 février 1984, n°8544/79, Série A n°73) telles que la confiscation *in rem* (V. sur ce thème : CEDH, *Phillips c. Royaume-Uni*, *ibid.* ; CEDH, *air Canada c. Royaume Uni*, *ibid.* ; CEDH, *Agosi c. Royaume Uni*, *ibid.*). Elle rappelle en outre que le droit à la présomption n'est pas un droit absolu (V. sur ce thème : CEDH, *Phillips c. Royaume-Uni*, *ibid.* ; CEDH, *Salabiaku c. France*, *ibid.*).

²⁰¹ Il est intéressant de constater que le juge de Strasbourg peut faire entrer dans son analyse de la proportionnalité les problématiques sécuritaires nationales afin de définir l'intérêt général que protège la mesure litigieuse. Ainsi, dans l'arrêt *Arcuri et trois autres c. Italie* (CEDH, *Arcuri et trois autres c. Italie*, 5 juillet 2001, n° 52024/99), la Cour replace la mesure litigieuse dans le contexte dans lequel celle-ci a été adoptée : la lutte contre la criminalité organisée en Italie. Elle précise dans son arrêt que « *le phénomène de criminalité organisée a atteint, en Italie, des proportions préoccupantes. Les profits démesurés que ces associations tirent de leurs activités illicites donnent un pouvoir dont l'existence remet en cause la primauté du droit dans l'Etat. Ainsi les moyens adoptés pour combattre ce pouvoir économique, notamment la confiscation litigieuse, peuvent apparaître comme indispensables pour lutter efficacement contre lesdites associations. De ce fait, la Cour ne saurait méconnaître les circonstances spécifiques qui ont guidé l'action du législateur italien* » (V. également CEDH, *Raimondo c. Italie*, *op. cit.* ; CEDH, *Aboufadda c. France*, 4 novembre 2014, n° 28457/10, § 24 relatif au trafic de stupéfiants, elle

but poursuivi et doit offrir la possibilité à la défense de rapporter la preuve contraire²⁰², puisque la Cour prohibe les présomptions irréfragables²⁰³. C'est la raison pour laquelle la directive 2014/42/UE encadre strictement la mise en œuvre de la confiscation élargie par des conditions d'application stricte, la nécessité d'emporter l'intime conviction du Tribunal sur la base des circonstances de l'affaire et la possibilité pour le défendeur de rapporter la preuve contraire. L'article huit, paragraphe huit, de la directive 2014/42/UE précise que la personne concernée par ce type de mesure doit avoir « *une possibilité réelle de contester les circonstances de l'espèce, y compris les éléments factuels concrets et les éléments de preuve disponibles sur la base desquels les biens concernés sont considérés comme des biens provenant d'activités criminelles* ». Il s'agit d'une présomption simple. Le mécanisme européen instaure ainsi un partage de la charge de la preuve entre les autorités de poursuite et les personnes concernées par la mesure, qui ont la possibilité de rapporter la preuve de l'origine licite du bien.

précise concernant cette affaire que « *étant donné les ravages de la drogue, elle conçoit que les autorités des Etats parties fassent preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent à la propagation de ce fléau* » (§32)).

²⁰² V. CEDH, *Phillips c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 43 : Le juge, pour valider le dispositif britannique fondé sur une présomption souligne que « *la principale garantie [de la défense] résidait toutefois dans le fait que le requérant avait faculté de combattre la présomption la prévue par la loi 1994 ; il lui suffisait pour cela de démontrer, selon le critère de la probabilité, qu'il avait acquis les biens concernés autrement que grâce au trafic de drogue* » (V. également CEDH, *Aboufadda c. France*, *ibid.*, §. 28)

²⁰³ C'est-à-dire « *qui ne souffre pas de la preuve contraire (laquelle n'est pas admissible)* » (G. Cornu, Association H. Capitant, « *Vocabulaire juridique* », Puf, 10^e éd.).

SECTION 2.

LA CONFISCATION DES AVOIRS DES TIERS

35. Un mécanisme de confiscation implicitement prévu dans la décision-cadre 2005/212/JAI. Pour pallier « *la pratique courante consistant pour un suspect ou une personne poursuivie à transférer des biens à un tiers informé afin d'éviter de se les voir confisquer* »²⁰⁴, l'UE a développé des normes contraignantes en matière de confiscation de biens transférés ou acquis par des tiers. L'article trois, paragraphe trois, de la décision-cadre 2005/212/JAI prévoit, dans le cadre de mise en œuvre du mécanisme des pouvoirs de confiscation élargis, la possibilité pour les États membres d'« *envisager d'adopter les mesures nécessaires pour permettre, dans les conditions décrites aux paragraphes 1 et 2, la confiscation de tout ou partie des biens acquis par les associés de la personne concernée, ainsi que des biens transférés à une personne morale sur laquelle la personne concernée exerce, seule ou par l'intermédiaire de ses associés, une influence déterminante. Il en va de même lorsque la personne concernée perçoit une part importante des gains de la personne morale* ». Le texte ne précise pas qu'il s'agit d'un mécanisme de confiscation des avoirs des tiers. Cette disposition n'est pas un mode de confiscation autonome. Elle est liée à l'application des pouvoirs de confiscation élargis et répond donc à ses conditions de mises en œuvre : la condamnation pénale de l'auteur pour des faits de participation à une organisation criminelle ou de terrorisme. La directive 2014/42/UE quant à elle crée un mécanisme autonome de confiscation des avoirs des tiers. Avec ce dispositif, le droit européen semble poser les fondements d'un mécanisme de confiscation *in rem*, par opposition aux mécanismes de confiscation *in personam* attachés à la personne de l'auteur des faits. La confiscation des avoirs des tiers ne vise pas à sanctionner une personne, puisque le propriétaire-tiers ne fait l'objet d'aucune procédure criminelle, mais poursuit le produit du crime.

La particularité même de ce mécanisme – à savoir confisquer un bien à une personne sur laquelle aucune charge criminelle ne pèse – impose d'en analyser les conditions d'application (§1), d'une part, et la compatibilité de ce mécanisme avec les droits fondamentaux (§2), notamment les droits de propriété du tiers de bonne foi qui constitue une limite intangible au droit de suite des États membres, d'autre part.

²⁰⁴ Cons. 24, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

§1. Le champ d'application de la confiscation des avoirs des tiers

36. Le contournement du principe selon lequel « nul n'est responsable pénalement de son propre fait ». Dans la grande majorité des États membres, la confiscation est une sanction pénale, ce qui signifie deux choses : elle ne peut être prononcée que si condamnation pénale est prononcée et elle ne peut être prononcée qu'à l'encontre de la personne condamnée. Cela implique que seuls les biens lui appartenant – ou sur lesquels il dispose d'un droit de propriété – peuvent être confisqués. Autrement dit, pour procéder à la confiscation d'un bien identifié comme le produit d'une infraction et transféré à un tiers, il serait impératif d'engager une nouvelle procédure fondée sur un nouveau chef d'accusation²⁰⁵, tel que le recel qui consiste dans le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Or, le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers tel que présenté par la directive 2014/42/UE va à l'encontre de cette règle de la procédure criminelle classique. En effet, ce mode de confiscation permet de confisquer des biens désignés dans le cadre d'une procédure criminelle à laquelle la personne est tiers de produit de l'infraction. Cette simple qualification ouvre aux autorités compétentes la possibilité de procéder à la confiscation dudit bien et ce, en quelque main qu'il se trouve. Plus exactement, qualifier un bien de produit d'une infraction ouvre droit aux autorités compétentes de poursuivre un bien quel qu'en soit le détenteur. Il convient de rappeler que la confiscation entraîne un transfert des droits de propriété dudit bien vers l'État. Ce dernier se retrouve en quelque sorte titulaire d'un droit de suite, qui rappelons-le, se définit en droit civil comme une prérogative attachée au droit réel permettant à un créancier de poursuivre le bien. Il permet à son titulaire de faire saisir le bien grevé de la sûreté au sein de n'importe quel patrimoine qu'il compose. Ce droit n'est pas rattaché à une personne, mais au bien lui-même. Cette comparaison souligne le basculement qui est opéré dans la directive 2014/42/UE, à savoir la mise en œuvre de modes de confiscation *in rem*.

Certes, grâce à ce mécanisme les autorités compétentes ont la possibilité de suivre le bien, mais le droit européen pose une double limite : un mécanisme strictement limité aux produits du crime (A) acquis ou transférés par une personne poursuivie ou condamnée à un tiers (B).

²⁰⁵ I. B. Cordero, "Moderns Forms of Confiscation and Protection of Third Parties", in C. King and C. Walker (Edited by), *op. cit.*, p. 139 et s.

A. Un mécanisme de confiscation strictement limité aux produits du crime

37. La compatibilité de la confiscation des avoirs des tiers avec la confiscation dite standard. Aux termes de l'article six de la directive 2014/42/UE peuvent être confisqués les produits du crime, ainsi que les biens dont la valeur correspond à celle des produits de l'infraction qui ont été transférés, directement ou indirectement, à des tiers par un suspect ou une personne poursuivie ou qui ont été acquis par des tiers auprès de personnes suspectées ou poursuivies²⁰⁶, excluant donc les instruments ayant permis la commission de l'infraction. En apparence, la lecture de l'article six semble assez explicite, limpide. Pour autant, le champ d'application qui y est fixé révèle plusieurs difficultés, dont sa compatibilité avec les mécanismes de confiscation. La première concerne le fait de savoir si le champ d'application de la confiscation des avoirs des tiers peut être étendu à ceux de la confiscation par défaut et de la confiscation élargie, qui visent également les produits du crime, ainsi que les biens dont la valeur correspond à celle des produits de l'infraction. Autrement dit, ces mécanismes peuvent-ils avoir une incidence sur la mise en œuvre de la confiscation des avoirs des tiers ?

La confiscation des avoirs des tiers remet en question les fondements de la confiscation pénale et ce, de deux façons. D'une part, il permet la confiscation de biens appartenant à un tiers. Or, les mécanismes de confiscation, en tant que sanction prise pour sanctionner un comportement délictueux, impose de confisquer seulement les biens appartenant à l'auteur des faits et ce, en conformité avec le respect de la règle selon laquelle nul n'est responsable que de son propre fait. D'autre part, il permet la confiscation en dehors du procès pénal initié par la commission des faits. En outre, par rapport à l'atteinte qui est portée aux droits de propriété des tiers, le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers devrait revêtir un caractère accessoire. Il ne devrait envisager que dans les cas où il n'est pas possible de procéder à une confiscation en valeur. Or, l'UE ne tend pas à en faire un mécanisme secondaire, puisqu'elle laisse aux États membres le choix d'en faire un mode alternatif ou subsidiaire de confiscation. Cette précision soulève une interrogation : par rapport à quel mécanisme de confiscation le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers doit-il être érigé en un mode alternatif ou subsidiaire de confiscation ? Le mécanisme de référence demeure la confiscation dite standard. C'est par rapport à ce mode de confiscation que les États feront le choix d'ériger la confiscation des avoirs des tiers en un mode alternatif, soit en lieu et place de la confiscation dite standard, ou subsidiaire, soit destiné à être utilisé en cas d'impossibilité de recourir à la confiscation dite

²⁰⁶ *Ibid.*

standard. Les États membres ont le choix d'instituer le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers comme un mécanisme à part entière, laissant aux autorités compétentes l'opportunité de procéder à la confiscation dite standard ou la confiscation des avoirs des tiers. Ou, ils ont la possibilité de durcir les conditions de mise en œuvre de ce mécanisme en limitant son utilisation en cas d'impossibilité de recourir à la confiscation dite standard pour recouvrer les produits du crime ; ce qui implique l'impossibilité de recourir auprès de l'auteur des faits les produits directs ou indirects de l'infraction, de mettre en œuvre le mécanisme de confiscation en valeur ou même de recourir à la confiscation rendue possible dans le cadre d'une procédure par défaut ou sans condamnation pénale. En d'autres termes, le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers ne pourra être mis en œuvre qu'à condition d'avoir purgé toutes les autres procédures de confiscation susceptibles d'être mises en œuvre à l'encontre de l'auteur des faits. Cet élément est intéressant puisqu'il renvoie à un débat autour de l'articulation des mécanismes de confiscation pénale et de confiscation civile²⁰⁷.

38. La compatibilité de la confiscation des avoirs des tiers avec les nouveaux mécanismes de confiscation. Dans la version initiale, soit la proposition de directive, l'article six, paragraphe un faisait tout d'abord référence à la possibilité de confisquer les « *autres biens de la personne condamnée qui ont été transférés à un ou des tiers afin d'éviter la confiscation de biens dont la valeur correspond à celles des produits* ». Cette disposition permettait d'intégrer dans le champ d'application de la confiscation des avoirs des tiers les biens susceptibles d'être confisqués via le mécanisme de confiscation élargie. En d'autres termes, l'ensemble des biens d'origine illicite transférés à un tiers pouvaient être confisqués et ce, peu importe le lien des biens visés avec l'infraction poursuivie. Ensuite, l'article six, paragraphe deux, a) précisait que « *la confiscation des produits ou biens prévue au paragraphe un est possible lorsqu'une vérification, fondée sur des éléments factuels précis concernant la personne condamnée, soupçonnée ou accusée, fait apparaître que la confiscation des biens de la personne condamnée, ou du suspect ou de l'accusé dans les circonstances décrites à l'article cinq [la confiscation sans condamnation], n'a guère de chance d'aboutir* ». Cette disposition ouvrait la possibilité de recourir à la confiscation des avoirs tiers comme une alternative à l'impossibilité de recourir au mécanisme de confiscation des avoirs des tiers. Il y a ici une réelle dissociation entre la procédure criminelle et la procédure de confiscation. Alors même que la disposition précédente prévoit la condition de condamnation préalable (la confiscation

²⁰⁷ Cf. conclusion chapitre 2, titre 1, partie 1.

élargie²⁰⁸), celle-ci prévoit la possibilité de recourir à la confiscation des avoirs tiers sans qu'aucune condamnation ne soit intervenue. La procédure se concentre exclusivement sur les biens. Cependant, la directive actuelle ne fait plus mention de ces dispositions. Est-ce à dire que cette absence de disposition explicite ne lie plus les champs d'application de ces trois mécanismes ? Certains auteurs ont répondu à cette question par la négative. Ils estiment que les mécanismes de confiscation par défaut et de confiscation élargie renvoient à la notion de produit, et qu'il serait par conséquent possible de confisquer ces avoirs lorsqu'ils ont été transférés à un tiers de mauvaise foi²⁰⁹. Il est intéressant de noter que le texte circonscrit son champ d'application aux tiers ayant acquis le bien auprès de personne suspectée ou poursuivie. En d'autres termes, aucune condamnation, y compris par défaut, n'a besoin d'être rendue pour procéder à la confiscation des avoirs détenus par des tiers, si les autorités estiment que le bien en question constitue le produit de l'infraction poursuivie. La mesure pourrait être prononcée avant même qu'une condamnation ou qu'un jugement par défaut ne soit rendu. Autrement dit, le mécanisme de confiscation matérialise à l'extrême l'idée selon laquelle un transfert de biens doit être considéré comme nul s'il résulte de la commission d'un crime, et l'État peut procéder à sa confiscation car il aurait un intérêt légitime à appréhender ces biens en raison de leur nature criminelle²¹⁰. Il s'agit bien ici d'une mesure préventive. Enfin, cette idée transparaît également lors de l'étude de la seconde difficulté : la relation qu'entretient le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers et celui de confiscation en valeur, permet à un tribunal, une fois avoir déterminé la valeur des instruments et des produits directs ou indirects de l'infraction, d'imposer une sanction pécuniaire dont le montant correspond à la valeur estimée, dont l'exécution peut être assurée par tout avoir appartenant à la personne condamnée.

Une question peut être ici relevée. Le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers pose la question des avoirs transformés. Il est possible de procéder à la confiscation des avoirs transformés, lorsque ces derniers ont été transformés par l'auteur des faits. En revanche, est-il possible d'appliquer le mécanisme de confiscation en valeur aux tiers ayant procédé à une transformation de l'avoir illicite reçu ? L'article six de la directive souligne que peuvent faire l'objet d'une confiscation les produits ou biens dont la valeur correspond à celle des produits

²⁰⁸ Procéder à la confiscation de biens couverts le mécanisme de confiscation élargie transférés à des tiers suppose au préalable d'une condamnation pénale soit rendue. Autrement dit, la condamnation permettra aux autorités de pouvoir procéder à la confiscation des biens appartenant désormais à un ou des tiers.

²⁰⁹ V. I. B. Cordero, "Moderns Forms of Confiscation and Protection of Third Parties", in C. King and C. Walker (Edited by), *op. cit.*, p. 145 ; J. Boucht, "Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 21(2013), p. 138.

²¹⁰ I. B. Cordero, "Moderns Forms of Confiscation and Protection of Third Parties", in C. King and C. Walker (Edited by), *op. cit.*, p. 145.

qui ont été transférés. Il semblerait que la confiscation en valeur puisse être applicable aux tiers si l'avoir a été transformé préalablement au transfert. En revanche, la confiscation en valeur n'est pas permise si l'avoir a été transformé par le tiers, puisque ce mécanisme est soumis à une condamnation préalable pour pouvoir être prononcé. Par conséquent, confisquer les avoirs transformés par le tiers sur le terrain de l'article six de la directive 2014/42/UE se révèle impossible. La seule voie susceptible d'être empruntée est l'ouverture d'une nouvelle procédure criminelle à l'encontre du tiers. Pour conclure sur ce point, il demeure une dernière interrogation, qui concerne la situation où le tiers réclame la propriété de l'avoir à confisquer. La question qui se pose est, quels sont ces droits ? Cette question pose celle de l'intérêt légitime de l'État à appréhender un bien légalement acquis appartenant en tout ou partie à une personne tierce de bonne foi à la procédure criminelle ?²¹¹ Certains estiment que « *personne ne devrait pouvoir acquérir un intérêt sur un bien une fois qu'il a été indiqué dans une ordonnance comme étant un bien assujetti à la confiscation de la valeur* »²¹². À partir de l'instant où ce bien est réputé, sur la base d'une décision de justice, illicite, l'intervention de l'État pourrait être justifiée²¹³.

B. Un mécanisme de confiscation strictement limité aux biens acquis ou transférés par une personne poursuivie ou condamnée à un tiers

39. Un mécanisme préventif visant à limiter « la pratique courante consistant pour un suspect ou une personne poursuivie à transférer des biens à un tiers informé afin d'éviter de se les voir confisquer ». Pour reprendre ce qui a été précédemment dit, la confiscation des avoirs des tiers est un mécanisme qui touche tant les biens – au sens large –, soit les biens non-étiquetés produit du crime, et les produits du crime, soit les biens dont le lien avec une infraction a été légalement établi par un Tribunal. Ce mode de confiscation a pour objectif que lutter contre « *la pratique courante consistant pour un suspect ou une personne poursuivie à transférer des biens à un tiers informé afin d'éviter de se les voir confisquer* ». Il s'agit donc d'un mécanisme préventif, qui peut intervenir en amont de la condamnation pénale. L'article six de la directive 2014/42/UE prévoit que « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de produits ou de biens dont la valeur correspond*

²¹¹ La notion du tiers doit ici être comprise dans le sens où la personne dispose d'un droit sur le bien.

²¹² I. B. Cordero, "Moderns Forms of Confiscation and Protection of Third Parties", in C. King and C. Walker (Edited by), *op. cit.*, p. 145. "no one should be able to acquire an interest in property once it has been indicated in an order as property subject to value confiscation".

²¹³ *Ibid.*

à celle des produits qui ont été transférés, directement ou indirectement, à des tiers par un suspect ou une personne poursuivie ou qui ont été acquis par des tiers auprès d'un suspect ou d'une personne poursuivie, au moins dans les cas où ces tiers savaient ou auraient dû savoir que la finalité du transfert ou de l'acquisition était d'éviter la confiscation, sur la base d'éléments ou de circonstances concrets, notamment le fait que le transfert ou l'acquisition a été effectué gratuitement ou en échange d'un montant sensiblement inférieur à la valeur marchande ». La référence à l'expression « produits ou de biens dont la valeur correspond à celle des produits qui ont été transférés » renvoie à la condition d'obtenir une condamnation pénale pour pouvoir procéder, dans un second temps, à la confiscation dudit bien auprès du tiers. Cependant, l'article ne mentionne à aucun moment la nécessité qu'il y ait eu ou non condamnation pénale de l'auteur des faits pour que les biens identifiés comme produits de l'infraction soient confisqués. L'article ne fait référence qu'aux termes de suspect ou de personne poursuivie. Ce point est intéressant puisqu'il nous renvoie à re-questionner le sens de la notion de confiscation en droit européen et le rôle de la confiscation des avoirs tiers dans l'esprit du législateur européen. La directive 2014/42/UE définit la confiscation comme « une privation permanente d'un bien ordonnée par une juridiction en lien avec une infraction pénale »²¹⁴. Il n'est pas question ici de cantonner la sanction de confiscation à une sanction pénale imposant qu'une condamnation pénale soit prononcée. La directive 2014/42/UE rappelle elle-même que les procédures de confiscation peuvent être mises en œuvre dans le cadre de procédure autre que pénale²¹⁵, avec comme condition qu'elle soit en lien avec une infraction pénale. Elle permet ainsi la confiscation non-fondée sur une condamnation pénale. Ce point est particulièrement intéressant lorsque la confiscation des avoirs des tiers est analysée sous l'angle de la proposition de directive. Elle y est présentée comme un instrument permettant de pallier, soit les stratégies de la personne suspectée ou poursuivie, soit de pallier les insuffisances de la procédure criminelle. Ainsi, l'article six, paragraphe deux, a) prévoyait sa mise en œuvre « lorsqu'une vérification, fondée sur des éléments factuels précis concernant la personne condamnée, soupçonnée ou accusée, fait apparaître que la confiscation des biens de la personne condamnée, ou du suspect ou de l'accusé dans les circonstances décrites à l'article 5, n'a guère de chance d'aboutir ». Elle constituait un palliatif au mécanisme de confiscation sans condamnation pénale. Cependant, les termes de suspect ou de personne poursuivie renvoient également à un critère de temps permettant au Tribunal, qui statue sur la confiscation

²¹⁴ Art. 2, 4), directive 2014/42/UE, *op. cit.*

²¹⁵ Le cons. 10, directive 2014/42/UE, prévoit que « les États membres sont libres d'engager des procédures de confiscation liées à une affaire pénale devant toute juridiction compétente ».

d'un bien appartenant à un tiers, de supposer que le tiers aurait pu soupçonner de l'illicéité des biens et ce, en raison du statut de l'auteur des faits dans la procédure criminelle le concernant – suspect ou personne poursuivie – au moment du transfert ou de l'acquisition a eu lieu. En effet, la doctrine rappelle que la première étape pour que la confiscation des avoirs des tiers soit mise en œuvre est le respect des confiscations de mises en œuvre de la confiscation standard et de la confiscation élargie²¹⁶, imposant qu'une condamnation pénale soit prononcée. Viennent ensuite deux autres étapes : la constatation d'un transfert ou d'acquisition au cours de la procédure, d'une part, et la preuve que le tiers avait connaissance de l'origine illicite de l'avoir et de l'objectif du transfert ou de l'acquisition, d'autre part. Il sera étudié ici la seconde étape.

40. Le transfert direct ou indirect à un tiers des produits du crime. Le transfert correspond, dans un premier temps, à une action/un comportement de l'auteur des faits, qui transfère les biens d'origine illicite à un tiers pour éviter la confiscation. Le transfert des biens d'origine illicite pose plusieurs questions en rapport avec la mise en œuvre de la confiscation des avoirs tiers. Tout d'abord, est-il possible de procéder à la confiscation des avoirs des tiers alors même qu'ils ne possèdent qu'une partie des droits de propriété ? Le droit de propriété pouvant être démembré, est-il possible de procéder à la confiscation alors que le tiers n'en a que la jouissance ? L'article six rappelle que seuls les biens dont le tiers a la pleine propriété peuvent être confisqués. Il doit donc y avoir un transfert de l'ensemble des attributs du droit de la propriété pour pouvoir confisquer les avoirs appartenant à des tiers. Ensuite, le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers pose la question de la connaissance de l'origine illicite des avoirs. À partir de quels éléments est-il possible de déterminer avec certitude qu'un tiers avait effectivement connaissance de l'origine illicite des avoirs qui lui ont été transférés ? Le moment où le transfert est effectué – en cours d'enquête ou lors de l'instruction – peut-il être considéré comme un élément susceptible de constituer une preuve de la connaissance, par exemple ? Tant les questions liées au degré de transfert des droits de propriété que celles liées au degré de connaissance de l'origine illicite des biens constituent pour Eurojust des failles importantes du dispositif de confiscation des avoirs des tiers. Eurojust a, à cet égard, suggéré d'inclure dans la directive 2014/42/UE deux notions/concepts. D'une part, l'adoption d'une présomption d'illicéité des avoirs détenus par les héritiers ou les proches. Ils leur appartiennent ainsi de faire la démonstration de l'origine licite de ces avoirs. Et, d'autre part, l'adoption de l'expression « *d'influence déterminante* » pour déterminer le degré de contrôle des personnes suspectées ou

²¹⁶ D. Nitu, “ *Extended and third party confiscation in EU*”, *op. cit.*

poursuivies et celui des tierces personnes²¹⁷. Le législateur européen n'a suivi aucune des propositions formulées par Eurojust²¹⁸, alors même que le Parlement européen avait proposé, dans le sens d'Eurojust, l'adoption d'une nouvelle incrimination : la *cession fictive de biens à des tiers* visant à poursuivre les personnes qui transfèrent fictivement la propriété ou la mise à disposition de biens à des tiers dans le but d'échapper à des mesures de saisie ou de confiscation²¹⁹. Mais, celle-ci n'a pas été retenue dans le texte final. Cependant, il est intéressant de noter que la directive, qui instaure le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers, n'empêche pas les États membres de poursuivre ultérieurement les tiers sur d'autres fondements nationaux, tels que les faits de recel (qui punit le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit, ainsi que le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit), de non-justification de ressources (qui punit le fait de ne pas pouvoir justifier de ressource correspond à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine des biens détenus, tout en étant en relation habituelles avec des personnes qui se livrent à la commission d'infraction), de blanchiment de capitaux (qui punit le fait de convertir ou de transférer des biens provenant d'une activité criminelle ou d'une participation à une activité criminelle, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite de ces biens ou d'aider toute personne impliquée dans une telle activité à échapper aux conséquences juridiques des actes qu'elle a commis ; le fait de dissimuler ou de déguiser la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété réels de biens ou des droits qui y sont liés, dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une telle activité ; le fait d'acquérir, de détenir ou l'utiliser des biens, dont celui qui s'y livre sait, au moment où il les réceptionne, qu'ils proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une telle activité ou la participation à l'un des actes visés ci-dessus ; enfin, le fait de s'associer pour commettre, tenter de commettre, d'aider ou d'inciter quelqu'un à le commettre les faits exposés précédemment ou de le conseiller à cet effet, ou de faciliter l'exécution de ces actes) ou encore d'entrave à la saisine de la justice (punit le fait de détruire, soustraire, receler ou altérer un document public ou privé ou un objet de nature à faciliter la

²¹⁷ Expression utilisée dans la décision-cadre 2005/212/JAI, *op. cit.*, art. 3.3.

²¹⁸ L'article 3 de la décision-cadre 2005/212/JAI ayant été abrogé, cette disposition ne peut produire aucune conséquence juridique alors même qu'elle aurait pu pallier un certain nombre de dérives liées à l'usage fréquent des personnes morales dans les processus de blanchiment.

²¹⁹ Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures - Rapporteuse: Monica Luisa Macovei -, rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD)), 20 mai 2013, amendement 41.

découverte d'un crime ou d'un délit, la recherche des preuves ou la condamnation des coupables). Cet élément pose la question de l'utilisation des informations obtenues dans le cadre de la procédure de confiscation des avoirs des tiers, qui rappelons-le, peut être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure autre que pénale.

Il convient de garder à l'esprit qu'il ne s'agit pas ici d'une procédure tendant à établir la culpabilité du tiers. L'objectif de cette procédure est tout autre car, il s'agit d'établir la connaissance qu'a le tiers de l'origine licite ou illicite des biens. La valeur ajoutée de cette procédure est une appréhension rapide des biens d'origine illicite à partir de l'instant où la juridiction/les autorités compétentes disposent d'éléments de preuve suffisamment concrets pour établir que le tiers savait ou aurait pu avoir connaissance de l'origine illicite. Quoiqu'il en soit, il y aura un débat, qui suppose qu'une décision judiciaire soit rendue. Et, cela pose la question de savoir si sur le fondement de cette décision judiciaire, une nouvelle procédure judiciaire pourrait être ouverte à l'encontre d'un tiers. Est-ce que cette décision judiciaire pourrait constituer un élément de preuve, alors même qu'elle ne tend pas à établir une quelconque culpabilité, mais seulement une connaissance de l'origine illicite des biens ? En d'autres termes, ce mécanisme pose clairement la question de ses conditions d'utilisation ultérieures et de la protection des droits des tiers, notamment le principe de présomption. Est-ce qu'une autorité judiciaire établissant une connaissance quant à l'origine illicite des biens présume de la culpabilité d'un individu pourrait, soit donner lieu/être à l'origine de l'ouverture d'une nouvelle procédure criminelle²²⁰, soit constituer un élément de preuve dans le cadre d'une nouvelle procédure criminelle ? Cette question n'est évidemment pas réglée par le législateur européen, qui semble laisser ainsi aux États membres une marge d'appréciation importante quant aux conditions ultérieures d'utilisation de la décision judiciaire établissant la connaissance ou non de l'origine illicite des biens. Pour autant, il fixe son champ d'application de la mesure.

41. L'acquisition des produits du crime. L'acquisition, dans un second temps, vise le comportement du tiers, qui a recherché à obtenir des droits sur les biens illicites. Plus particulièrement, « *il y a acquisition par un tiers dans les cas où, par exemple, le bien a été acquis par le tiers, directement ou indirectement, par exemple par l'entremise d'un intermédiaire, auprès d'un suspect ou d'une personne poursuivie, y compris lorsque*

²²⁰ Ce qui pose la question du principe *ne bis in idem* : la mesure de confiscation constitue une sanction, et devrait par conséquent ne pas pouvoir donner lieu à l'ouverture d'une nouvelle procédure criminelle, à moins que le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers n'ait pas pour objet de sanctionner un tiers, mais l'auteur des faits ; le tiers sera par conséquent une conséquence collatérale.

l'infraction pénale a été commise pour leur compte ou à leur profit, et lorsque la personne poursuivie ne possède pas de biens pouvant être confisqués »²²¹. Il est intéressant de noter que la directive pose une condition supplémentaire à la confiscation lorsque le bien a fait l'objet d'une acquisition. La confiscation des biens appartenant à un tiers ne pourra avoir lieu que si la personne poursuivie ne possède pas de biens pouvant être confisqués²²². En d'autres termes, la confiscation des avoirs des tiers ne pourra avoir lieu que s'il est impossible de recourir aux mécanismes de confiscation des instruments et des produits du crime, de confiscation en valeur équivalente ou de « *confiscation sans condamnation pénale* »²²³. Le tiers doit être en outre le propriétaire du bien en question ou disposer d'un droit similaire sur le bien²²⁴. L'insertion de la notion d'acquisition s'est faite postérieurement à la proposition de directive, qui ne recourait qu'au terme de transfert. Ce terme semble avoir été utilisé pour viser notamment les commanditaires d'une infraction. Le terme de transfert est issu du terme latin *transfere*, qui signifie transporter. En droit, ce terme se définit comme la transmission d'un droit d'un titulaire – son auteur – à un autre –, son ayant cause. Il désigne aussi bien le résultat de l'opération, l'effet translatif – tel que le transfert de propriété résultant de la vente – que l'opération même. Le terme de transfert renvoie ici à un simple transfert des droits vers un tiers sans qu'il ne soit accompagné d'un transfert physique. L'auteur des faits jouit physiquement de son bien dont il a la libre disposition. En revanche, le terme d'acquisition renvoie lui à la volonté du tiers d'acquérir, soit acheter, le bien d'origine illicite. En droit, l'acquisition s'entend comme le fait de devenir propriétaire et ce, quel que soit le mode. L'acquéreur, quant à lui, est le bénéficiaire de l'acquisition ou celui qui acquiert de bonne ou de mauvaise foi, à titre gratuit ou à titre onéreux. Il est intéressant de relever que le droit peut recourir à la notion de tiers, ce terme étant ici entendu comme l'acquéreur qui, après avoir traité avec une personne, est ainsi nommé dans les conflits qui l'opposent aux titulaires de droits antérieurs sur cette chose. Par conséquent, il y a, semble-t-il, sous cette notion d'acquisition l'idée d'une volonté pour le tiers d'être propriétaire du bien. L'intention n'est pas de protéger le bien d'une sanction de confiscation, mais de devenir le propriétaire du bien. Ce point est appuyé par la phrase suivante « *y compris lorsque l'infraction pénale a été commise pour leur compte ou à leur profit* », « *leur* » faisant ici référence aux tiers. Le Parlement européen avait amendé la proposition de directive afin d'y

²²¹ V. cons. 24, directive 2014/42/UE.

²²² Cette condition n'est pas inscrite dans le corps de la directive, mais dans le considérant 24 de celle-ci. Les considérants n'ont certes pas force contraignante ; mais pour autant, ils peuvent servir de ligne directrice à l'établissement des modes de confiscation dans les législations nationales.

²²³ En revanche, cette condition n'est pas reprise concernant le transfert direct ou indirect des biens vers le tiers.

²²⁴ Par droit similaire, il convient d'entendre les droits de jouissance : *usus*, *fructus* et *abusus* ; une servitude ; etc.

inclure cette phrase : « *De plus, la confiscation sur un tiers devrait être possible lorsque la personne accusée ou soupçonnée agissait dès le départ pour le compte d'une autre personne physique ou morale* ».

§2. *L'élément intentionnel requis pour mettre en œuvre la confiscation des avoirs des tiers*

42. Une procédure de confiscation centrée sur la recherche du bien d'origine illicite.

Le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers vise essentiellement à rechercher et à appréhender le produit du crime ou le bien issu de la commission d'une infraction pour laquelle une personne a été condamnée et n'est plus en possession dudit bien. Cette procédure ne vise donc pas à sanctionner pénalement le comportement d'un tiers qui aurait volontairement soustrait un bien d'origine illicite à la justice, mais à mettre la main sur ledit bien ; ce qui explique, d'une part, que les standards de preuve requis pour établir la mauvaise foi du tiers soient moins élevés (A) et que, d'autre part, ce procédé soit validé par la jurisprudence de la CEDH (B), à la condition toutefois que le tiers bénéficie de garanties procédurales.

A. La mise en place de standards de preuve moins élevés pour établir la mauvaise foi du tiers

43. Un mécanisme de confiscation restreint aux tiers de mauvaise foi. L'article six de la directive 2014/42/UE prévoit que « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de produits ou de biens dont la valeur correspond à celle des produits qui ont été transférés, directement ou indirectement, à des tiers par un suspect ou une personne poursuivie ou qui ont été acquis par des tiers auprès d'un suspect ou d'une personne poursuivie, au moins dans les cas où ces tiers savaient ou auraient dû savoir que la finalité du transfert ou de l'acquisition était d'éviter la confiscation, sur la base d'éléments ou de circonstances concrets, notamment le fait que le transfert ou l'acquisition a été effectué gratuitement ou en échange d'un montant sensiblement inférieur à la valeur marchande* ». Cependant, la confiscation des avoirs des tiers « *ne porte pas atteinte aux droits de tiers de bonne foi* ». Cette forme de confiscation permet de procéder à la confiscation de biens auprès d'une personne contre laquelle ne pèse aucune charge de nature pénale. En d'autres termes, la personne concernée n'est ni suspectée ni poursuivie pour un crime. Aucune procédure criminelle n'est engagée et aucune responsabilité pénale n'est déclarée. Aucune sanction pénale ne peut être

prononcée. Son casier judiciaire n'en portera pas la mention. La confiscation des avoirs des tiers déroge ainsi à tous les principes de procédure pénale et porte donc sensiblement atteinte aux droits fondamentaux des personnes concernées, principalement à leurs droits de propriété²²⁵. Il est, semble-t-il, le mécanisme le plus proche de la confiscation civile *in rem*. Son application est détachée de la condition d'obtenir une condamnation pénale de l'auteur des faits. Il était, par ailleurs, dans la version initiale de la proposition de directive, un palliatif à l'échec de la mise en œuvre de la confiscation sans condamnation pénale. Toutefois, sa mise en œuvre peut être mise en échec par la démonstration de la bonne foi du tiers.

L'article six de la directive 2014/42/UE contient un garde-fou qui est que ce mécanisme ne peut porter atteinte aux tiers de bonne foi²²⁶. L'expression « *bonne foi* », qui peut s'entendre comme « *une attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi* »²²⁷ ou, pour ce qui est de notre étude, « *une personne qui achète un objet d'un vendeur en pensant qu'elle peut le transférer sans entrave parce qu'elle est le propriétaire légitime sans savoir que le titre du vendeur de cet objet est invalide d'une certaine façon* »²²⁸, n'est pas définie par le droit européen. L'article six de la directive 2014/42/UE donne seulement des indications permettant à un Tribunal d'établir la mauvaise foi d'un tiers. Il expose que « *une telle confiscation devrait être possible au moins dans les cas où le tiers savait ou aurait dû savoir que la finalité du transfert ou l'acquisition était d'éviter la confiscation* »²²⁹, sur la base d'éléments concrets, notamment le fait que le transfert ait été effectué gratuitement ou en contrepartie d'un montant sensiblement inférieur à la valeur marchande »²³⁰. Le paragraphe deux, de l'article six de la directive, qui prévoit que la mesure ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers de bonne foi, a été ajouté par le Conseil, le texte initial ne la mentionnait pas. La proposition de directive se bornait à dresser une liste de cas non-exhaustifs ouvrant droit à la mise en œuvre de la confiscation des avoirs des tiers.

²²⁵ I. B. Cordero, "Moderns Forms of Confiscation and Protection of Third Parties", in C. King and C. Walker (Edited by), *op. cit.*, p. 142.

²²⁶ Art. 6.2, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

²²⁷ G. Cornu, Association H. Capitant, « *Vocabulaire juridique* », *op. cit.*

²²⁸ I. B. Cordero, "Moderns Forms of Confiscation and Protection of Third Parties", in C. King and C. Walker (Edited by), *op. cit.*, p. 144. "a person who purchases an object from a seller thinking that he/she can transfer it without any impediment because he/she is the legitimate owner without knowing that the seller's title in that object is invalid in some way"

²²⁹ L'expression « *au moins* » signifie que les États membres peuvent recourir à des mesures plus strictes pour déterminer les éléments permettant de juger que la personne est de bonne ou de mauvaise foi.

²³⁰ Art. 6.1, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

44. Une mauvaise foi établie selon des standards de preuve moins élevés que ceux exigés dans une procédure pénale. Ainsi, l'article six, paragraphe deux, de la proposition directive prévoyait que la confiscation des produits ou biens auprès de tiers était possible *« lorsqu'une vérification, fondée sur des éléments factuels précis concernant la personne condamnée, soupçonnée ou accusée, fait apparaître que la confiscation des biens de la personne condamnée, ou du suspect ou de l'accusé dans les circonstances décrites à l'article 5, n'a guère de chance d'aboutir »*. La confiscation des avoirs des tiers était ici prévue comme un mécanisme alternatif à la confiscation sans condamnation pénale si, et seulement si, cette dernière ne pouvait aboutir. La confiscation des produits ou biens auprès de tiers était également possible *« lorsque les produits ou les biens ont été transférés à titre gratuit ou à un prix inférieur à leur valeur marchande dans les cas où le tiers, pour ce qui est des produits, connaissait leur origine illicite, ou que, à défaut d'une telle connaissance, une personne raisonnable dans sa situation en aurait soupçonné l'origine illicite, au regard de circonstances et faits concrets »* et, *« pour ce qui est d'autres biens, savait qu'ils étaient transférés afin d'éviter la confiscation de biens dont la valeur correspond à celle des produits, ou que, à défaut d'une telle connaissance, une personne raisonnable dans sa situation aurait soupçonné qu'ils étaient transférés afin d'éviter une telle confiscation, au regard de circonstances et faits concrets »*. Aux termes de ces dispositions, la mauvaise foi de la personne concernée pouvait se déduire, soit de sa connaissance pure et simple de l'origine illicite du bien, soit de la comparaison entre elle et une personne dite raisonnable qui plaçait dans la même situation aurait soupçonné que le transfert visait à éviter une confiscation. Cette notion de personne raisonnable est, rappelons-le, un standard juridique civiliste qui prend comme critère de référence un individu abstrait qui se situe dans la norme comportementale en fonction de laquelle se mesure le comportement d'une personne donnée pour déterminer l'existence ou non d'une faute. Le Parlement européen a remanié le texte initial pour ne garder que la disposition suivante : *« lorsque les produits ou les biens ont été transférés à titre gratuit ou à un prix inférieur à leur valeur marchande dans les cas où le tiers »*²³¹. Pour lui, la simple référence à la gratuité ou à la vente à vil prix *« est en mesure de nourrir des doutes raisonnables sur l'origine du bien »*²³². L'article six, paragraphe un, de la directive 2014/42/UE, quant à lui, recourt à la notion de personne raisonnable pour déterminer si une personne peut être qualifiée par la Tribunal de

²³¹ Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne, 20.5.2013 (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD)).

²³² *Ibid.*

bonne ou de mauvaise foi. Elle prévoit que la confiscation des produits du crime peut avoir lieu « dans les cas où ces tiers savaient ou auraient dû savoir que la finalité du transfert ou de l'acquisition était d'éviter la confiscation, sur la base d'éléments ou de circonstances concrets, notamment le fait que le transfert ou l'acquisition a été effectué gratuitement ou en échange d'un montant sensiblement inférieur à la valeur marchande ». Ainsi, la confiscation des avoirs des tiers peut être mise en œuvre si une personne dite raisonnable, qui serait placée dans des conditions similaires, notamment un transfert ou une acquisition à titre gratuit ou à un prix sensiblement inférieur à la valeur marchande dudit bien, aurait pu avoir des soupçons quant à l'origine du bien ou quant à la finalité de transaction, qui est de soustraire le bien à la justice, et n'aurait pas accepté le transfert ou acquis le bien. L'article six semble poser une présomption de connaissance de l'origine illicite et de l'intention de soustraire le bien à la confiscation dénoncée par certains auteurs²³³. En effet, ce qui est sanctionné ce n'est pas tant le fait de recevoir un bien d'origine illicite, que le fait de connaître l'intention de la personne suspectée ou poursuivie de faire obstacle à la mesure de confiscation. Certains auteurs, à cet égard, soutiennent que la connaissance de l'origine illégale peut être déduite de la connaissance d'éviter la confiscation par le transfert ou l'acquisition²³⁴. Il revient ainsi aux autorités la charge de démontrer un « *dolus eventualis* »²³⁵, c'est-à-dire la conscience d'un résultat probable d'une action ou, plus concrètement, de démontrer que la personne avait conscience que le transfert du bien ou son acquisition consistaient à faire obstacle à une mesure de justice : la confiscation. En outre, l'expression « *aurait du savoir* » contient un élément de « *négligence criminelle* »²³⁶. Au même titre que les entités soumises à obligations dans la législation anti-blanchiment, la directive pose une obligation de vigilance à l'égard des particuliers²³⁷ sans, cependant, en définir les lignes directrices. Il est important de rappeler ici que les standards de preuve exigés sont moins élevés que pour les autres mécanismes de confiscation. Il n'est pas exigé de rapporter des preuves attestant que le tiers avait connaissance de l'origine illicite du bien et de la volonté de la personne suspectée ou poursuivie de soustraire le bien à la sanction de confiscation. Il est seulement demandé au Tribunal de répondre à la question suivante : une personne raisonnable placée dans les mêmes conditions auraient-elles accepté le transfert ou procédé à l'acquisition dudit bien ? Le standard de preuve exigé est ici celui de la prépondérance

²³³ V. I. B. Cordero, "Moderns Forms of Confiscation and Protection of Third Parties", in C. King and C. Walker (Edited by), *op. cit.*, p. 149.

²³⁴ I. B. Cordero, "Moderns Forms of Confiscation and Protection of Third Parties", in C. King and C. Walker (Edited by), *op. cit.*, p. 148.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*

des probabilités. Il appartient à celui qui a la charge de la preuve de démontrer qu'un fait à plus de chances de s'être produit que le contraire. Cela ne signifie donc pas un renversement de la charge de la preuve ou de l'établissement pur et simple d'une présomption de connaissance de l'origine illicite du bien ou du but du transfert ou de l'acquisition, mais la possibilité d'établir la mauvaise foi du tiers selon des standards de preuve moins élevés.

45. La reconnaissance de la mauvaise foi du tiers : un élément de preuve de la facticité du droit de propriété du tiers sur le bien. La démonstration de la mauvaise foi du tiers permet d'établir la nature fictive du droit de propriété détenu par le tiers. Ainsi, la preuve de la mauvaise foi du tiers est également un élément de preuve du lien entre l'auteur des faits et le bien visé. La confiscation intervient ici lorsque la preuve est faite d'un lien, même implicite, entre l'infraction condamnée et le bien.

*« L'action du droit pénal sur le droit de propriété est marquée par l'affaiblissement du caractère absolu du droit de propriété et par l'affaiblissement du caractère perpétuel. Partant, le caractère absolu et le caractère perpétuel ne participent plus de l'essence du droit de propriété. L'on peut, de ce fait, être propriétaire sans avoir un droit absolu sur la chose et sans avoir, de surcroît, un droit perpétuel sur celle-ci »²³⁸, faisant conclure à l'auteur que « l'abusus est le seul des trois attributs du droit de propriété, qui soit porteur du germe de la propriété »²³⁹. Ce point est particulièrement intéressant puisqu'il permet de comprendre qu'il est possible de recourir à la confiscation de biens dont l'auteur des faits en a la libre disposition et non la propriété. Le concept de libre disposition doit être ici rapproché de celui de possession. La possession suppose la réunion de deux éléments : le *corpus* – qui consiste en l'accomplissement d'actes matériels – et l'*animus* – qui l'intention de se comporter comme le véritable propriétaire. Sur cet élément il existe également une opposition doctrinale entre une approche subjective – où pour que la possession soit caractérisée le *corpus* et l'*animus* doivent être démontrés – et une approche objective – où l'*animus* est dilué dans la maîtrise matérielle, qui tend à être dépassée car « la protection possessoire profite à ceux qui ont tout simplement la maîtrise de la chose, peu importe leur intention »²⁴⁰. Cependant, le droit pénal ne parle pas de possession, mais de libre disposition. La propriété ne repose pas sur un titre, mais sur une propriété de fait. Pour comprendre ce concept, il convient de revenir aux trois attributs de la*

²³⁸ D. Auger, « Droit de propriété et droit pénal », PUAM, coll. Institut de Sciences Pénales et de Criminologie, ISPEC, 2005.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ J. Djoudi, « Possession », Rép. Civil Dalloz, n° 20.

propriété. L'*usus* est le droit d'user de la chose, le *fructus* est le droit d'en retirer les fruits et l'*abusus* est le droit de disposer de la chose. En droit civil, comme il a été exposé précédemment, l'*abusus* est le critère déterminant du droit de propriété, expliquant que « *le véritable propriétaire du bien est celui qui a le droit d'en disposer* »²⁴¹ ou plus exactement celui qui dispose de la capacité juridique « *d'engager ses biens dans toutes opérations juridiques qu'ils sont par nature aptes à supporter : actes de conservation, actes d'administration et actes de dispositions* »²⁴². En droit pénal il semble que l'*abusus* ne soit pas le critère déterminant en démontre la législation anti-blanchiment où il est recherché non pas le détenteur de la capacité juridique d'engager les biens dans toutes les opérations juridiques mais le réel bénéficiaire des opérations. La libre disposition des biens en droit pénal serait conditionnée non pas par un critère juridique, mais par un critère économique. Le droit pénal ne s'en tient pas à l'apparence juridique mais cherche à appréhender le propriétaire économique réel ou le bénéficiaire effectif, qui serait considéré ici comme le propriétaire de fait. La libre disposition permettrait ainsi de comprendre sur quel fondement pourrait être mis en œuvre le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers. En effet, la directive 2014/42/UE ne précise pas les concepts de patrimoine, de droits de propriété ou encore de libre disposition. Toutefois, à la lumière du concept de libre disposition en droit pénal, la confiscation des avoirs des tiers prend tout son sens, puisqu'il appartiendra à la juridiction de jugement de dépasser l'écran juridique matérialisé, soit par une personne physique, soit par une personne morale pour appréhender la réalité économique de l'opération de transfert des biens vers un tiers. Ce mécanisme tend à inscrire dans le droit pénal la notion de bénéficiaire effectif afin de permettre la confiscation des biens, alors même qu'il existe un obstacle juridique : le droit de propriété du tiers. Il sera ainsi recherché le caractère fictif du transfert de propriété vers le tiers.

Il doit être précisé ici que seuls trois États membres – la France, la Lettonie et le Luxembourg – recourent à la notion de libre disposition. Selon la Communication de la Commission européenne, « *la Belgique, la Hongrie, l'Autriche et la Slovaquie s'appuient sur des règles générales de confiscation qui ciblent l'origine illicite du bien et permettent sa confiscation, qu'il appartienne au suspect ou à la personne poursuivie ou à un tiers. Les autres États membres ont mis en place des dispositions spécifiques à la confiscation des avoirs de tiers* ». Ces dispositions spécifiques touchent particulièrement l'élément intentionnel. Une majorité d'États membres ont repris la formule de la directive, soit que le tiers « *savait ou aurait dû savoir [...] que la finalité du transfert ou de l'acquisition était d'éviter la confiscation* ».

²⁴¹ A. Sériaux, « *Propriété* », Rép. Civil Dalloz, n° 42.

²⁴² L. Besombes, « *Le patrimoine d'origine criminelle* », *op. cit.*, p. 45

L'Italie permet la confiscation de biens ou d'avantages détenus par la personne condamnée « par l'intermédiaire d'une personne physique ou morale ». La Croatie vise la confiscation des « biens illicites transférés à une personne ou n'ayant pas été acquis de bonne foi ». Certains États établissent un lien explicite entre le bien et l'auteur des faits. Ce lien est notamment privilégié par les concepts de « libre disposition » ou encore « de biens ou d'avantages détenus par la personne condamnée « par l'intermédiaire d'une personne physique ou morale » ». Il est également mis en lumière par la directive elle-même qui rappelle que ce mécanisme est mis en place pour éviter que les produits du crime ne soient transférés ou acquis par des tiers en vue d'éviter leur confiscation. Mais ces concepts prennent-ils en compte la situation inverse où le lien à privilégier n'est pas celui entre l'auteur des faits et le bien, mais entre le tiers et le bien ou entre le commanditaire de l'infraction et le bien ? Dans le cas de cette relation, le recours au critère de la libre disposition ne constitue-t-il pas un obstacle, puisqu'il impose de démontrer le caractère fictif du droit de propriété afin de prouver la mauvaise foi du tiers ? Rappelons que la directive elle-même préconise le recours à ce mécanisme « y compris lorsque l'infraction pénale a été commise pour leur compte ou à leur profit », « leur » faisant ici référence aux tiers-commanditaires de l'infraction.

B. La compatibilité de la confiscation des avoirs des tiers avec les droits fondamentaux des tiers de bonne foi

46. La reconnaissance de garanties procédures aux tiers dans une procédure criminelle exigée par la jurisprudence de la CEDH. Pour aborder la question de la compatibilité de la confiscation des avoirs des tiers avec les droits fondamentaux des tiers, il est important de rappeler une des positions de la CEDH en la matière : « les personnes dont les biens sont menacés de confiscation doivent se voir conférer le statut de partie au procès dans le cadre duquel la confiscation peut être ordonnée »²⁴³, afin de pouvoir jouir de droits procéduraux lui permettant de combattre la thèse selon laquelle ses biens sont d'origine illicite. Cette position de la CEDH a été rendue dans l'arrêt *Silickienė c. Lituanie*²⁴⁴. En l'espèce, la requérante conteste une décision de confiscation portant sur son appartement et des parts sociales détenues par elle dans une entreprise de télécommunication. Ces biens auraient été acquis grâce aux activités délictueuses de son défunt mari, qui n'a pu être poursuivi et condamné en raison de son décès. Dans sa requête, elle prétend qu'elle n'a pas pu faire valoir

²⁴³ CEDH, *Silickienė c. Lituanie*, 10 avril 2012, requête n° 20496/02.

²⁴⁴ *Ibid.*

ses droits dans la procédure pénale dirigée contre son défunt mari et ayant abouti à la saisie de ses biens. Dans ce cas, la Cour recherche si « *la procédure suivie par les juridictions internes a offert à l'intéressée une possibilité suffisante de défendre ses intérêts devant elles* »²⁴⁵. La CEDH rappelle que l'octroi d'un statut à une procédure criminelle confère à la personne un certain nombre de garanties fondamentales lui permettant de se défendre. L'absence de statut à la procédure criminelle, ce qui est le propre du tiers, qui peut être *a minima* un témoin, est *a contrario* synonyme d'absence de droits ou de droits limités et ce, en comparaison avec les droits accordés à la personne mis en examen, tels que le droit d'accès à la défense, le droit à accéder au dossier, de faire appel, le droit à ce que sa cause soit entendue ou encore le droit à rapporter la preuve de l'origine illicite des biens.

Mais, le juge de Strasbourg, dans l'arrêt *Silickienė c. Lituanie*, tempore cette condition à la simple possibilité raisonnable et suffisante de donner au tiers de faire valoir ses intérêts. Pour ce faire, le juge examine quelles sont les possibilités offertes dans le droit interne au tiers de faire valoir son droit au respect de ses biens ou les garanties procédurales qui lui sont proposées. Dans le cas d'espèce présent, la Cour a conclu à la conformité de la procédure lituanienne avec l'article six, paragraphe un, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme car, la procédure n'était pas dépourvue de garantie. La requérante « *aurait pu engager une procédure de contrôle juridictionnel de la première saisie opérée en 2000, ce qu'elle n'a pas fait. En deuxième lieu, elle aurait pu expliquer la provenance des biens saisis si elle avait décidé de témoigner dans le cadre de la procédure pénale, mais elle n'a pas non plus usé de cette possibilité. En troisième et dernier lieu, après le décès de M.S., les juridictions ont désigné un avocat pour le représenter et, postérieurement au prononcé du jugement de première instance, les membres de la famille du défunt en ont engagé un autre pour défendre leurs intérêts, notamment les intérêts patrimoniaux de la requérante* »²⁴⁶. En revanche, dans un arrêt datant de 2019, la Cour, tout en rappelant la nécessité de conférer aux tiers un statut à la procédure pénale, a conclu à la violation de l'article un, Protocol un, de la CEDH car, la mesure litigieuse n'a pas été entourée des garanties procédurales suffisantes. L'affaire litigieuse concerne une saisie provisoire, puis une ordonnance d'aliénation définitive aux fins d'indemnisation de la victime d'une maison appartenant à la requérante, acquise par héritage en 2003, par une juridiction pénale ayant condamné son mari pour escroquerie. La juridiction pénale a estimé que les améliorations apportées au bien l'ont été grâce aux activités illicites du mari. Pour ce faire, le Tribunal a constaté que des travaux et aménagements avaient eu lieu

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Ibid.*

au cours de la période pendant laquelle le mari a effectué ses activités illicites. Parallèlement à la procédure pénale, la requérante avait une juridiction civile pour demander la mainlevée de la saisie. Elle a à cet égard soutenu que la maison était son bien propre. Cette demande a été accordée, et la juridiction civile a rappelé qu'il s'agissait d'un bien propre et qu'il était par conséquent insaisissable. Mais en appel, la Cour régional de Moscou a annulé le jugement, considérant que les demandes de mainlevée d'une saisie ordonnée dans une procédure pénale ne pouvaient pas être examinées par les juridictions civiles. Quoi qu'il en soit, la requérante a fait valoir que ni les juridictions pénales, ni les juridictions civiles n'avaient déterminé le montant des investissements réalisées pendant l'activité illicite. La Cour n'a pu que constater, dans ce cas d'espèce, que la requérante n'a bénéficié au cours de la procédure pénale que d'un statut de témoin ne lui permettant pas de combattre la thèse selon laquelle les aménagements de sa maison avaient été effectués avec des fonds illicites, mais également de constater qu'aucune juridiction n'a examiné la question de la provenance des investissements, ni offert à la requérante une possibilité adéquate d'exposer sa cause et de défendre ses droits à l'égard d'une partie de ce bien²⁴⁷. Ainsi, la CEDH souligne la compatibilité de la mesure de confiscation des avoirs des tiers non-parties ou simples témoins à une procédure criminelle si, et seulement si, ils bénéficient de garanties procédurales leur permettant de faire entendre leur cause. C'est la raison pour laquelle la directive 2014/42/UE à l'article huit, qui liste les garanties attachées aux procédures de confiscation et de recouvrement des produits du crime, recourt à l'expression « *personne concernée par une mesure de gel et/ou de confiscation* », qui ne renvoie à aucun statut juridique particulier, soit les statuts de mis en examen, de témoin assisté ou encore celui de victime. Reconnaître à un individu un de ces statuts ouvre droit à lui octroyer un ensemble de garanties procédurales, dont le statut de tiers n'est pas pourvu. Le développement de la confiscation et du recouvrement des produits du crime a ainsi donné une existence juridique aux tiers en leur octroyant, dans le cas particulier de la confiscation et du recouvrement des produits du crime, un ensemble de garanties. Ces garanties ne leur permettent pas d'accéder à tout ou partie du dossier pénal de l'affaire en cours, mais seulement aux éléments les concernant, c'est-à-dire ceux touchant la mesure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Les tiers ne peuvent donc être, à proprement parler, reconnus comme de nouvelles parties à la procédure criminelle en raison d'un accès limité au dossier. En revanche, la reconnaissance de garanties aux tiers va dans le sens de l'hypothèse exposée précédemment, à savoir celle de la disjonction progressive des procédures criminelles

²⁴⁷ *Ibid.*

et de confiscation. La directive 2014/42/UE édicte ainsi un ensemble de garanties propres à la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime applicables à toutes les personnes concernées par la mesure de gel et/ou de confiscation.

Quoi qu'il en soit, l'une des principales garanties demeure la possibilité pour les tiers de rapporter les éléments de leur bonne foi, seule condition posée par l'article six de la directive 2014/42/UE à l'insaisissabilité des biens appartenant aux tiers.

CONCLUSION - CHAPITRE 1

47. Le délitement progressif du lien entre l'infraction et la sanction de confiscation. Le caractère préventif de la mesure de confiscation conduit progressivement à une scission entre la procédure pénale « classique » et la procédure de confiscation. L'exemple le plus parlant est celui de la confiscation non-fondée sur une condamnation pénale ou confiscation civile ou confiscation *in rem*. Cette confiscation est construite sur une « fiction légale »²⁴⁸, plus exactement sur une action dite *in rem*²⁴⁹. Précisément, cela signifie que l'action est dirigée contre le bien, et non contre l'auteur des faits. Elle s'appuie sur l'idée suivante : la responsabilité juridique est reportée sur le bien, ne nécessitant ainsi aucune condamnation pénale pour être mise en œuvre. Cet exemple demeure le plus extrême et pose un certain nombre d'interrogations quant à la nature réelle de la confiscation : s'agit-il d'une peine déguisée, puisqu'elle tend à s'appliquer à une catégorie de biens identique à ceux visés par les mécanismes pénaux de confiscation ?²⁵⁰ Peut être également citée la confiscation post-condamnation, qui est une procédure détachée de la procédure pénale statuant sur la culpabilité de la personne, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) l'assimilant à une procédure d'infliction de la peine. La procédure de confiscation ne peut être ouverte que si, et seulement si, une condamnation a été prononcée, mais son déroulé, sa procédure et ses modalités sont quant à elles indépendantes de la procédure préalable de condamnation.

Mais force est de constater que les mécanismes étudiés ci-dessus, malgré le maintien d'un lien entre la condamnation pénale et la confiscation des produits du crime, s'inscrivent dans cette tendance. Le pas est réellement franchi avec le mécanisme de confiscation sans condamnation pénale prévu par la directive 2014/42/UE, dans des conditions strictement limitées, et le règlement (UE) 2018/1805, qui prévoient la possibilité de reconnaître et d'exécuter une décision de confiscation sans condamnation pénale. Le règlement va au-delà des prescriptions posées par la directive 2014/42/UE. L'opportunité manquée du législateur européen d'adopter un véritable mécanisme de confiscation sans condamnation pénale a montré les réticences des États membres à développer ce type d'instrument. Cependant, un mouvement législatif en faveur d'un relâchement progressif du lien entre l'origine des biens confisqués et

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ V. M. Panzavolta, « *Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction?* » in « *Chasing Criminal Money* », *op. cit.*

les faits poursuivis ou en faveur d'un mécanisme de confiscation sans condamnation pénale s'est amorcé.

CHAPITRE 2. L'ADOPTION DE LA CONFISCATION NON FONDÉE SUR UNE CONDAMNATION PÉNALE

48. La généralisation des mécanismes de confiscation non fondée sur une condamnation pénale dans les législations nationales des États membres de l'UE. Depuis l'adoption de la directive 2014/42/UE, avec l'article quatre, paragraphe deux, qui met en place, sous certaines conditions, un mécanisme de confiscation non fondée sur une condamnation pénale, la grande majorité des États membres ont mis en place des procédures de confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Par ce texte, le droit européen a été le vecteur d'un changement important, à savoir l'incursion d'un mécanisme de confiscation ne nécessitant pas qu'une condamnation pénale ait été prononcée au préalable, alors même qu'une majorité d'États membres basait leur système de confiscation et de recouvrement des produits du crime sur la condition indiscutable d'obtenir une condamnation pénale au préalable. Cette mutation s'est prolongée avec l'adoption du règlement (UE) 2018/1805. Ce texte élargit les possibilités de reconnaître et d'exécuter sur le territoire de l'UE toutes les décisions de confiscation en lien avec une infraction pénale, incluant les mécanismes de confiscation prévus par la directive 2014/42/UE, mais également d'autres types de décisions rendues sans condamnation définitive. La directive 2014/42/UE restreint le mécanisme de confiscation non fondée sur une condamnation pénale aux cas de maladie ou de fuite. Le règlement (UE) 2018/1805, quant à lui, couvre également les cas de décès, d'immunité, de prescription, d'impossibilité d'identifier l'auteur d'une infraction, ou d'autres cas dans lesquels une juridiction pénale peut confisquer un avoir en l'absence d'une condamnation pénale lorsque l'avoir a été identifié comme le produit du crime. En d'autres termes, il élargit et impose aux États membres la reconnaissance et l'exécution d'une telle décision dans tous les cas où il est impossible d'obtenir une condamnation, même lorsque le droit national d'un État d'exécution ne reconnaît pas un tel mécanisme.

Toutefois, cette avancée n'a qu'une portée limitée. Dans le cadre du système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime, qui rappelons-le est composé de la directive 2014/42/UE et du règlement (UE) 2018/1805, la procédure de reconnaissance et d'exécution ne vaut que pour les procédures de confiscation rendues dans le cadre d'une procédure en lien avec une infraction pénale. La notion de « *procédure en lien avec une infraction pénale* », reprise par la directive 2014/42/UE et par le règlement (UE) 2018/1805, doit être, dès à présent, distinguer de la notion de « *procédure pénale* », qui, comme le rappelle

l'avocate générale, Madame Eleanor Sharpston, dans ses conclusions relatives à l'affaire « AGRO In 2001 », se définit comme « *celles qui sont engagées lorsque la personne concernée est informée qu'elle est soupçonnée ou accusée d'avoir commis une infraction pénale, et elles se poursuivent jusqu'à ce qu'il soit statué définitivement sur la question de savoir si cette personne a commis l'infraction, y compris, le cas échéant, la détermination de la peine et la résolution de tout appel* »²⁵¹. La notion de « *procédure pénale* » implique deux éléments importants : l'obligation d'aboutir à une condamnation pénale, d'une part, et le recours aux règles de la procédure pénale, d'autre part. Or, la notion de « *procédure en lien avec une infraction pénale* » présente un double intérêt : elle n'exclut pas les mécanismes civils ou administratifs de confiscation, à la condition qu'ils aient un lien avec une infraction pénale, d'une part, et ouvre la voie à la possibilité de mettre en place des mécanismes de confiscation non fondée sur une condamnation pénale, d'autre part. L'objectif de l'UE est ici de mettre en œuvre un système qui soit le plus général et souple possible de confiscation et de recouvrement des produits du crime transposable dans tous les États membres.

Mais cette généralisation a l'inconvénient de réduire la confiscation non fondée sur une condamnation pénale à sa plus stricte forme (section 1), excluant de son champ d'application les mécanismes exclusivement civils et administratifs de confiscation (section 2).

²⁵¹ Conclusions de l'avocate générale Mme Eleanor Sharpston, présentées le 31 octobre 2019, aff. C-234/18-AGRO IN 2001, § 65.

SECTION 1.

LES DÉCISIONS DE CONFISCATION NON FONDÉE SUR UNE CONDAMNATION PÉNALE RENDUES DANS LE CADRE DE PROCÉDURES EN MATIÈRE PÉNALE

49. L’opportunité manquée du législateur européen d’adopter un mécanisme de confiscation sans condamnation pénale. Cette avancée législative européenne importante s’inscrit dans un mouvement législatif en faveur d’un relâchement progressif du lien entre les biens-produits du crime et les faits poursuivis. Mais, il va également à l’encontre d’un certain nombre de traditions et systèmes juridiques européens, qui classifient la confiscation dans la catégorie des sanctions pénales, classification qui impose qu’une condamnation pénale soit prononcée. Or, la confiscation non fondée sur une condamnation pénale se heurte à ces traditions et systèmes juridiques européens, expliquant ainsi que le mécanisme européen ait été réduit à sa plus stricte forme dans la directive 2014/42/UE.

Sous l’impulsion de la communication de 2008 intitulée « *Garantir que le crime ne paie pas* »²⁵² ou encore d’instruments internationaux²⁵³, la proposition de directive a tenté de généraliser le mécanisme de confiscation non fondée sur une condamnation pénale dans l’Union « *en libérant la définition de confiscation de la condition d’existence d’une condamnation* »²⁵⁴, instaurant une véritable scission entre la procédure de condamnation et la procédure de confiscation. Néanmoins, il semble que le législateur européen ait manqué cette opportunité de créer un véritable mécanisme européen de confiscation non fondée sur une condamnation pénale, puisque l’article quatre met en place un mécanisme hybride de confiscation plutôt qu’une réelle procédure de confiscation non fondée sur une condamnation pénale.

²⁵² Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil - *Produits du crime organisé : garantir que le crime ne paie pas*, *op. cit.*

²⁵³ Plusieurs instruments et actes internationaux ont appelé les États Parties à intégrer dans leurs législations la CSC. Peuvent être cités : la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003, art. 54.1, c) ; la recommandation 4 des Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, les Recommandations du GAFI, février 2012 ; le G8 *Best Practice Principles on Tracing, Freezing and Confiscation of Assets* : « *Where they have not already done so, States are encouraged to examine the possibility to extend, to the extent consistent with the fundamental principles of their domestic law, confiscation by: permitting the forfeiture of property in the absence of a criminal conviction* » (point 26). Doivent être également citées les conventions internationales qui ne prévoient certes pas explicitement la CSC, mais encouragent les États Parties à coopérer, telles que la Convention du Conseil de l’Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, Varsovie, 16 mai 2005, art. 23.5.

²⁵⁴ J. Lelieur, *op. cit.*

50. Un mécanisme hybride pris entre les principes de la confiscation standard et ceux la confiscation non fondée sur une condamnation pénale. La confiscation non fondée sur une condamnation pénale est présentée comme un « *instrument particulièrement important* »²⁵⁵ dans le processus de recouvrement des avoirs illicites. Il permet aux autorités de poursuite de geler et de confisquer des fonds, alors même qu’aucune condamnation pénale n’est intervenue. Elle permet de pallier les difficultés liées à l’établissement de preuves quant à la culpabilité ou non de la personne suspectée ou poursuivie²⁵⁶ ou en l’absence de suspects²⁵⁷. En d’autres termes, cette procédure de confiscation est exclusivement centrée sur le bien et est, en ce sens, déconnectée de la condamnation. La NCBC est souvent associée à une procédure civile de confiscation. Pour reprendre les termes de A. M. Maugeri, « *la confiscation civile repose sur l’idée que le bien lui-même, et non le propriétaire, a enfreint la loi, le bien est coupable jusqu’à ce que le propriétaire prouve qu’il est innocent* »²⁵⁸. Cet élément facilite le processus de confiscation car, la démonstration de la culpabilité de l’auteur des faits et/ou propriétaire des biens d’origine illicite n’est plus à démontrer. Les autorités n’ont, pour seule mission, que la démonstration de l’origine illicite des avoirs permettant de concentrer les moyens d’investigation²⁵⁹. En outre, les standards de preuve requis sont ceux de la matière civile, soit le critère de la balance des probabilités. La procédure pénale requiert, quant à elle, que les preuves emportent la pleine conviction des juges ou une conviction au-delà de tout doute raisonnable. La majeure partie des États membres ont mis en œuvre des mécanismes pénaux de confiscation. Cependant, certaines législations européennes prévoient des mécanismes de confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Peuvent être citées en exemple la confiscation *in rem* et la confiscation préventive. Généralement, ces procédures « *se déroule[nt]*

²⁵⁵ F. Alagna, « *Non-Conviction Based Confiscation: Why the EU Directive is a Missed Opportunity* », European Journal on Criminal Policy and Research, vol. 21, Issue 4, décembre 2015, p. 450. V. également les articles de A. M. Maugeri, *op. cit.* ; de M. Simonato, « *Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A step Forward on Asset Recovery* », *op. cit.*

²⁵⁶ V. les articles de A. M. Maugeri, *ibid.* ; M. Simonato, « *Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A step Forward on Asset Recovery* », *ibid.*

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ « *Civil forfeiture rests on the idea (a legal fiction) that the property itself, not the owner, has violated the law, property is guilty until the owner proves it is innocent* », *ibid.* La confiscation sans condamnation pénale est principalement définie sous l’angle du droit civil (V. également l’article de M. Simonato, « *Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A step Forward on Asset Recovery* », *op. cit.* ou de F. Alagna, « *Non-Conviction Based Confiscation: Why the EU Directive is a Missed Opportunity* », *op. cit.*).

²⁵⁹ Pour B. Vettori, « *the main reason for the limited use of these means to locate the proceeds from crime is that the system is focused on offenders rather than on their wealth* » (B. Vettori, « *Tough on Criminal Wealth. Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU* », Springer, Netherland, 2006, p. 111). Cette concentration des moyens quant à l’établissement de preuves concernant la culpabilité de la personne suspectée ou poursuivie est susceptible de nuire à l’enquête patrimoniale, puisque les moyens d’investigation sont centrés sur la recherche de la culpabilité. Par conséquent, la CSC en évacuant la question de la culpabilité permettrait de concentrer les moyens d’investigation sur le patrimoine de la personne concernée et, ainsi, renforcer l’efficacité de la mesure de confiscation.

à travers des mécanismes probatoires plus appliqués au droit civil qu'au droit pénal, plus ou moins liés à la constatation de la responsabilité pénale »²⁶⁰. Ainsi, l'Italie, l'Irlande, le Royaume-Uni ou encore la Bulgarie, la Roumanie et la Slovénie recourent à la confiscation non fondée sur une condamnation pénale²⁶¹, mais sous des formes variées qui peuvent être pénales. En Italie, par exemple, la confiscation préventive permet de saisir les patrimoines acquis illicitement grâce à « une procédure simplifiée indépendante de la condamnation »²⁶². Cette procédure a une nature hybride : pénale et administrative (§2). Cependant, le texte adopté en 2012 constitue le premier texte contraignant adopté à l'échelle internationale (§1).

§1. Le caractère obligatoire de la confiscation non fondée sur une condamnation pénale adoptée en droit européen

51. La directive 2014/42/UE est le premier texte à obliger les États membres à mettre en place dans leur système juridique un mécanisme de confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Tous les textes, études menées à l'échelle internationale ou européenne reconnaissant l'impact important que pourrait avoir l'adoption d'un mécanisme de confiscation sans condamnation pénale et son recours dans le cadre des relations d'entraide répressive et de coopération judiciaire (A).

Cependant, au regard notamment de la disparité des systèmes nationaux sur ce thème, des exigences constitutionnelles des États membres, les conventions internationales ne prévoient pas cet instrument dans le cadre de leur champ d'application ou ce dernier est envisagé de manière optionnelle et sa mise en œuvre est régie par la volonté des États parties. En revanche, la directive 2014/42/UE lui donne un caractère obligatoire. Il s'agit du premier texte adopté à l'échelle supranationale qui impose aux États membres de mettre en place un mécanisme de confiscation sans condamnation pénale (B).

²⁶⁰ F. Menditto, « La «confiscation anti-mafia» et le sort des biens confisqués en Italie », Texte traduit de l'italien par Madame Averso Giuliane. URL : http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Commento_Menditto_copy_1.pdf

²⁶¹ F. Alagna, *op. cit.*, p. 453.

²⁶² V. sur le système italien de CSC les articles de F. Menditto, *op. cit.*; D. Piva, « Anti-Mafia Forfeiture in the Italian System » in C. King and C. Walker (Edited by), « Dirty Assets. Emerging Issues in the regulation of Criminal and Terrorist Assets », *op. cit.*, p. 71-89 ; A. M. Maugeri, *op. cit.*, p. 275.

A. L'incitation des textes internationaux à mettre en place un mécanisme de confiscation sans condamnation pénale

52. Une avancée inspirée par le droit international public. Les premières traces textuelles relatives aux mécanismes de confiscation non fondée sur une condamnation pénale se retrouvent dans la Convention des Nations Unies contre la corruption. L'article cinquante-quatre, c) prévoit que les États Parties envisagent « *de prendre les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tels biens en l'absence de condamnation pénale lorsque l'auteur de l'infraction ne peut être poursuivi pour cause de décès, de fuite ou d'absence ou dans d'autres cas appropriés* ». Parallèlement à ce texte, Le GAFI a également promu la confiscation non fondée sur une condamnation pénale à l'échelle internationale. Ce mécanisme a été inséré dans les quarante recommandations du GAFI en 2012. La recommandation quatre précise que « *les pays devraient envisager d'adopter des mesures permettant la confiscation de tels produits ou instruments sans condamnation pénale préalable (confiscation sans condamnation préalable) ou des mesures obligeant l'auteur présumé de l'infraction à apporter la preuve de l'origine licite des biens présumés passibles de confiscation, dans la mesure où une telle obligation est conforme aux principes de leur droit interne* ». Cette recommandation doit être couplée à la recommandation 38, qui précise, quant à elle, que le cadre légal d'un pays, dans le cadre d'une demande d'entraide à des fins de gel ou de confiscation, « *devrait comprendre celui de répondre aux demandes fondées sur des procédures de confiscation sans condamnation préalable et des mesures provisoires associées, à moins que cela ne contrevienne aux principes fondamentaux de leur droit interne* ». Mais ces recommandations, ainsi que l'article cinquante-quatre, c), de la Convention des Nations Unies contre la corruption, ne sont que des dispositions de *soft law*. Autrement dit, elles n'obligent pas les États parties. L'absence d'effets contraignants des rares dispositions relatives à ce thème illustre la difficulté à adopter à une échelle supranationale un cadre commun de confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Il est important de noter que la Convention du Conseil de l'Europe de 1990, ainsi que sa version modifiée de 2005, ne contiennent aucune disposition relative à cette forme de confiscation, et autorisent comme motif de refus à l'exécution d'une décision de confiscation l'absence de condamnation pénale. Toutefois, une résolution 2218(2018) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe souligne que « *sous réserve de l'existence de garanties suffisantes, en particulier du contrôle juridictionnel complet de toute mesure confiscatoire par des juridictions indépendantes et impartiales, l'Assemblée souscrit pleinement aux mesures de confiscation sans condamnation préalable ou à des mesures similaires, qui représentent pour*

les États le moyen le plus réaliste de s'attaquer à la gigantesque puissance financière de la criminalité organisée, dont la croissance est inexorable, en vue de défendre la démocratie et l'État de droit ». À cet égard, elle invite les États « à prévoir dans leur droit interne la confiscation sans condamnation préalable, [...], tout en établissant des garanties adéquates, et à adopter les bonnes pratiques dont la mise à l'essai a été satisfaisante ». Mais, une fois de plus, il ne s'agit là d'un texte de *soft law* sans portée contraignante.

B. L'adoption d'un premier texte supranational contraignant portant sur la confiscation non fondée sur une condamnation pénale

53. La directive 2014/42/UE : le premier texte supranational contraignant ayant adopté la confiscation non fondée sur une condamnation pénale non limité à une catégorie d'infractions spécifiques. Avant la directive 2014/42/UE, il n'y avait aucune référence dans les textes européens au mécanisme de confiscation non fondée sur une condamnation pénale et ce, contrairement à la confiscation élargie ou la confiscation des avoirs des tiers qui étaient en germe dans la décision-cadre 2005/212/JAI. À la suite de l'adoption du Traité de Lisbonne, un certain nombre de textes de *soft law* européens ont rappelé l'importance de renforcer la coopération entre les États membres dans le domaine de la confiscation et du recouvrement des produits du crime²⁶³, ainsi que la nécessité d'introduire dans le cadre légal européen la confiscation non fondée sur une condamnation pénale. L'un des premiers textes à y faire explicitement référence est la communication de la Commission européenne « *garantir que le crime ne paie pas* ». Ce texte précise qu'« *un nouvel instrument juridique pourrait toutefois prévoir des cas dans lesquels la confiscation intervient sans condamnation pénale préalable* », transposant ainsi la recommandation du GAFI en droit européen. Les cas envisagés sont les suivants : le décès, la fuite ou tout autre motif justifiant l'impossibilité de poursuivre ; le cas particulier de la saisie effectuée par les autorités douanières en violation du règlement communautaire relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la communauté ; la constatation d'une disproportion entre les revenus déclarés et le train de vie de la personne et le fait qu'elle entretienne des relations avec des personnes connues pour leurs agissements criminels²⁶⁴. Parallèlement à la Commission, le Conseil européen a en 2010 invité la

²⁶³ Le [programme de Stockholm](#) – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens [JOUE C 115 du 4.5.2010].

²⁶⁴ Dans ce cas, une procédure pourrait être engagée devant un tribunal civil (qui pourrait ordonner la confiscation des avoirs), sur la base de l'hypothèse, apparaissant comme la plus probable après examen des preuves, selon laquelle les avoirs en question pourraient être le produit d'activités criminelles. La charge de

Commission et les États membres à envisager la façon dont un tel système pourrait être mis en place dans les États ne le reconnaissant pas et d'examiner les voies qui permettraient de reconnaître et d'exécuter les décisions de confiscation non fondée sur une condamnation pénale dans l'UE²⁶⁵. En 2011, le Parlement européen invite la Commission à soumettre un nouveau cadre de confiscation et de recouvrement des produits du crime, incluant la confiscation non fondée sur une condamnation pénale²⁶⁶. Le Parlement européen à travers la Commission LIBE et CRIM de 2012 a également rappelé dans plusieurs rapports l'importance qu'il y aurait à adopter un tel instrument au niveau européen et à l'harmoniser²⁶⁷. C'est ainsi que la Commission européenne, dans la proposition de directive concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne, a consacré un article à part entière à la confiscation non fondée sur une condamnation pénale²⁶⁸. Cet article exposait : « *Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour permettre la confiscation des produits et instruments en l'absence de condamnation pénale, à l'issue d'une procédure qui, si le suspect ou l'accusé avaient été en mesure d'être jugés, aurait pu conduire à une condamnation pénale lorsque: (a) le décès ou la maladie permanente du suspect ou de l'accusé empêchent l'engagement de poursuites; ou (b) la maladie du suspect ou de l'accusé ou le fait de s'être soustrait aux poursuites ou à la peine empêchent l'exercice de poursuites effectives dans un délai raisonnable et entraînent un risque élevé d'extinction de l'action publique pour cause de prescription* »²⁶⁹. Cet article semble clairement s'inspirer de l'article cinquante-quatre de la Convention des Nations Unies contre la corruption²⁷⁰.

À la lecture, la principale remarque qui peut être faite concerne un champ d'application restreint. En effet, elle limite le recours à la confiscation non fondée sur une condamnation pénale à certaines hypothèses « *afin de régler les cas dans lesquels il est impossible d'engager des poursuites pénales* »²⁷¹. Cette restriction se justifiait par le principe de proportionnalité, qui

la preuve est alors inversée, et il incombe à l'auteur présumé des infractions d'établir la preuve de l'origine licite de ses avoirs.

²⁶⁵ V. les conclusions du Conseil « Justice et affaires intérieures » sur la confiscation et le recouvrement des avoirs, adoptées en juin 2010.

²⁶⁶ Rapport du Parlement européen sur la criminalité organisée dans l'Union européenne, adopté le 25 octobre 2011, document A7-0333/2011.

²⁶⁷ Parlement européen, Directorate General for Internal Policies - Policy Department C : Citizens' Rights and Constitutional Affairs - « *The Need for New EU Legislation Allowing the Assets Confiscated from Criminal Organisations to be Used for Civil Society and in Particular for Social Purposes* », 15 février 2012 ; Parlement européen, commission spéciale sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux, Rapporteur: Salvatore Iacolino, rapport sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux: recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre (rapport final), 26 septembre 2013.

²⁶⁸ Proposition de directive COM(2012) 85 final, *op. cit.*, art. 5.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ L'auteur recourt à la notion de miroir.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 12.

n'autorisait la confiscation non fondée sur une condamnation pénale qu'aux cas où une condamnation pénale ne pouvait être obtenue en raison du décès, de la maladie permanente ou lorsque la fuite ou la maladie empêchent l'exercice des poursuites²⁷². En d'autres termes, ce mécanisme est prévu pour être mis en œuvre qu'en dernier ressort, enlevant au mécanisme européen son caractère autonome.

§2. *Le caractère subsidiaire de la confiscation non fondée sur une condamnation pénale*

54. La mise en place à l'échelle européenne d'un mécanisme de confiscation non fondée sur une condamnation pénale strictement encadrée. Le droit européen n'a pas adopté en 2012 l'article relatif à la confiscation non fondée sur une condamnation pénale, qui prévoyait un mécanisme alternatif de confiscation (A). Les reprises dans l'article relatif à la confiscation des produits et des instruments du crime limitent les cas de recours à une telle confiscation, et en font un mécanisme subsidiaire de confiscation (B).

A. La reconnaissance d'un mécanisme de confiscation sans condamnation pénale dans la proposition de directive

55. Un mécanisme de confiscation non fondée sur une condamnation pénale soustrait de sa réelle plus-value. Le mécanisme tel que présenté par la Commission en 2012 semblait privé de sa réelle plus-value²⁷³, à savoir permettre la confiscation des avoirs d'origine illicite en dehors de la procédure pénale. Certes, la proposition de directive rappelait qu'elle permettait « *aux États membres de choisir la juridiction- pénale et/ou civile/administrative- tenue d'ordonner la confiscation* »²⁷⁴. Mais, la confiscation devait être afférente à une infraction pénale²⁷⁵. Il y avait l'obligation de caractériser un comportement criminel avant de recourir à la confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Ce système a fait dire à certains auteurs que « *la proposition équivaut à quelque chose de différent de la confiscation basée sur la non-conviction au sens traditionnel* »²⁷⁶, puisqu'une infraction doit être systématiquement

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ F. Alagna, *op. cit.*, p. 456.

²⁷⁴ COM(2012) 85 final, *op. cit.*, p. 12.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ Citation de J. P. Rui, « *Non-conviction based confiscation in European Union - an assessment of Art. 5 of the proposal for a directive of the European parliament and of the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union* », ERA Forum, 13(3), p. 349-360 extraite de l'article de F. Alagna, *op. cit.*, p. 456. "the proposal amounts something different to non-conviction based confiscation in the traditional sense"

caractérisée. Rappelons que « *les régimes de confiscation civile consistent en des procédures civiles autonomes intentées par des particuliers ou des administrations publiques afin d'obtenir le contrôle des biens en raison de leur nature illicite* »²⁷⁷. La confiscation non fondée sur une condamnation pénale européenne semble donc être un mécanisme hybride entre *actio in personam* et *actio in rem*²⁷⁸. Ce qui par ailleurs n'a pas satisfait certains États membres, tels que l'Italie. En effet, le ministre de la Justice italien écrivait, à ce propos : « *Conformément au document présenté par le ministre irlandais de la Justice et de l'Égalité lors du Conseil JAI en juin, l'Italie partage le point de vue selon lequel, tous couvrant l'Union européenne et en dehors, il y a un nombre croissant de recours juridiques bien conçu visant la confiscation des produits du crime qui ne sont toujours liés à une condamnation criminelle. Bon nombre de ces systèmes ont été contestés devant les tribunaux nationaux et devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg et ont été jugés compatibles avec les exigences constitutionnelles nationales et celles de la CEDH, à condition qu'ils soient adoptés par une autorité judiciaire, dans le plein respect des droits de la défense et d'un tiers de bonne foi, et qu'ils peuvent être contestés devant un tribunal. Outre le cas déjà couvert par la proposition actuelle au paragraphe un de l'art. 5, nous considérons approprié que le présent instrument puisse également couvrir les cas où la possession de biens par une personne n'est pas justifiée et qu'il existe le soupçon qu'ils pourraient dériver d'activités illicites prétendument liées à la dite personne* »²⁷⁹.

La commission LIBE du Parlement européen a amendé le texte de la Commission. Il est allé au-delà des dispositions initialement prévues. Elle propose de mettre en place une action *in rem* contre les biens d'origine illicite, allant à l'encontre du modèle général proposé par la Commission européenne qui met en place quant à elle une action *in personam*, exigeant qu'il existe des preuves qui auraient permis d'établir la culpabilité de l'intéressé s'il avait pu être jugé.

²⁷⁷ M. Simonato, « *Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A step Forward on Asset Recovery* », *op. cit.*, p. 218. “*civil forfeiture regimes consist of autonomous civil proceedings taken either by individuals or public administrations in order to gain control over assets due to their illicit nature*”.

²⁷⁸ F. Alagna, *op. cit.*, p. 457 : « *In the sense, the European Commission's proposal could be seen as a semi-non-conviction based confiscation* ».

²⁷⁹ Citation extraite de l'article de F. Alagna, *op. cit.*, p. 457. “*In line with the paper put forward by the Irish Minister for Justice and Equality at the JHA Council in June, Italy share the view that, all cover the European Union and outside, there is a growing number of well-developed legal remedies aimed at the forfeiture of proceeds of crime which are not always related to a criminal conviction. Many of these systems have been challenged in front of national Courts and in front of European Court of Human Rights in Strasbourg and were considered compatible with national constitutional requirements and those of the ECHR, provided that they are adopted by a judicial authority, with full respect of the rights of the defense and a bona fide third parties, and that they can be challenged before a court. Apart from the case already covered by the current proposal under para. 1 of art. 5, we consider it appropriate that the present instrument could also cover cases where the possession of assets by a person is not justified and there is the suspicion that they might derive from illicit activities allegedly related to said person*”

Le texte amendé prévoit : « *Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour permettre aux autorités judiciaires de confisquer, à titre de sanction pénale, les produits et instruments du crime en l'absence de condamnation pénale, lorsque le tribunal est convaincu, sur la base de circonstances spécifiques et de toutes les preuves disponibles que ces biens proviennent d'activités de nature criminelle, tout en respectant pleinement les dispositions de l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la charte européenne des droits fondamentaux. Cette confiscation est considérée de nature pénale en fonction notamment des critères suivants : i) la qualification juridique de l'infraction en droit national, ii) la nature de l'infraction, et iii) le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé, et est également conforme au droit constitutionnel national* »²⁸⁰. Le paragraphe un contient la principale modification effectuée par la Parlement européen. Elle poursuit en rappelant que « *chaque État membre prend les mesures nécessaires pour permettre la confiscation des produits et instruments en l'absence de condamnation pénale, à l'issue d'une procédure qui, si le suspect ou l'accusé avaient été en mesure d'être jugés, aurait pu conduire à une condamnation pénale lorsque : (a) le décès, la maladie ou la maladie permanente du suspect ou de l'accusé, entraînant l'impossibilité pour la personne concernée de comparaître en justice, empêchent l'engagement de poursuites; ou (b) la maladie du suspect ou de l'accusé ou le fait de s'être soustrait aux poursuites ou à la peine empêchent l'exercice de poursuites effectives dans un délai raisonnable et entraînent un risque élevé d'extinction de l'action publique pour cause de prescription* ». Elle reprend ici la lettre du texte adopté par la Commission européenne. Enfin, « *si un État membre dispose déjà de procédures autres que pénales qui couvrent les cas visés aux paragraphes 1 et 2, ils ne sont pas tenus de mettre également en œuvre ces procédures dans leur système pénal* ». Elle laisse ainsi coexister des formes diverses de confiscation non fondée sur une condamnation pénale dans l'espace pénal européen. Ainsi, la commission LIBE ne limite pas sa mise en œuvre aux cas où les procédures *in personam* sont exclues ou aux cas où une procédure pénale a été ouverte contre un auteur identifié. Elle pose cependant deux limites : le respect de l'article six de la CEDH ou le droit à un procès équitable et la nature criminelle de la sanction de confiscation non fondée sur une condamnation pénale²⁸¹ ; elle la qualifie de « *sanction pénale* ». Rappeler que ce mécanisme

²⁸⁰ Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures - Rapporteuse: Monica Luisa Macovei -, rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD)), 20 mai 2013, amendement 33.

²⁸¹ En effet, « *l'article 83, paragraphe 1, du traité FUE n'exclut pas ce type de confiscation [la confiscation civile], dans la mesure où elle peut être qualifiée de « sanction pénale », selon les critères développés dans l'arrêt Engel de la CEDH (être de nature pénale, sévérité de la sanction). La « nature pénale » de cette confiscation est une*

est une sanction pénale permet de renvoyer, d'une certaine manière, à l'ensemble des garanties pénales prévues par la CEDH et la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Cependant, cette qualification a soulevé des critiques, dont le manque la cohérence de la qualification de la mesure avec sa compatibilité avec les garanties procédurales évoquées. Il peut être rappelé en la matière que la CEDH juge de la compatibilité d'une confiscation non fondée sur une condamnation pénale avec la Convention, elle le fait en prenant en compte le caractère civil de la mesure – sur le fondement de l'article six, paragraphe un – et après avoir soin d'exclure le caractère pénal de celle-ci. La compatibilité de la mesure n'est pas envisagée à l'aune de l'article six, paragraphe deux, de la Convention, qui prévoit pour la matière pénale des garanties procédurales plus élevées, dont la présomption d'innocence. Par conséquent, demeure la question de savoir si un tel mécanisme présenté comme une sanction pénale est compatible avec ce principe fondamental qu'est la présomption d'innocence, notamment lorsqu'il peut être mis en œuvre lorsque les preuves quant à la culpabilité sont insuffisantes²⁸². Cet amendement a en outre eu un impact sur la définition même de la confiscation, puisque celle-ci fût également amendée. Le nouveau texte exposant que la confiscation est « *une peine ou une mesure ordonnée par un jugement d'un tribunal national compétent ou faisant suite à une procédure judiciaire portant sur une infraction pénale, aboutissant à la privation permanente du bien sur la base d'un jugement* »²⁸³. La référence à « *une procédure portant sur une infraction pénale* » a disparu au profit d'une définition plus large des procédures susceptibles d'être mises en œuvre en matière de confiscation. Le texte amendé par la commission constitue un pas significatif vers un modèle « *traditionnel* » de confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Le texte de compromis issu des négociations tripartites constitue un véritable retour en arrière. L'article cinq a été supprimé pour être dissout dans l'article quatre relatif à la confiscation. Le terme même de confiscation non fondée sur une condamnation pénale n'apparaît plus dans la directive 2014/42/UE ; signe également d'un retour en arrière.

condition pour procéder à une harmonisation en vertu de l'article 83, paragraphe 1 du traité FUE » (justification juridique fournie dans le rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne du Parlement européen (COM(2012)0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036(COD)), 20 mai 2013, amendement 33).

²⁸² V. les articles et ouvrages suivants : KING Colin, "Using Civil Processes in Pursuit of Criminal Law Objectives: A Case Study of Non-Conviction Based Asset Forfeiture", *International Journal of Evidence and Proof*, 2012, 16(4), p. 337. ; SIMONATO Michele, "Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A step Forward on Asset Recovery", *New Journal of European Criminal law*, vol. 6, Issue 2, 2015, p. 213 ; RUI Jon Petter et SIEBER Ulrich (eds.), "Non-conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction", *Duncker & Humblot GmbH*, 13 janvier 2016, 306 p.

²⁸³ Art. 2, 4), proposition de directive COM(2012) 85 final, *op. cit.*

B. Un mécanisme hybride adopté dans la directive 2014/42/UE

56. L'objectif manqué du législateur européen. La directive 2014/42/UE semble ainsi avoir « *manqué l'opportunité* »²⁸⁴ de mettre en place un véritable mécanisme de confiscation sans condamnation²⁸⁵. Le législateur européen a adopté une version *a minima* de la confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Ce mécanisme ne peut être, en effet, mis en œuvre que pour un nombre de cas réduits et sous des conditions restrictives.

Il s'agit, tout d'abord, d'un mécanisme subsidiaire de confiscation. Il ressort de l'article quatre, paragraphe deux, que « *lorsqu'il n'est pas possible de procéder à la confiscation sur la base du paragraphe 1*²⁸⁶, à tout le moins lorsque cette impossibilité résulte d'une maladie ou de la fuite du suspect ou de la personne poursuivie, les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre la confiscation des instruments ou produits dans le cas où une procédure pénale a été engagée concernant une infraction pénale qui est susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique et où ladite procédure aurait été susceptible de déboucher sur une condamnation pénale si le suspect ou la personne poursuivie avait été en mesure de comparaître en justice »²⁸⁷. Concrètement, ce mécanisme ne peut être mis en œuvre que si, et seulement si, la confiscation dite standard, ainsi que la confiscation prononcée dans le cadre d'une procédure par défaut, sont impossibles à obtenir. Concernant cette dernière, la directive 2014/42/UE précise au considérant quinze que dans les « *cas de maladie et de fuite, l'existence de procédures par défaut dans les États membres serait suffisante pour respecter cette obligation* ». Il est cependant intéressant de noter que l'UE préfère au mécanisme de NCBC la procédure de contumace. Celle-ci n'était pas prévue dans la proposition de directive. Elle semble être un compromis entre les deux mécanismes de

²⁸⁴ F. Alagna, *op. cit.*

²⁸⁵ Il est important de noter ici que le Parlement européen et le Conseil ont demandé à la Commission en 2013 « *to analyse, at the earliest possible opportunity and taking into account the differences between the legal traditions and the systems of Member States, the feasibility and possible benefits of introducing further common rules on the confiscation of property deriving from activities of a criminal nature, also in the absence of a conviction of a specific person or persons for these activities* ». L'analyse de la Commission est restée sans effet, car la poursuite rapide du processus législative ne lui a pas permis de la produire. Le texte final a ainsi été approuvé sans changements majeurs concernant le mécanisme de CSC. En outre, il convient de rappeler le cadre juridique dans lequel s'inscrit la directive 2014/42/UE, à savoir les articles 82.2 et 83 TFUE, qui encadrent la question de la coopération judiciaire en matière pénale. Par conséquent, un mécanisme de confiscation purement civil ne pourrait être adopté sur cette base juridique.

²⁸⁶ Le paragraphe 1, article 4, de la directive 2014/42/UE expose que « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des instruments et des produits ou des biens dont la valeur correspond à celle de ces instruments ou produits, sous réserve d'une condamnation définitive pour une infraction pénale, qui peut aussi avoir été prononcée dans le cadre d'une procédure par défaut* ». C'est le mécanisme classique de confiscation.

²⁸⁷ Art. 4.2, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

confiscation qui s'opposent : la confiscation avec condamnation et la confiscation sans condamnation pénale. Ainsi, il n'est pas fait obligation aux États membres de mettre en place la confiscation non fondée sur une condamnation pénale si le droit national prévoit la possibilité de procéder à la confiscation des instruments et des produits de l'infraction dans le cadre d'une procédure par défaut. Il convient de souligner, à cet égard, que la procédure par contumace impose une condamnation pénale. Là où la confiscation non fondée sur une condamnation pénale ne la requiert pas. Cette marge d'appréciation offerte aux États membres résulte sûrement de l'impossibilité pour certains droits nationaux, et plus exactement de certains droits constitutionnels nationaux²⁸⁸, de mettre en place un tel mécanisme qui permet de confisquer – soit de sanctionner au pénal ou dans le cadre de procédures autres que pénales – les instruments et les produits de l'infraction sans qu'une condamnation pénale ait été prononcée au préalable. Cette marge d'appréciation rappelle en outre la volonté du législateur européen, face à un mécanisme discuté par les États membres, ainsi que par la doctrine, d'adopter un modèle général, subsidiaire et optionnel de confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Mais, cette absence de positionnement claire risque de conduire dans le cadre de la mise en œuvre des instruments de coopération judiciaire à des obstacles équivalents à ceux connus lors de l'adoption de la confiscation élargie dans le cadre de la décision-cadre 2005/212/JAI. La confiscation non fondée sur une condamnation pénale est, en droit européen, un instrument subsidiaire et non alternatif. Il n'est en effet possible de recourir à ce mécanisme qu'en raison de l'impossibilité de recourir à la confiscation « classique » des instruments et des produits du crime, de recourir à la confiscation en valeur et de recourir à la confiscation des instruments et des produits du crime rendue dans le cadre d'une procédure par défaut. Les autorités compétentes doivent étudier au préalable ces trois voies, si elles existent au sein de la législation. Ce n'est que dans cette perspective que le mécanisme de NCBC pourra être envisagé.

Ensuite, s'ajoutent des conditions restrictives cumulatives quant à son application. Dans un premier temps, ce mécanisme n'est applicable que lorsqu'une procédure criminelle a été ouverte pour l'une des infractions mentionnées à l'article trois de la directive 2014/42/UE, contre un individu identifié. Il s'agit donc d'une procédure *in personam*, puisqu'elle exige qu'une procédure criminelle ait été ouverte à l'encontre d'une personne identifiée. Dans le cadre d'une procédure *in rem*, la procédure de confiscation est ouverte indépendamment de la procédure criminelle visant à identifier l'auteur ou les auteurs d'une infraction. Dans un second

²⁸⁸ La sanction de confiscation est une peine pénale nécessitant un jugement portant sur la responsabilité de l'auteur des faits pour être prononcée.

temps, il ne peut être envisagé que dans deux cas : la maladie, c'est-à-dire l'incapacité du suspect ou de la personne poursuivie d'être présent(e) pendant une période prolongée lors de la procédure pénale, en conséquence de quoi la procédure ne peut se poursuivre dans des conditions normales²⁸⁹, ou la fuite de la personne poursuivie²⁹⁰. Il est intéressant de relever que le cas de la fuite fait peser sur l'État une obligation positive : « *lorsque le suspect ou la personne poursuivie est en fuite, les États membres devraient prendre toutes les mesures raisonnables et ils peuvent exiger que la personne concernée soit citée à comparaître ou informée de la procédure de confiscation* ». Les autorités compétentes semblent avoir l'obligation de recourir à « *toutes les mesures raisonnables* » afin de faire comparaître la personne ou, au moins, l'informer de la procédure de confiscation, avant de décider de recourir au mécanisme de confiscation non fondée sur une condamnation pénale. La fuite soulève, à cet égard, une question intéressante, celle de l'utilité du mandat d'arrêt européen (MAE) aux fins de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Il est intéressant de noter que le mandat d'arrêt européen pourrait trouver ici une fonction très spécifique, en ce qu'il permet l'arrestation et la remise par un autre État membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté. Son utilité demeurerait pour le cas qui nous concerne limitée. En effet, ce n'est pas un instrument à des fins de confiscation et de recouvrement des produits du crime, mais il permettrait de rechercher une personne poursuivie dans un État membre pour une infraction, qui serait commune aux deux bases juridiques, soit la décision-cadre 2002/584/JAI et la directive 2014/42/UE. En d'autres termes, le MAE pourrait être envisagé comme faisant partie des mesures raisonnables devant être prises par les autorités compétentes des États membres pour garantir la mise en œuvre de la confiscation standard. Ce ne serait qu'en cas d'échec de cette procédure que les autorités compétentes des États membres pourraient faire le choix de la confiscation rendue lors d'une procédure par défaut ou de la confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Cependant, il convient de garder à l'esprit que cela ne faudrait que si, et seulement si, la fuite du suspect a eu lieu au sein de l'espace Schengen. Au-delà, les États membres devraient faire appel aux instruments d'extradition internationaux, qui ont le désavantage d'être plus complexes et longs à mettre en œuvre. En revanche, le décès met fin à

²⁸⁹ Cons. 15, directive 2014/42/UE, *op. cit.* Il peut être demandé au suspect ou à la personne poursuivie de prouver sa maladie, par exemple au moyen d'un certificat médical, que la juridiction devrait pouvoir rejeter si elle le juge insatisfaisant. Il ne devrait pas être porté atteinte au droit de cette personne à être représentée par un avocat.

²⁹⁰ Il est intéressant de noter que le droit français, par exemple, n'admet la procédure par défaut que si l'absence résulte d'une volonté de la personne suspectée ou poursuivie de soustraire à la justice. Ce qui posera la question de l'intégration de la maladie aux critères français d'application de la procédure par défaut.

la procédure, alors même que ce cas était prévu dans la proposition de directive. Il y a donc une impossibilité à rendre une condamnation définitive, soit une condamnation qui ne peut pas être remise en question en raison de l'épuisement des voies de recours. Dans un troisième et dernier temps, son application requière que « *ladite procédure aurait été susceptible de déboucher sur une condamnation pénale si le suspect ou la personne poursuivie avait été en mesure de comparaître en justice* ». Certes, ce mécanisme ne requiert pas une condamnation pénale, mais « *la preuve complète d'une potentielle condamnation* » est requise²⁹¹. Autrement dit, le niveau de preuve exigé n'est pas ici en deçà de celui exigé pour le mécanisme de confiscation standard, il lui est identique²⁹².

Pour toutes ces raisons, le mécanisme introduit par la directive 2014/42/UE « *a été jugé presque unanimement décevant aux yeux des partisans de la confiscation non fondée sur une condamnation pénale* »²⁹³. En outre, « *l'objectif de promouvoir une complète harmonisation des droits nationaux concernant la confiscation sans condamnation pénale préalable, capable de faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation non fondée sur une condamnation pénale à travers l'Europe, a été certainement manqué* »²⁹⁴.

²⁹¹ C. Grandi, "Non-conviction-based confiscation in the EU legal framework" in A. Bernardi (éd.) et F. Rossi (coord.), "Improving confiscation procedures in the EU", *op. cit.*, p. 31-56.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ *Ibid.*

SECTION 2. L'EXCLUSION DES MÉCANISMES CIVILS ET ADMINISTRATIFS DE CONFISCATION DÉTACHÉS DE LA CONSTATATION D'UNE INFRACTION PÉNALE

57. La confiscation non fondée sur une condamnation : un mécanisme civil ou administratif de confiscation. La confiscation pénale constitue l'un des instruments majeurs des dispositifs pénaux de lutte contre les groupes criminels organisés, puisqu'elle est conçue comme « *la privation finale des biens résultant d'un crime pour lequel le délinquant a été déclaré coupable* »²⁹⁵. Cependant, le décès du suspect, la dissipation des biens visés par la décision de confiscation, l'immunité juridictionnelle, l'insuffisance des preuves pour étayer une procédure criminelle, l'obstruction des investigations, la relaxe ou l'acquittement du suspect, la fuite du suspect à l'étranger ou encore la prescription constituent autant de barrières juridiques à la confiscation avec condamnation pénale. Face à l'incertitude de parvenir à une condamnation pénale effective, quelques États membres européens ont introduit « *un des mécanismes les plus radicaux* »²⁹⁶ : la confiscation non fondée sur une condamnation pénale, dont figurent la confiscation civile *in rem*²⁹⁷ ou la confiscation préventive italienne, qui permet de confisquer en l'absence d'une condamnation pénale, qui se déroule dans le cadre de procédure autre que pénale (§1).

Cependant, il demeure la question de la compatibilité de ces mécanismes avec le cadre juridique européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime, qui est régi par les articles quatre-vingt-deux et quatre-vingt-trois du TFUE, qui fixent les règles de la coopération judiciaire en matière pénale (§2).

²⁹⁵ V. M. Simonato, « *Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A step Forward on Asset Recovery* », *New Journal of European Criminal law*, vol. 6, Issue 2, 2015, p. 218. “*the final deprivation of the property representing the result of a crime for which the offender has been convicted*”.

²⁹⁶ J-F Thony, « *Renversement, allègement ou contournement de la charge de la preuve ?* », *op. cit.*

²⁹⁷ Il est important de la dissocier d'une autre procédure de confiscation également civile : la confiscation fondée sur une condamnation pénale. En effet, quelques États dissocient la procédure de condamnation, qui est une procédure de nature pénale, de la procédure d'infliction de peine, qui peut être, quant à elle, de nature civile. Mais, son enclenchement découle systématiquement d'une décision de condamnation pénale de l'auteur, contrairement à la NCBC.

§1. *La mise en œuvre des procédures de confiscation autres que pénales*

58. La confiscation non fondée sur une condamnation pénale : un mécanisme civil de confiscation. Traditionnellement, la confiscation sans condamnation pénale est présentée comme un mécanisme de droit civil, voire administratif, comme cela est le cas pour la confiscation préventive italienne. Mais, la majeure partie des mécanismes présents dans les États membres ont une nature civiliste, expliquant que notre étude se concentrera ici sur les mécanismes de confiscation de droit civil. Deux mécanismes se distinguent particulièrement²⁹⁸ : la confiscation civile *in rem* (A) et la confiscation civile *in personam* (B), les deux mécanismes ayant des objectifs distincts.

A. La confiscation civile *in rem*

59. Des procédures de confiscation engagées directement contre les avoirs illicites. Sur le plan international, la confiscation non fondée sur une condamnation pénale connaît une reconnaissance de plus en plus étendue. À l'échelle des États, il est intéressant de noter que la majorité des pays qui ont adopté ce mécanisme sont des pays de *common law*, tels que l'Australie, le Canada, l'Irlande, l'Afrique du Sud, le Royaume-Uni ou encore les États-Unis d'Amérique, mais il semble également faire des émules dans des États de traditions romano-germaniques, tels que l'Italie ou l'Allemagne. Il est important de noter à ce stade qu'un certain nombre d'États ne peuvent actuellement reconnaître un tel dispositif dans leur système juridique pour deux raisons essentielles : la condamnation est un concept essentiellement attaché à la personne et l'action *in rem* n'existe pas. En effet, la confiscation non fondée sur une condamnation pénale semble construite sur une « *fiction légale* »²⁹⁹. Elle est fondée sur une action dite *in rem*, et non *in personam*. Précisément, cela signifie que l'action est dirigée contre le bien lui-même, et non contre l'individu. Elle s'appuie sur l'idée suivante : la responsabilité juridique est reportée sur le bien, et non plus sur son propriétaire, ne nécessitant ainsi aucune condamnation pénale pour être mise en œuvre. Cette particularité tend également à expliquer sa non-reconnaissance au niveau européen. L'UE ne vise la confiscation non fondée sur une condamnation pénale qu'au sein d'un texte de *soft law* : la communication de 2008 intitulée « *Garantir que le crime ne paie pas* »³⁰⁰. La directive 2014/42/UE ne reconnaît pas la

²⁹⁸ V. le guide sur confiscation civile, Conseil de l'Europe.

²⁹⁹ A. M. Maugeri, " *The Criminal Sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisations*", *op. cit.*

³⁰⁰ COM/2008/0766 final, *op. cit.*

confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Cependant, à l'échelle internationale des organismes internationaux, tels que le GAFI ou le programme StAR, promeuvent la confiscation non fondée sur une condamnation pénale³⁰¹. Le GAFI recommande que « *les pays devraient envisager d'adopter des mesures permettant la confiscation de tels produits ou instruments sans condamnation pénale préalable (confiscation sans condamnation préalable)* ». La Convention onusienne de lutte contre la corruption, quant à elle ne consacre pas, à proprement parler, la confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Mais, elle incite les États parties, afin d'assurer l'entraide judiciaire aux fins de confiscation des produits issus d'une infraction de corruption, d'envisager de prendre les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tels biens en l'absence de condamnation pénale lorsque l'auteur de l'infraction ne peut être poursuivi pour cause de décès, de fuite ou d'absence ou dans d'autres cas appropriés. Les articles cinquante-quatre et cinquante-cinq de la Convention onusienne de lutte contre la corruption établissent des procédures destinées à régir la coopération internationale en matière de confiscation. Ces dispositions s'inscrivent dans la continuité de celles édictées précédemment dans les conventions onusiennes de lutte contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes et de lutte contre la criminalité transnationale organisée avec cependant une différence fondamentale. En effet, l'article cinquante-quatre de la convention de lutte contre la corruption « *reconnaît les obstacles auxquels les États se sont heurtés dans des affaires de confiscation internationale et innove en encourageant l'adoption de mesures créatives pour surmonter certains de ces obstacles* », tels que le décès, la fuite ou l'absence de l'auteur de l'infraction. Mais, il n'existe aucune obligation juridique pour les États Parties d'introduire ou de reconnaître la NCBC. Il s'agit seulement d'une incitation.

Malgré une reconnaissance à l'échelle internationale de son utilité dans la lutte contre la criminalité transnationale, ce mécanisme interroge quant à sa nature véritable : est-il véritablement une mesure de droit civil ou une mesure de droit pénal, qui ne dit pas son nom ? Quant à sa compatibilité avec les droits de l'Homme, cette dernière question est directement liée à la première, puisque de la nature juridique du mécanisme découlent les garanties accordées aux personnes concernées par la mesure de confiscation.

60. La nature civile de la confiscation *in rem* discuté par la doctrine. Concrètement, la confiscation non fondée sur une condamnation pénale présente plusieurs avantages concrets liés à son caractère civiliste. Tout d'abord, elle ne nécessite aucune condamnation pénale. La

³⁰¹ V. les recommandations 3 et 4 du GAFI et le rapport de L. Gray et autres, « *Bien mal acquis. Un guide des bonnes pratiques en matière de confiscation d'actifs sans condamnation (CSC)* », ESKA, Paris, 2013, 270 p.

« *fiction légale* » sur laquelle elle est fondée entraîne un report de la responsabilité sur le bien. La procédure se concentre uniquement sur le fait de savoir si le bien a ou non une origine illicite. L'autorité de poursuite devra seulement prouver que le bien provient d'activités illicites, et la Cour quant à elle sera invitée à statuer uniquement sur l'origine illicite ou non de l'avoir. Le propriétaire quant à lui est un tiers à la procédure soulignant un peu plus le caractère *in rem* de la procédure. Cela explique également la possibilité de confisquer un bien, alors même que la personne suspectée ou poursuivie est décédée, en fuite, malade, inconnue ou jouit d'une quelconque immunité pénale. En outre, l'absence de condamnation pénale crée une séparation nette entre la procédure de confiscation non fondée sur une condamnation pénale et la confiscation pénale. La confiscation non fondée sur une condamnation pénale est complètement détachée des infractions susceptibles de se faire l'objet de poursuite pénale et permet ainsi de confisquer, alors même que le propriétaire a été préalablement acquitté. Ainsi, l'absence de l'auteur des faits ne constituera pas un motif de non-exécution de la confiscation. Ensuite, la procédure étant une procédure civile, les standards de preuve liés à cette matière s'appliquent³⁰². Le critère de la « *prépondérance des probabilités* » signifie qu'il est plus probable que le bien ait été utilisé pour commettre des activités criminelles. En d'autres termes, la maxime pénaliste selon laquelle le doute doit profiter à l'accusé ne s'applique pas ici. Par conséquent, ni l'infraction, ni le lien entre le bien sujet à la confiscation et l'infraction poursuivie exigés dans la procédure de confiscation des instruments et des produits directs ou indirects du crime ne devront être prouvés selon un critère probatoire pénaliste (intime conviction ou au-delà de tout doute raisonnable). Enfin, la confiscation non fondée sur une condamnation pénale peut instaurer un renversement de la charge de la preuve, puisque la présomption d'innocence ne s'applique pas. Mais, celui-ci n'est que partiel, puisque le propriétaire – tiers à la procédure de confiscation *in rem* – peut rapporter les preuves de l'origine licite.

61. Le caractère civil de la confiscation *in rem* approuvé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Malgré les avantages exposés, la doctrine émet un certain nombre de contre-arguments quant à l'utilisation de la confiscation non fondée sur une condamnation pénale à des fins criminelles. Le premier d'entre tous concerne sa nature hybride. Il s'agit en effet d'une procédure civile régie par les règles s'appliquant en la matière, telles que celles liées à la preuve ou encore celles régissant les garanties juridictionnelles (telles que l'absence du principe de présomption), mais inscrite et ce, quelque soient les États dans lesquels

³⁰² À l'exception de la confiscation préventive : mécanisme pénal et administratif.

elle est mise en œuvre, dans une politique pénale de lutte contre les types de criminalité dits « graves ». Elle serait guidée par deux objectifs politiques : « *Premièrement, les gains découlant d'activités illégales ne devraient pas s'accumuler entre les mains de ceux qui commettent des activités illégales. Ces personnes ne devraient pas bénéficier des droits et privilèges normalement rattachés au droit de la propriété civile. En cas de fraude et de vol, le produit doit être liquidé et redistribué aux victimes ; Deuxièmement, l'État, en matière de politique, veut supprimer les conditions qui conduisent à des activités illégales. Le crime organisé et les profits de la drogue représentent également des capitaux pour davantage de transactions criminelles, ce qui peut aggraver le préjudice pour la société. Laisser un bien qui facilite une activité illégale entre les mains d'une personne crée un risque qu'elle continue d'utiliser ce bien pour commettre une activité illégale* »³⁰³. La confiscation non fondée sur une condamnation pénale aurait ainsi un caractère préventif. Elle aurait pour objet de prévenir le caractère dangereux des biens acquis au moyen d'activités illicites – qui pourraient permettre la commission d'infractions, l'utilisation et le réinvestissement des produits illicites dans l'économie légale et de nuire à la crédibilité et à la prévisibilité du marché financier –, et non de sanctionner un comportement délictueux. La confiscation non fondée sur une condamnation pénale s'apparenterait à une mesure de sûreté. Rappelons que les mesures de sûreté ne sont pas liées à la commission d'une infraction, mais à un état dit dangereux. Cependant, la frontière entre répression/sanction pénale et prévention/mesure préventive est souvent floue, à l'instar de la mesure de rétention. Et il semble en aller de même pour la confiscation non fondée sur une condamnation pénale, même si aucune juridiction où la confiscation *in rem* s'applique n'a assimilé cette procédure à une procédure criminelle, justifiant cette solution par le fait qu'il n'existe aucune charge, arrestation, condamnation ou sanction de nature criminelle à l'encontre de l'auteur présumé. La Cour européenne des droits de l'Homme, elle-même, adopte une position similaire. Dans l'arrêt *Engel contre Pays-Bas*, la Cour donne une interprétation autonome de la notion « *d'accusation en matière pénale* » et pose trois critères : la classification de l'infraction par la loi, la nature de l'infraction et la nature et la sévérité de la mesure. Ces trois critères permettent à la Cour de déterminer si une procédure est de nature pénale et de déterminer en fonction de la nature de la procédure, la protection accordée par la Convention.

³⁰³ Impact Study on Civil Forfeiture, p. 15. “*First, gains from unlawful activity ought not to accrue and accumulate in the hands of those who commit unlawful activities. Those individuals ought not to be accorded the rights and privileges normally attendant to civil property law. In case of fraud and theft, the proceeds ought to be disgorged and distributed back to the victims; Second, the State as the matter of policy wants to suppress the conditions that lead to unlawful activities. Organised crime and drug profits also represent capital for more criminal transactions, which can further the harm to society. Leaving property that facilitates unlawful activity in an individual's hands creates a risk that he or she will continue to use that property to commit unlawful activity*”.

Dans l'arrêt *Walsh contre Royaume-Uni*, la Cour de Strasbourg a eu à se prononcer sur la nature de la procédure britannique de recouvrement des avoirs. Elle a donc appliqué les critères dégagés dans l'arrêt *Engel* et a conclu que la procédure ne constitue pas une accusation en matière pénale et est une procédure à caractère civil³⁰⁴. Elle expose : « *Selon le droit national, la procédure de recouvrement est considérée comme civile et non comme criminelle. Les procédures peuvent avoir suivi un acquittement pour des infractions criminelles précises, mais elles étaient distinctes quant au calendrier, à la procédure et au contenu. Les tribunaux nationaux ont estimé que l'objectif de la procédure n'était pas punitif ou dissuasif, mais de récupérer des biens qui n'appartenaient pas légalement au demandeur. Il n'y a pas eu de déclaration de culpabilité pour des infractions précises et le juge de la Haute Cour, en rendant l'ordonnance, a pris soin de ne pas tenir compte de la conduite à l'égard de laquelle le demandeur avait été acquitté de toute infraction criminelle. L'ordonnance de recouvrement n'était pas de nature punitive ; même s'il s'agissait sans doute d'une somme importante, le montant en cause n'est pas lui-même déterminant quant à la nature criminelle de la procédure* »³⁰⁵. Sur le plan des droits fondamentaux, cette position de la CEDH emporte un certain nombre de conséquences juridiques. L'une des premières est la non-application du principe de non-rétroactivité. En d'autres termes, la confiscation *in rem* pourrait s'appliquer de manière rétroactive. Étant apparentée à une mesure préventive, la Cour pourrait étendre la protection contenue à l'article sept à la confiscation *in rem*. La seconde conséquence juridique, et non des moindres, est la non-application de l'article six paragraphe deux relatif à la présomption d'innocence. En effet, la protection fixée à l'article six paragraphe deux de la CEDH ne s'applique que si, et seulement si, la personne fait l'objet d'une « *accusation en matière pénale* ». Cependant, il est intéressant de noter que l'applicabilité de l'article six paragraphe deux ne se limite à la procédure pénale, la Cour a pu conclure à l'applicabilité de cet article à des décisions judiciaires rendues après un acquittement. Elle a ainsi conclu dans l'arrêt *Asan Rushiti* que « *l'article 6§2 consacre une règle générale en vertu de laquelle, une fois qu'un prévenu a bénéficié d'un acquittement définitif, même la simple formulation de*

³⁰⁴ CEDH, *Walsh contre Royaume-Uni*, 21 novembre 2006, n° 43384/05.

³⁰⁵ *Ibid.* "According to domestic law, recovery proceedings are regarded as civil, not criminal. The proceedings may have followed an acquittal for specific criminal offences but were separate and distinct in timing, procedure and content. The domestic courts considered that the purpose of the proceedings was not punitive or deterrent but to recover assets which did not lawfully belong to the applicant. There was no finding of guilt of specific offences and that the High Court judge in making the order was careful not to take into account conduct in respect of which the applicant had been acquitted of any criminal offence. The recovery order was not punitive in nature; while it no doubt involved a hefty sum, the amount of money involved is not itself determinative of the criminal nature of the proceedings"

souçons quant à son innocence est illégitime »³⁰⁶. Cette disposition souligne la relation étroite du principe de présomption d'innocence avec ceux de l'autorité de chose jugée et *ne bis in idem* qui ne permettent pas de revenir sur une décision judiciaire passée en force de chose jugée. Or, ces principes sont en contradiction avec la confiscation *in rem*. Il a été exposé ci-dessus que la NCBC pourrait être mise en œuvre, alors même qu'un acquittement aurait été prononcé. Cette solution juridique trouve sa source dans la fiction légale sur laquelle est construite le mécanisme de confiscation *in rem*. N'oublions pas qu'il est fondé sur une action *in rem*, et non *in personam*. Autrement dit, la confiscation vise à établir la culpabilité d'un bien, et non celle d'un individu, n'entravant pas de la sorte le principe de présomption d'innocence qui est attaché à l'individu. La fiction légale trouve ici tout son intérêt car, elle devient une procédure concurrente de la procédure criminelle. Elle se déroule indépendamment de celle-ci. Le risque le plus important semble se situer à ce stade, puisqu'une mesure de confiscation pourrait avoir lieu alors qu'une décision d'acquiescement aurait été rendue. Cette situation pose la question de la coexistence des deux procédures. Les lignes directrices édictées conjointement par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne estiment que la confiscation *in rem* ne devrait être utilisée qu'en dernier recours dans les cas suivants : « *Comme une condamnation au criminel n'est pas une condition préalable, elle ne peut pas être contrecarrée par des immunités, l'incapacité d'extrader, le suspect qui est hors de portée et une preuve insuffisante sur la norme pénale. Il permet le recouvrement des biens lorsque, en raison du décès ou de l'absence du ou des suspect(s), la confiscation et le retour ne seraient pas autrement possibles. Il permet la confiscation lorsqu'une personne a été jugée devant un tribunal pénal, mais acquittée, peut-être par voie probante, en deçà de la norme de preuve pénale. Lorsqu'il a été difficile d'intenter des poursuites pénales (ou d'obtenir l'extradition) en raison d'une ingérence politique ou de haut niveau dans le système de justice pénale. Il est beaucoup plus difficile de saboter une application qui n'a qu'à être prouvée* »³⁰⁷.

³⁰⁶ CEDH, *Asan Rushiti c. Autriche*, 21 mars 2000, n° 28389/95.

³⁰⁷ Conseil de l'Europe, "Impact Study on Civil Forfeiture", 2013, 92 p. Citation : "As a criminal conviction is not a condition precedent, it cannot be thwarted by immunities, inability to extradite, the suspect who is beyond reach and insufficient evidence on the criminal standard. It allows for asset recovery where, because the death or absence of the suspect(s), confiscation and return would not otherwise be possible. It allows for confiscation where an individual(s) has been tried before a criminal court but acquitted, perhaps through probative, fell short of the criminal standard of proof. Where difficulties have been encountered in trying to mount a criminal prosecution (or in trying to secure extradition) because of political or high-level interference in the criminal justice system. It is much more difficult to sabotage an application which only needs to be proved on the lower, civil standard. It complements the system of post-conviction confiscation and completes a comprehensive approach to asset recovery and repatriation".

B. La confiscation civile *in personam*

62. Vers une préférence du droit européen pour les mécanismes de confiscation civile *in personam*. La confiscation *in rem* constitue l'étape à ne pas franchir. Le droit européen reconnaît partiellement la confiscation civile et/ou administrative à la condition qu'il s'agisse de mécanismes de confiscation dits *in personam*. Ainsi, la notion de confiscation civile recouvre d'autres voies que les confiscations dites *in rem* : les procédures civiles, impliquant d'obtenir une condamnation civile pour que soit prononcée la confiscation. Cette procédure est attachée à la personne, et non pas à un bien. Mais, là encore, il ne semble pas que cette voie de la confiscation civile *in personam* soit ou puisse être retenue par le droit européen, alors qu'elle permettrait d'étendre autant que faire se peut le cadre européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

L'intérêt que peut représenter de la confiscation civile *in personam* dans le système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime s'illustre particulièrement à travers l'exemple de la lutte contre la corruption, notamment en ce qui concerne les limites de la coopération internationale pour recouvrer les avoirs situés à l'étranger. La confiscation et le recouvrement des produits du crime revêtent un caractère essentiel lorsqu'il est question de corruption, et plus particulièrement lorsqu'il est question de kleptocratie ou de « *grande corruption* ». Le phénomène de corruption n'est, certes, pas propre aux États en développement, pour autant elle y fait « *bien plus de ravages que dans les pays développés : aussi importante soit-elle dans les pays du Nord, la corruption ne prive pas les populations de l'accès à l'eau potable ou à l'instruction, ou encore du bénéfice d'infrastructures sanitaires et sociales élémentaires (...). Selon la Banque mondiale, ce sont entre 20 et 40 milliards de dollars qui sont détournés chaque année des pays en développement par le biais de la corruption d'agents publics* »³⁰⁸. La problématique du rapatriement des avoirs criminels prend ici une envergure singulière, puisqu'il est question d'agir par les procédures de recouvrement des avoirs volés sur le développement économique des pays, ainsi que sur la qualité de vie et la jouissance des droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels³⁰⁹. Lors des travaux préparatoires de la Convention des Nations unies contre la corruption, il a été fait état de plusieurs obstacles majeurs liés à la procédure, à la preuve ou de nature politique³¹⁰. Pour donner suite à une résolution datant du 24 juillet 2001, la résolution 2001/13, une étude

³⁰⁸ Transparency international France et Sherpa, « *Pour une restitution des avoirs volés aux populations victimes. les enseignements de l'affaire des « Biens Mal Acquis* », Rapport 2014, p. 10.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ V. le guide législatif pour l'application de la Convention des Nations unies contre la corruption, 2012.

mondiale sur le transfert de fonds d'origine illicite, en particulier de fonds provenant d'actes de corruption fait état de ces obstacles³¹¹. Ont été mis en avant « *l'anonymat des opérations qui empêche la localisation des fonds et la prévention d'autres transferts ; l'insuffisance de ressources et des compétences techniques ; l'absence d'harmonisation et de coopération ; les problèmes au niveau des poursuites et de la condamnation des auteurs en tant qu'étape préalable au recouvrement [;] l'absence de moyens institutionnels ou juridiques pour exercer des actions avec succès, le fait que certains types d'agissements ne sont pas incriminés et l'existence d'immunités et de droits des tiers ; les questions relatives à la recevabilité des preuves, au type et au degré de preuve requis, les divergences concernant la confiscation in rem et l'inefficacité, la lourdeur et la lenteur des procédures menées dans le cadre des traités d'entraide judiciaire, alors que le repérage et le gel des avoirs doivent se faire rapidement et efficacement ; des connaissances limitées pour préparer et mettre en œuvre rapidement des mesures, le manque de ressources et de formation et d'autres difficultés liées aux capacités ; le manque de volonté politique d'agir et de coopérer réellement, et notamment le manque d'intérêt de la part des États victimes pour la mise en place de cadres institutionnels et juridiques de lutte contre la corruption ; le fait que les auteurs d'infractions de corruption ont souvent d'excellentes relations ainsi qu'une grande habileté et intelligence* »³¹². Plusieurs questions ont dû être résolues par l'ONU lors des réflexions autour de la rédaction de la Convention, dont « *les façons d'obtenir suffisamment de ressources pour les États tentant d'assurer le recouvrement, l'harmonisation juridique, la coopération internationale, la clarté et la cohérence des règles relatives à la répartition des fonds recouverts* ». Parmi les questions juridiques importantes, celles relatives au renforcement de la coopération internationale afin de trouver les moyens pour empêcher les transferts de fonds et de rapatrier dans les pays d'origine les fonds qui ont été illégalement transférés ont été centrales. Pour l'ONU, le recouvrement revêt dans ce cadre particulier de la lutte contre la corruption plusieurs fonctions essentielles : « *il est une mesure dissuasive puissante [...] ; il rétablit la justice aux niveaux national et international en sanctionnant les agissements abusifs, malhonnêtes et corrompus ; il joue un rôle neutralisant en privant les grands délinquants et les réseaux puissants de leurs avoirs et des instruments de leurs méfaits ; et il concourt à la réalisation de l'objectif d'administration de la justice tout en réparant le préjudice causé à des victimes et à des populations (bien souvent nécessiteuses) et en contribuant au développement et à la croissance économiques de régions, qui seront alors considérées comme plus prévisibles, plus transparentes, mieux gérées,*

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *Ibid.*

plus équitables et plus compétitives et donc susceptibles d'attirer les investissements »³¹³. La Convention des Nations unies contre la corruption, et adoptée par la Résolution 58/4 du 31 octobre 2003 a tenté de prendre acte de l'ensemble de ces défis et de montrer que « *la communauté internationale est désormais prête à prendre des mesures concrètes pour remédier aux points faibles décelés* ». Cela s'est traduit par l'adoption d'un chapitre entier consacré à cette question, soit le chapitre cinq de ladite convention. Le premier article, soit l'article cinquante-et-un de la Convention, prévoit que « *la restitution d'avoirs en application du présent chapitre est un principe fondamental de la présente Convention, et les États Parties s'accordent mutuellement la coopération et l'assistance la plus étendue à cet égard* ». Par cet article, les États parties s'engagent à prendre des mesures pour atteindre les objectifs fixés par cet article, qui découlent eux-mêmes de l'article premier de la Convention, soit « *promouvoir et renforcer les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace ; promouvoir, faciliter et appuyer la coopération internationale et l'assistance technique aux fins de la prévention de la corruption et de la lutte contre celle-ci, y compris le recouvrement d'avoirs ; promouvoir l'intégrité, la responsabilité et la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics* ». Plus concrètement les dispositions adoptées dans ce chapitre cinq visent l'établissement de procédure visant à faciliter les actions civiles et administratives, la reconnaissance et l'exécution des décisions de confiscation prononcées par une autorité étrangère et la restitution des biens aux États requérants en cas de soustraction de fonds publics ou d'autres infractions de corruption ayant entraîné un préjudice, la restitution des biens à leur propriétaire légitime et le dédommagement des victimes. Il est important de noter que la Convention ouvre deux voies pour recouvrer les avoirs volés : le recouvrement direct, d'une part, et les articles cinquante-quatre et cinquante-cinq, qui fixent les procédures destinées à régir la coopération internationale en matière de confiscation, d'autre part. L'article cinquante-trois de la Convention – qui traite du recouvrement direct – fait obligation aux États « *de permettre à un autre État partie d'engager devant ses tribunaux une action civile en vue de voir reconnaître l'existence d'un droit de propriété sur des biens acquis au moyen d'infractions de corruption* » ; « *de permettre à ses tribunaux d'ordonner aux auteurs d'infractions de corruption de verser une réparation ou des dommages-intérêts à un autre État partie ayant subi un préjudice du fait de telles infractions* » ; « *de permettre à ses tribunaux ou autorités compétentes, lorsqu'ils doivent décider d'une confiscation, de reconnaître le droit de propriété légitime revendiqué par un autre État partie sur des biens acquis au moyen d'une infraction de*

³¹³ *Ibid.*

corruption ». Il s'agit ici des dispositions relatives à une coopération judiciaire de nature civile permettant de mettre en œuvre une confiscation civile et *in personam*. Il ne s'agit pas, en revanche, d'une confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Rappelons à cet égard que l'article quarante-trois de la Convention encourage les États parties « à se prêter mutuellement assistance dans les enquêtes et les procédures concernant des affaires civiles et administratives relatives à la corruption ». Cette assistance juridique pour des affaires civiles est un palliatif intéressant à l'impossibilité de procéder à la confiscation et au recouvrement des produits du crime dans le cadre des voies traditionnelles de coopération judiciaire en matière pénale en raison de l'impossibilité d'obtenir une décision de confiscation du fait du décès, de la prescription ou encore de l'absence de l'auteur des faits. Au-delà de ces éléments, ces dispositions bénéficient de l'ensemble des avantages liés à l'action civile : la possibilité d'obtenir une confiscation en l'absence d'une condamnation pénale, voire de l'obtenir après un non-lieu ou une relaxe/un acquittement ; de recourir aux règles probatoires de la procédure civile. Mais ce système demeure fondé sur une action civile par laquelle une partie tente de recouvrer les avoirs. La Convention des Nations unies contre la corruption se veut être un instrument souple, c'est la raison pour laquelle à côté des dispositions de recouvrement direct, elle prévoit des dispositions d'entraide répressive plus classique, soit les articles cinquante-quatre et cinquante-cinq, qui fixent les procédures destinées à régir la coopération internationale en matière de confiscation. Il s'agit de deux dispositifs distincts, même si les articles cinquante-quatre et cinquante-cinq de la Convention encouragent les États parties à prendre les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tels biens en l'absence de condamnation pénale lorsque l'auteur de l'infraction ne peut être poursuivi pour cause de décès, de fuite ou d'absence ou dans d'autres cas appropriés et ce, en vue de faciliter la coopération judiciaire en matière pénale, la procédure suivie n'est pas identique. Il convient également de rappeler ici que la confiscation n'est pas nécessairement une sanction pénale, mais peut être de nature civile ou administrative. La notion de confiscation est, dans la convention, définie de manière large, puisqu'elle s'entend comme « la dépossession permanente de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente ». Mais, les procédures de recouvrement qui découlent des articles cinquante-quatre et cinquante-cinq de la Convention semblent soumises à l'obligation de démontrer les éléments constitutifs d'une infraction, et par conséquent d'obtenir une condamnation pénale³¹⁴ et d'établir un lien entre l'infraction constatée et le bien. Pour autant, l'obligation d'obtenir une condamnation pénale est remise en question par l'article cinquante-

³¹⁴ *Ibid.*

quatre de la Convention, qui prévoit la possibilité de s'apporter une assistance dans les cas de confiscation sans condamnation pénale³¹⁵. La Convention des Nations unies contre la corruption tente de mettre en place un système de recouvrement des produits du crime – dans les limites du champ matériel de la Convention³¹⁶ – qui soit le plus large possible pour permettre un recouvrement efficace.

§2. *La compatibilité des procédures de confiscation autres que pénales avec le droit européen*

63. Un domaine d'application du règlement (UE) 2018/1805 restreint aux décisions de confiscation non fondée sur une condamnation pénale rendues dans le cadre d'une procédure en lien avec une infraction pénale. Le règlement (UE) 2018/1805, à l'article un, paragraphe quatre, précise que « *le présent règlement ne s'applique pas aux décisions de gel ou aux décisions de confiscation émises dans le cadre de procédures en matière civile ou administrative* ». Il ne fixe, ainsi, que « *les règles selon lesquelles un État membre reconnaît et exécute sur son territoire des décisions de gel et des décisions de confiscation émises par un autre État membre dans le cadre de procédures en matière pénale* ». Il est intéressant de noter que la proposition de règlement ne recourait pas à l'expression « *procédures en matière pénale* », mais à celle de « *procédures pénales* ». Ce changement s'est opéré à l'initiative de l'Italie afin de pouvoir y inclure la confiscation préventive italienne³¹⁷. Certains États membres ont émis des doutes quant à l'extension du domaine d'application règlement à ces formes de confiscation, notamment par rapport à la question du respect des droits fondamentaux de la personne concernée. Le Conseil a tranché cette question. Il a ainsi admis « *un éventail plus large de types de confiscation, comme la confiscation sans condamnation, y compris certains systèmes de confiscation préventive, pourvu qu'il y ait un lien avec une infraction criminelle* »³¹⁸. La conséquence de la position du Conseil a été l'adoption du considérant treize, qui prévoit que « *le présent règlement devrait s'appliquer à toutes les décisions de gel et à toutes les décisions de confiscation émises dans le cadre de procédures en matière pénale. Le*

³¹⁵ *Ibid.* Il ne s'agit pas d'une obligation à caractère contraignante. Les États sont libres d'accepter ou non la demande d'entraide pénale et de coopération judiciaire.

³¹⁶ Le champ d'application de la convention est limité aux infractions de corruption d'agents publics nationaux et étrangers, de soustraction, détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public, de trafic d'influence, d'abus de fonction, d'enrichissement illicite de corruption dans le secteur privé, de soustraction de biens dans le secteur privé, blanchiment de produits du crime, d'entrave au bon fonctionnement de la justice.

³¹⁷ C. Grandi, "Non-conviction-based confiscation in the EU legal framework", *op. cit.*

³¹⁸ *Ibid.*

concept de « procédures en matière pénale » est une notion autonome du droit de l'Union interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne, nonobstant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce terme couvre dès lors tous les types de décisions de gel et de décisions de confiscation émises à l'issue d'une procédure en lien avec une infraction pénale, et pas uniquement les décisions relevant de la directive 2014/42/UE. Il couvre également d'autres types de décisions rendues sans condamnation définitive ». Sont donc exclus du règlement (UE) 2018/1805 les décisions de gel et les décisions de confiscation qui sont émises dans le cadre de procédures en matière civile ou administrative, qui ne rattachent pas la procédure de confiscation à une infraction déterminée. En revanche, ceci ne signifie pas que toutes les décisions émises dans le cadre d'une procédure autre que pénale sont exclues, pourvu qu'il existe un lien avec une infraction pénale.

Ainsi, les confiscations civiles ne sont pas en soi incompatibles avec les dispositions européennes en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime (A), mais à l'unique condition qu'il ne s'agisse pas d'une procédure *in rem*, à savoir une procédure qui se focalise uniquement sur le bien et son origine illicite. Il doit nécessairement y avoir un lien avec une infraction pénale (B).

A. La compatibilité des décisions de confiscation civile ou administrative avec le droit européen

64. La reconnaissance par la Cour de justice de l'UE de la compatibilité des décisions de confiscation civile et administrative avec le droit européen. Plusieurs éléments juridiques attestent de la compatibilité, ou plus exactement d'une absence d'opposition, des mesures de confiscation civile et administrative avec le cadre européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime. L'un des premiers éléments à pouvoir être mentionné est l'absence de précision, dans la réglementation européenne, comprenant la directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805, quant à une quelconque incompatibilité. Les textes ne précisent pas la nature de la sanction de confiscation ; il n'est jamais spécifié qu'elle doit être une peine pénale, une mesure de sûreté ou encore de réparation. La directive 2014/42/UE précise à cet égard que « *les États membres sont libres d'engager des procédures de confiscation liées à une affaire pénale devant toute juridiction compétente* », sans préciser à aucun moment la nature de la juridiction compétente. Et, elle rappelle que les définitions retenues par le droit européen pour les notions de gel et de confiscation « *ne devraient pas empêcher les États membres de mettre en œuvre la présente directive en ayant recours à des instruments qui, conformément au*

droit national, seraient considérés comme des sanctions ou d'autres types de mesures ». En d'autres termes, les mécanismes de confiscation développés par le droit européen disposent d'un régime d'application, qu'il serait possible de décrire comme général, en raison de leur grande adaptabilité au sein des droits nationaux. À propos du règlement (UE) 2018/1805, l'évolution terminologique qui s'est produite au cours des négociations, à savoir le passage de l'expression procédure pénale à une procédure en lien avec une infraction pénale, est un exemple supplémentaire de cette volonté de mettre en place un système général de confiscation et de recouvrement des produits du crime, qui serait adaptable au sein de la grande majorité des droits nationaux de l'UE. Il convient de rappeler pour cet exemple qu'il s'agissait principalement de rendre compatible avec le droit européen le mécanisme italien de confiscation préventive, qui est un mécanisme hybride – administratif et pénal – de confiscation. Le second élément de cette compatibilité avec les décisions de confiscation civile et administrative avec la réglementation européenne relatives à la confiscation et au recouvrement des produits du crime est apporté par la CJUE, elle-même. Ce n'est que récemment que la Cour a eu, pour la première fois, à connaître et à rendre un arrêt relatif à la réglementation européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

Dans le cadre d'une demande de décision préjudicielle, il a été demandé à la Cour de prononcer sur le fait de savoir « *si la décision-cadre 2005/212 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État membre qui prévoit que la confiscation de biens acquis illégalement est ordonnée par une juridiction nationale au terme d'une procédure qui n'est subordonnée ni au constat d'une infraction pénale ni, a fortiori, à la condamnation des auteurs présumés d'une telle infraction* »³¹⁹. Six questions préjudicielles ont été posées à la Cour, qu'elle a estimé devoir examiner ensemble³²⁰. Il a, ainsi, été demandé à la Cour de se prononcer sur l'interprétation de l'article un, paragraphe un, de la directive 2014/42/UE qui « *prévoit l'établissement de « règles minimales relatives au gel de biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure » en ce sens qu'il permet aux États membres d'adopter des règles relatives à une confiscation civile non fondée sur une condamnation ?* » ; de savoir s'il résultait « *de l'article 1er, paragraphe 1, compte tenu de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil, du 3 avril 2014, concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, que la simple introduction d'une procédure pénale contre la personne dont les biens font l'objet de*

³¹⁹ CJUE, *Komisia za protivodeystvie na koruptsiyata i za otnemane na nezakonno pridobitoto imushtestvo contre BP et autres*, 19 mars 2020, aff. C-234/18.

³²⁰ *Ibid.*

la confiscation suffit pour l'engagement et la réalisation d'une procédure de confiscation civile ? » ; de savoir si il est « admissible de procéder à une interprétation élargie des motifs de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil, du 3 avril 2014, concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, qui permettent une confiscation civile non fondée sur une condamnation ? » ; d'interpréter « l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil, du 3 avril 2014, concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne en ce sens que la simple existence d'une disproportion entre la valeur des biens et les revenus légaux de la personnes suffit pour justifier la confiscation d'un bien en tant que produit direct ou indirect d'une infraction pénale, en l'absence d'une condamnation définitive constatant que la personne a commis l'infraction pénale ? » ; d'interpréter « l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil, du 3 avril 2014, concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne en ce sens qu'il prévoit la confiscation des avoirs de tiers en tant que mesure complémentaire ou alternative par rapport à la confiscation directe ou en tant que mesure complémentaire par rapport à la confiscation élargie ? » ; et, enfin, de se prononcer « sur l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil, du 3 avril 2014, concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne en ce sens qu'il garantit l'application de la présomption d'innocence et qu'il interdit une confiscation non fondée sur une condamnation ? »

En l'espèce, cet arrêt s'inscrit dans le cadre d'un litige opposant la commission chargée, en Bulgarie, de lutter contre la corruption à BP, une personne privée, et plusieurs personnes physiques et morales liées ou contrôlées par BP concernant une demande de confiscation de biens acquis de manière illicite visant BP et ces tiers. Des poursuites pénales ont été engagées contre BP, en sa qualité de président du conseil de surveillance d'une banque bulgare, pour avoir incité des personnes à commettre des détournements de fonds de cette banque sur la période de 2011 à 2014. Au moment où la demande de renvoi à titre préjudiciel a été faite, soit le 22 juin 2018, aucune condamnation pénale définitive n'avait été prononcée. Les confiscations ont été demandées et faites à la suite d'une procédure civile engagée par la commission chargée de lutter contre la corruption à la suite de la découverte, lors de l'enquête pénale, de l'acquisition par BP et les membres de sa famille de biens financés par des activités illégales. Ces derniers soutiennent que de telles confiscations ne peuvent être faites qu'à la suite d'une condamnation pénale définitive, et seraient, par conséquent, contraires à la

réglementation européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Les juges luxembourgeois ont rejeté « *cette ligne de raisonnement* » dans leur arrêt³²¹. Dans un premier temps, il est important de souligner que les faits ayant conduit à la confiscation sont hors du champ d'application de l'article trois, de la directive 2014/42/UE qui liste de manière exhaustive les infractions couvertes par la directive. Toutefois, la décision-cadre 2005/212/JAI demeure partiellement en vigueur. L'article quatorze, de la directive 2014/42/UE, précise que « *les articles 3 et 4 de la décision-cadre 2001/500/JAI, ainsi que les quatre premiers tirets de l'article 1^{er} et l'article 3 de la décision-cadre 2005/212/JAI sont remplacés par la présente directive pour les États membres liés par la présente directive* » ; ce qui signifie que les articles deux, quatre et cinq de ladite directive sont maintenus après l'entrée en vigueur de la directive 2014/42/UE, et l'article deux, paragraphe deux, de la décision-cadre 2005/212/JAI prévoit que « *chaque État membre prend les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des instruments et des produits provenant d'infractions pénales passibles d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à un an, ou de biens dont la valeur correspond à ces produits* ». Les faits poursuivis en l'espèce sont passibles d'une peine privative de liberté de 10 à 20 ans, et sont, par conséquent, couverts par la décision-cadre 2005/212/JAI. C'est sur le fondement de ce texte que la Cour a analysé la compatibilité de la confiscation civile non fondée sur une condamnation pénale bulgare avec le droit européen.

Dans cet arrêt dit « *Agro In 2001* », rendu le 19 mars 2020, « *la Cour a jugé que la décision-cadre 2005/212, relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre qui prévoit que la confiscation de biens acquis illégalement est ordonnée par une juridiction nationale au terme d'une procédure qui n'est subordonnée ni au constat d'une infraction pénale ni, a fortiori, à la condamnation des auteurs présumés d'une telle infraction* »³²². Pour arriver à cette conclusion, la CJUE a tenu compte des objectifs et du libellé des dispositions de la décision-cadre 2005/212/JAI. L'arrêt rappelle que le texte est fondé sur les dispositions du titre VI du traité UE, dans sa version antérieure au Traité de Lisbonne, intitulé « *Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, soit les articles vingt-neuf, trente-et-un, paragraphe un, c) et trente-quatre, paragraphe eux, b).* Plus particulièrement, l'article trente-un, paragraphe un, c) précise que « *l'action en commun dans le domaine de la coopération en matière pénale vise à assurer [...] l'amélioration de cette coopération, la compatibilité des*

³²¹ Citation extraite du résumé de l'arrêt *Komisia za protivodeystvie na koruptsiyata i za otnemane na nezakonno pridobitoto imushchestvo contre BP et autres*, *ibid.*

³²² *Ibid.*, §. 62.

règles applicables dans les États membres ». Par conséquent, « *la décision-cadre 2005/212 a pour objectif de garantir, ainsi que l'énonce son considérant 10, que tous les États membres disposent d'une réglementation efficace en matière de confiscation des produits du crime* » et ce, dans la perspective de faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires de confiscation adoptées dans le cadre de procédures pénales, tel que le prévoit le considérant huit de la décision-cadre 2006/783/JAI, en vigueur au moment où les faits décrits dans l'arrêt ont été commis. Pour la Cour, et au regard des éléments précédents, la décision-cadre 2005/212/JAI est « *un acte visant à obliger les États membres à mettre en place des règles minimales communes de confiscation des instruments et des produits en rapport avec une infraction pénale, en vue de faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaire de confiscation adoptées dans le cadre de procédure pénale* ». Sur la base de ce constat, la Cour a ainsi jugé que « *cette décision-cadre 2005/212 ne régit pas la confiscation d'instruments et de produits provenant d'activités illégales ordonnée par une juridiction d'un État membre dans le cadre d'une procédure ne portant pas sur la constatation d'une ou de plusieurs infractions pénales* ». En effet, la Cour souligne que l'affaire ne s'inscrit pas dans le cadre d'une procédure portant sur une ou plusieurs infractions pénales, mais dans le cadre d'une procédure de nature civile portant sur des biens -dont il est allégué qu'ils ont été acquis illégalement- et menée indépendamment d'une telle procédure pénale. Elle précise à ce propos que cette procédure bulgare, « *qui se concentre exclusivement sur les biens dont il est allégué qu'ils ont été acquis illégalement, est menée de manière indépendante d'une éventuelle procédure pénale engagée contre l'auteur présumé des infractions ainsi que de l'issue d'une telle procédure, en particulier de l'éventuelle condamnation dudit auteur* ». Par conséquent, cette décision n'entre pas dans le champ d'application de la décision-cadre 2005/212/JAI.

Cependant, il est intéressant de noter que la Cour conclut en précisant que « *la décision-cadre 2005/212/JAI doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre qui prévoit que la confiscation de biens acquis illégalement est ordonnée par une juridiction nationale au terme d'une procédure qui n'est subordonnée ni au constat d'une infraction pénale ni, a fortiori, à la condamnation des auteurs présumés d'une telle infraction* »³²³. Autrement dit, le texte, soit la décision-cadre 2005/212/JAI, n'exclut pas la confiscation civile ; ce qui exclut la décision bulgare du champ d'application de la décision-cadre 2005/212/JAI c'est son lien étroit avec la décision-cadre 2006/783/JAI, qui restreint la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires de confiscation à celles rendues dans le cadre

³²³ *Ibid.*

d'une procédure pénale. En outre, cela renforce l'idée, appuyée par le Traité lui-même, selon laquelle le texte d'harmonisation sert la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires rendues en matière pénale. L'étude conjointe des textes régissant l'harmonisation et la coopération judiciaire en matière pénale est donc indispensable pour avoir une compréhension globale du champ d'application d'un système. Suivant ce raisonnement, le texte relatif à la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation – soit le règlement (UE) 2018/1805 – est ainsi un élément supplémentaire, indispensable et incontournable à la compréhension pleine et entière des dispositions et limites de la directive 2014/42/UE. Le règlement (UE) 2018/1805, par l'introduction de l'expression « *procédure en lien avec une infraction pénale* » dans la définition qu'il donne de la décision de confiscation, élargit par rapport à la décision-cadre 2006/783/JAI les possibilités de confiscation aux procédures autres que pénales si celles-ci ont un lien avec une infraction pénale. Rappelons que la décision-cadre 2006/783/JAI ne concernait que la décision de confiscation, peine ou mesure définitive, « *ordonnée par une juridiction à la suite d'une procédure portant sur une ou des infractions pénales, aboutissant à la privation permanente du bien* » et avait « *pour objet de fixer les règles selon lesquelles un État membre reconnaît et exécute sur son territoire une décision de confiscation rendue par un tribunal compétent en matière pénale- d'un autre État membre* ». Certes, le règlement (UE) 2018/1805 maintient le lien avec la matière criminelle, puisqu'il a pour objet de fixer « *les règles selon lesquelles un État membre reconnaît et exécute sur son territoire des décisions de gel et des décisions de confiscation émises par un autre État membre dans le cadre de procédures en matière pénale* ». Mais, son champ d'application n'est plus exclusivement réduit qu'aux décisions de confiscation rendues dans le cadre d'une procédure pénale si, et seulement si, ces procédures ont un lien avec une infraction pénale. Ce qui nous amène à conclure que le mécanisme bulgare, qui comme le souligne l'arrêt « *se concentre exclusivement sur les biens dont il est allégué qu'ils ont été acquis illégalement, est menée de manière indépendante d'une éventuelle procédure pénale engagée contre l'auteur présumé des infractions ainsi que de l'issue d'une telle procédure, en particulier de l'éventuelle condamnation dudit auteur* » serait une fois encore exclu du champ d'application de la directive 2014/42/UE, pour la raison suivante : la non-reconnaissance pure et simple de la confiscation *in rem* par la directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805.

B. La compatibilité des décisions de confiscation civile ou administrative en lien avec une infraction pénale avec les dispositions européennes en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime

65. La non-reconnaissance et l'exécution de décisions de confiscation non-fondée sur une condamnation pénale rendues dans le cadre de procédures en matière pénale détachés de toute infraction pénale. Le règlement (UE) 2018/1805 présente plusieurs avancées importantes. C'est un instrument unique directement applicable. Il a un champ d'application élargi par l'intégration des nouveaux mécanismes de confiscation présents dans la directive 2014/42/UE et de tous les types de décisions de gel et de confiscation, mais également un champ d'application élargi à toutes les infractions pénales. Ainsi, le règlement (UE) 2018/1805 n'est pas, contrairement à la directive 2014/42/UE dont la base juridique principale est l'article quatre-vingt-trois du TFUE, limité aux domaines de criminalité particulièrement grave ayant une dimension transfrontière ou les « *eurocrimes* ». L'article quatre-vingt-deux du TFUE, sur lequel il se fonde, n'exige pas une telle limitation de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matières pénale. En ce qui concerne plus particulièrement la confiscation non fondée sur une condamnation pénale, ce texte va au-delà des dispositions de la directive 2014/42/UE, puisqu'il ne se limite pas aux seuls cas de maladie et de fuite. Il impose aux États de reconnaître et d'exécuter une décision de confiscation non fondée sur une condamnation pénale pour les cas de décès d'une personne, d'immunité, de prescription, les cas dans lesquels il est impossible d'identifier l'auteur d'une infraction, ou d'autres cas dans lesquels une juridiction pénale peut confisquer un avoir en l'absence de condamnation lorsque cette juridiction a décidé que l'avoir en question est le produit du crime³²⁴. En outre, le règlement prévoit que l'absence de telles dispositions dans le droit national de l'État d'exécution n'est pas en soit un motif de refus. Certes, le règlement prévoit dans ses motifs de refus le fait que « *la personne à l'encontre de laquelle la décision de confiscation a été émise n'a pas comparu en personne au procès qui a abouti à la décision de confiscation liée à une condamnation définitive* ». Cependant, des tempéraments ont été apportés. Le règlement précise qu'« *à moins que le certificat de confiscation n'indique que, conformément à d'autres exigences procédurales définies dans le droit de l'État d'émission, l'intéressé* » a été, soit cité à comparaître ou a été informé officiellement et effectivement de la date et du lieu fixé pour ce procès, soit a donné mandat à un avocat, soit après s'être vu signifier

³²⁴ Cons. 13, règlement (UE) 2018/1805, *op. cit.*

la décision de confiscation et avoir été expressément informé de son droit à une nouvelle procédure de jugement ou à une procédure d'appel à laquelle il aurait le droit de participer et qui permettrait de réexaminer l'affaire sur le fond. Ces éléments montrent que le règlement tend à ouvrir davantage de possibilités à la reconnaissance et à l'exécution sur le territoire européen de confiscation non fondée sur une condamnation pénale.

Toutefois, ces avancées demeurent limitées par les conditions d'application consécutives à la directive (UE) 2014/42/UE, mais également par l'article un, paragraphe un du règlement (UE) 2018/1805, qui prévoit que « *le présent règlement fixe les règles selon lesquelles un État membre reconnaît et exécute sur son territoire des décisions de gel et des décisions de confiscation émises par un autre État membre dans le cadre de procédures en matière pénale* », excluant les procédures strictement civiles et administratives de confiscation, qui sont par essence des procédures de confiscation non fondée sur une condamnation pénale. Cela impose de recourir à d'autres instruments de coopération afin de pouvoir faire exécuter une décision de confiscation sans condamnation pénale autre que pénale.

66. Le recours aux instruments internationaux d'entraide pénale et de coopération judiciaire pour exécuter les décisions de confiscation autres pénales. Le règlement (UE) 2018/1805 semble exclure de son champ d'application les biens visés par le mécanisme de confiscation civile imposant de rechercher d'autres voies procédurales, telles que le règlement Bruxelles I bis, qui abolit la procédure d'exequatur et facilite l'application des décisions civiles. Cependant, il existe d'autres voies pour faire reconnaître et exécuter ces décisions, en particulier si celles-ci sont contraires à l'ordre public. Ainsi, « *cette voie soulève des difficultés particulières lorsque les tribunaux civils de l'État membre d'exécution, comme en Espagne, n'ont pas eux-mêmes compétence, en vertu du droit interne, pour émettre des ordonnances de non-conviction civile. Pour contourner ces difficultés, le Royaume-Uni a par exemple adopté une approche plus pratique, en fournissant à l'Espagne les informations nécessaires pour lui permettre d'obtenir une condamnation pénale et, par conséquent, la confiscation* »³²⁵. Il est intéressant de noter qu'un mécanisme de confiscation civile, pour les besoins d'une demande de coopération judiciaire, se transforme en un mécanisme de confiscation pénale, décision qui

³²⁵ M. Fazekas et E. Nanopoulos, " *The effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation*", *op. cit.* Citation : "Moreover, this route raises particular difficulties when civil courts in the executing Member State, such as in Spain, lack themselves jurisdiction under domestic law to issue civil non-conviction based orders. To bypass such difficulties, the UK has for example adopted a more practical approach, by providing Spain with the information necessary to allow it to obtain a criminal conviction and, hence, confiscation".

en outre est prise sur le territoire de l'État d'exécution et fondée sur des éléments fournis par l'État d'émission. D'autres cas montrent le recours aux mécanismes internationaux de coopération judiciaire afin de faire exécuter sur le territoire d'un État membre une décision de confiscation non-conforme à sa législation. Il est, à cet égard, intéressant de citer en exemple un arrêt de la Cour de cassation française sur le thème de la saisie du produit de blanchiment sur le territoire français³²⁶. Cet arrêt de la deuxième chambre civile intervient dans le cadre d'une demande d'exécution d'une mesure conservatoire prise par le tribunal de Milan sur un bien immobilier situé en France, en application de la législation anti-mafia italienne autorisant la confiscation comme mesure de sûreté préventive inconnue en droit français. La demande est fondée sur l'article quinze de la loi du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime³²⁷. Cet arrêt intervient à la suite d'un pourvoi formé par la SCI Zanoto contre l'arrêt confirmatif de la Cour d'Appel d'Aix en Provence de mars 2008, qui autorise par ordonnance le procureur de la République à inscrire une hypothèque provisoire sur la villa Kismet. Parmi les moyens invoqués, le demandeur « critique l'arrêt pour avoir autorisé la demande d'exécution des mesures conservatoires émanant de la juridiction de Milan sans avoir constaté que la villa était susceptible d'être confisquée dans des circonstances analogues selon la loi française »³²⁸. Deux questions étaient principalement soulevées dans l'arrêt : « la première est relative à la mise en œuvre des modalités de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution dans le contexte de la coopération internationale régie par la loi du 13 mai 1996. La seconde a trait à la réciprocité des conditions de la confiscation dans

³²⁶ Civ. 2, 4 juin 2009, n° de pourvoi 08-16142.

³²⁷ Loi n° 96-392 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic des stupéfiants et à la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime [JORF n°112 du 14 mai 1996 page 7208], qui a transposé la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 nov. 1990, ci-après Convention de Strasbourg.

L'article précise : « L'exécution sur le territoire français de mesures conservatoires faisant l'objet d'une demande présentée par une autorité judiciaire étrangère, en application du 3o de l'article 9, est ordonnée, aux frais avancés du Trésor et selon les modalités prévues par le code de procédure civile et par la loi no 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, par le président du tribunal de grande instance lorsqu'il est saisi, à cette fin, par le procureur de la République, dès lors que le propriétaire des biens ne pouvait en ignorer l'origine ou l'utilisation frauduleuse. Toutefois, la demande est refusée s'il apparaît d'ores et déjà que les biens ne sont pas susceptibles d'être confisqués dans des circonstances analogues selon la loi française. La durée maximale de ces mesures est limitée à deux ans. Elles peuvent être renouvelées dans les mêmes conditions avant l'expiration de ce délai. La mainlevée totale ou partielle des mesures conservatoires peut être demandée par tout intéressé. La partie requérante en est préalablement avisée. L'autorisation d'exécuter la décision de confiscation prononcée par la juridiction étrangère vaut validation des mesures conservatoires et permet l'inscription définitive des sûretés. Le refus d'autoriser l'exécution de la décision de confiscation prononcée par la juridiction étrangère emporte de plein droit aux frais du Trésor mainlevée des mesures ordonnées. Il en est de même lorsque les poursuites engagées à l'étranger ont pris fin ».

³²⁸ Civ. 2, 4 juin 2009, n° de pourvoi 08-16142.

l'État requérant et dans l'État requis »³²⁹. Cette dernière nous intéresse plus particulièrement. La loi italienne n° 646 du 13 septembre 1982 crée « un véritable système de prévention autonome qui coexiste avec la confiscation pénale, mais dont il est totalement indépendant »³³⁰. Il permet au tribunal d'ordonner, par décision motivée et au besoin d'office, la saisie des biens dont dispose directement ou indirectement la personne contre laquelle la procédure est engagée. « Les juges déduisent à partir d'indices objectifs, tels qu'une disproportion importante entre le train de vie et les revenus apparents ou déclarés, que les biens constituent le produit d'activités illicites ou leur emploi. Le tribunal ordonnera la confiscation des biens saisis dont la provenance légitime n'a pas été démontrée. En revanche, si la preuve de leur origine licite est apportée, il devra révoquer la saisie »³³¹. Il s'agit d'un mécanisme fondé sur des présomptions et détachée du procès pénal, alors même que les mécanismes de confiscation français ne peuvent être détachés du procès pénal, et de la notion de responsabilité, de culpabilité pénale. Dès 2003, la compatibilité des deux systèmes s'est posée et a donné lieu à un arrêt du 13 novembre 2003, qui a approuvé la cour d'appel d'avoir déduit de constatations souveraines qu'elle était compatible avec le droit français. Par conséquent, la question de la compatibilité est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, qui ont jugé dans cet arrêt que les biens dont la confiscation était demandée étaient susceptibles d'être confisqués dans des circonstances analogues selon la loi française, de ce que « l'article 324-7 du code pénal français prévoit la confiscation des biens issus de l'infraction de blanchiment ; que, plus généralement, l'article 131-24 du code pénal prévoit la confiscation de la chose qui est le produit de l'infraction ; que s'agissant en l'espèce du produit d'un trafic de stupéfiants important, les circonstances analogues requises par la loi sont ainsi remplies ; qu'il peut être précisé que la loi ne prévoit aucune identité de juridiction ; que la décision du tribunal de Milan en ses motifs et ses conséquences sur le patrimoine des condamnés peut s'analyser comme une décision pénale ; que l'ordonnance du 17 décembre 1999 du tribunal de Milan démontre, en effet, parfaitement que la villa du cap d'Antibes était acquise avec le produit de crimes divers, en particulier trafic de narcotiques (commis par les époux C...) ; que l'ordre public français ne peut être contrarié par une requête visant à confisquer une villa acquise par le blanchiment de sommes issues d'une organisation criminelle »³³². La Cour de cassation rejette le pourvoi formé et décide que la Cour d'appel a justifié sa décision, en constatant que « les conditions prévues

³²⁹ C. Cutajar, « La saisie du produit de blanchiment sur le territoire », Recueil Dalloz, 2009, p. 2250.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Ibid.*

³³² Crim., 13 novembre 2003, n° de pourvoi 03-80.371, D. 2003. IR. 3008.

pour cette exécution par la loi du 13 mai 1996 [...] sont réunies », « que la décision de confiscation est définitive et exécutoire et que le bien confisqué est susceptible de l'être dans des circonstances analogues selon la loi française, en ses articles 131-21 et 324-7 du code pénal » et « que l'exécution de la décision précitée ne peut porter atteinte à l'ordre public dès lors que la requête tend à la confiscation d'un immeuble acquis par le blanchiment de sommes issues d'une organisation criminelle »³³³. La chambre criminelle conclut que les conditions sont remplies lorsque « une partie ayant reçu de l'autre partie une demande de confiscation concernant des produits situés sur son territoire est tenue de l'exécuter »³³⁴. En d'autres termes, la finalité de la mesure peut justifier la compatibilité des systèmes européens de confiscation. Il convient également de préciser que la loi de 1996 transpose les dispositions de la Convention de Strasbourg du Conseil de l'Europe – qui à cet égard peut constituer un palliatif intéressant aux limites de la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation dans l'espace européen.

L'exemple donné est désormais obsolète, puisque selon les dispositions du règlement (UE) 2018/1805, la confiscation préventive italienne entre dans son champ d'application car sa mise en œuvre est liée à la constatation informelle de la commission d'une infraction. Sa mise en œuvre est en lien avec une infraction pénale, mais elle peut intervenir avant qu'un Tribunal ne statue sur la culpabilité des intéressés. C'est un exemple des progrès accomplis par la législation européenne en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.*

CONCLUSION – CHAPITRE 2

67. Le maintien d'un lien avec une infraction pénale. Le droit européen renforce les régimes juridiques des nouveaux mécanismes de confiscation. Toutefois, ce renforcement constitue à de nombreux égards une atteinte aux droits fondamentaux des personnes concernées, et peut constituer une source de discrimination entre les citoyens européens. En effet, la directive rappelle que certes les notions de gel et de confiscation sont des notions autonomes, mais il appartient ultérieurement aux États membres le soin « *de mettre en œuvre la présente directive en ayant recours à des instruments qui, conformément au droit national, seraient considérés comme des sanctions ou d'autres types de mesures* »³³⁵, ces derniers étant « *libres d'engager des procédures de confiscation liées à une affaire pénale devant toute juridiction compétente* »³³⁶. Ce dernier élément rappelle que la directive 2014/42/UE n'impose pas aux États membres de mettre en œuvre les mécanismes de confiscation dans le cadre d'une procédure criminelle, celle-ci pouvant être d'une autre nature. De même la CJUE reconnaît que les dispositifs de confiscation civile ne sont pas incompatibles avec le droit européen. La législation européenne se borne à décrire les mécanismes à appliquer, laissant aux États membres le soin de déterminer le cadre d'application. Cependant, cela interroge, et notamment au regard de l'application du principe de légalité criminelle.

L'application du principe de légalité criminelle dans le domaine européen présente quelques particularités, puisque les dispositions sont transposables en droit interne, et cela pourrait signifier qu'« *en raison du devoir de transposition, le principe de légalité ne concerne que le législateur national* »³³⁷. Il appartiendrait à ce dernier de remplir les exigences de clarté et de précision lors de la transposition, et ce point expliquerait également la nécessaire « *relative imprécision* »³³⁸ de certaines dispositions européennes du fait de l'existence d'un double degré de législation ; ce qui expliquerait que l'UE ne tranche pas la question de la nature juridique des mécanismes de confiscation qu'elle développe, alors même qu'il s'agit d'une question centrale pour déterminer les garanties à accorder aux personnes concernées par les mesures de gel et de confiscation. Pour autant, cela nuit à un autre principe fondamental, celui d'égalité de tous devant la loi, ainsi que celui de l'égalité des armes. Certes, le texte définit un certain nombre de garanties, mais celles-ci ont trait à la reconnaissance des droits de la personne

³³⁵ Cons. 13, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

³³⁶ Cons. 10, *ibid.*

³³⁷ H. Satzger, « *Le principe de légalité* » in G. Giudicelle-Delage et C. Lazerges (dir.), « *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne* », *op. cit.*, p. 91.

³³⁸ *Ibid.*

concernée sur le bien objet de la mesure de confiscation, mais les garanties fondamentales, les garanties procédurales et les exigences probatoires varieront d'un État à un autre en fonction du cadre procédural choisi, créant ainsi une situation de discrimination entre les citoyens. Cependant, force est de constater qu'en matière de reconnaissance mutuelle seules les décisions rendues dans le cadre d'une procédure en lien avec une infraction pénale sont concernées, garantissant que la personne condamnée ait pu bénéficier lors du procès établissant la responsabilité pénale de l'individu des droits liés à ceux de la défense. La procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime est perçue comme une procédure accessoire susceptible d'être réglementée par ses propres normes, dispositions procédurales. Ce cadre dérogatoire touche également la question des garanties procédurales, qui est traitée par la directive de manière sectorielle, c'est-à-dire la définition de garanties propres à la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Elle est conçue comme une question transdisciplinaire.

CONCLUSION – TITRE 1

68. Une approche aussi large que possible des mécanismes de confiscation susceptibles d’être mis en place dans le cadre de l’UE. Les différents éléments avancés démontrent que l’UE a mis en place un système qui tend autant que faire se peut à concilier les particularités juridiques des États membres avec l’objectif qu’elle s’est fixée, à savoir, confisquer aussi largement que possible les produits du crime l’UE. À cet équilibre fragile s’ajoute le fait que les États connaissent des phénomènes criminels variés ne nécessitant pas la mise en place des mêmes outils juridiques. Ce point est notamment mis en avant – les particularités des États – dans les arrêts de la CEDH, lorsqu’elle a à juger de la proportionnalité d’un mécanisme de confiscation. Elle prend en considération le contexte dans lequel la mesure a été prise. Il semble que les mécanismes de confiscation répondent à des contextes criminels particuliers.

Toutefois, la directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805 mettent en place, un système de confiscation et de recouvrement des produits du crime qui tend à effacer partiellement les particularismes nationaux au profit d’un objectif européen. Il est intéressant de noter que cette législation conduit inévitablement les États à questionner leur propre système, notamment dans les cas où ils doivent répondre à une demande de reconnaissance mutuelle de gel ou de confiscation qui vise une forme de confiscation non prévue dans leur droit interne. La matière pénale est généralement présentée dans le cadre de la coopération comme un domaine où les États demeurent souverains. Or la combinaison de ces textes tend à démontrer que cette souveraineté peut céder devant les exigences européennes et que l’UE a mis en place les bases, les fondements d’une procédure européenne à part entière. Le recouvrement des avoirs semble être un concept dépendant du contexte dans lequel celui-ci est adopté. Il convient donc de l’analyser comme tel au niveau européen. La procédure ne peut être actuellement cataloguée avec certitude de pénale et ce, même si sa mise en œuvre – comme cela est le cas avec la directive 2014/42/UE – requiert une condamnation pénale préalable. La directive rappelle qu’« *est sans préjudice des procédures auxquelles peuvent recourir les États membres pour confisquer les biens en question* »³³⁹. En d’autres termes, les mécanismes étudiés pourraient s’appliquer dans une procédure pénale ou dans toutes autres procédures. Ce qui importe finalement ce n’est pas tant le cadre juridique dans lequel va s’appliquer le mécanisme, mais davantage la portée de ce dernier. En effet, les mécanismes européens de confiscation élargissent un peu plus le domaine et l’objet de cette sanction. Désormais, par exemple, peut

³³⁹ Art. 1.2, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

être visée par une mesure de confiscation toute personne ayant acquis légalement ou illégalement un bien d'origine criminelle et ce, quelle que soit son statut lors de la procédure criminelle de condamnation. Cet élément démontre également que la confiscation devient dans la sphère du droit un instrument transdisciplinaire, qui ne se définirait pas par sa nature juridique, par le cadre juridique dans lequel il s'applique -et ce, même si comme nous le verrons le cadre demeure une question centrale, notamment dans les procédures de coopération judiciaire,- mais qui se définirait par rapport à son but, à sa finalité : « *garantir que le crime ne paie pas* »³⁴⁰, confisquer les produits tirés de la commission d'activités illicites.

Il s'agit d'une procédure à part entière, d'une procédure autonome. Autre exemple de l'autonomie de la procédure de recouvrement des avoirs, la directive 2014/42/UE n'envisage pas la question des garanties procédurales du point de vue de la personne condamnée, mais de celui du propriétaire des biens. Pour englober de façon suffisamment large toutes les personnes susceptibles d'être visées par une mesure de confiscation, elle emploie l'expression de « *personne concernée par une mesure de gel et de confiscation* »³⁴¹. Elle précise que « *la présente directive porte sensiblement atteinte aux droits des personnes, non seulement des suspects ou des personnes poursuivies, mais aussi des tiers qui ne font pas l'objet de poursuites. Il est donc nécessaire de prévoir des garanties spécifiques et des voies de recours judiciaires afin de garantir la sauvegarde des droits fondamentaux de ces personnes lors de la mise en œuvre de la présente directive. Cela inclut le droit d'être entendu pour les tiers qui font valoir qu'ils sont les propriétaires des biens concernés ou qui affirment détenir d'autres droits de propriété («droits réels») tels qu'un droit d'usufruit. La décision de gel devrait être communiquée à la personne concernée le plus rapidement possible après son exécution. Les autorités compétentes peuvent toutefois reporter la communication de ces décisions à la personne concernée pour les besoins de l'enquête* »³⁴². Ce passage démontre qu'est au cœur de la procédure de recouvrement des avoirs illicites, non pas l'auteur des faits, mais le propriétaire des biens visés. Le régime des confiscations peut certes apparaître incohérent, mais sous l'angle du bien et de la recherche des produits du crime, un système global de captation des produits du crime adaptable à l'ensemble des systèmes juridiques de l'Union se dessine.

³⁴⁰ COM/2008/0766 final, *op. cit.*

³⁴¹ Art. 8, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

³⁴² Cons. 33, *ibid.*

TITRE 2. UNE RECHERCHE D'EFFICACITÉ DES INSTRUMENTS DE RECONNAISSANCE MUTUELLE DES DÉCISIONS DE GEL ET DES DÉCISIONS DE CONFISCATION

69. Un instrument de coopération judiciaire guidé par une exigence d'efficacité. Les rapports de mise en œuvre sur les décisions-cadres 2003/577/JAI et 2006/783/JAI montrent que le cadre en place en matière de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation est insatisfaisant. Les décisions-cadres énoncées « *n'ont pas été mises en œuvre ni appliquées de manière uniforme dans les États membres, ce qui a conduit à une reconnaissance mutuelle insuffisante et à une coopération transfrontalière non optimale* »³⁴³. Les instruments de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation ne sont avérés être inefficaces.

Après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la confiscation est devenue une priorité de l'UE, et un travail de réflexion autour de cette sanction a été entamé pour la rendre plus efficace. L'adoption de la directive 2014/42UE – qui constitue la première étape de reconstruction, de modernisation d'un cadre juridique efficace de confiscation et de recouvrement des produits du crime – a conduit le Parlement européen et le Conseil à inviter la Commission « *à présenter, aussi rapidement que possible, une proposition législative sur la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation (...) compte tenu de la nécessité de mettre en place un système global pour le gel et la confiscation des produits et des instruments du crime dans l'UE* ». Le travail de modernisation s'est ainsi poursuivi avec l'adoption d'un règlement concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation. Il est important d'insister sur le fait que pour la première l'UE adopte un règlement dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, résolvant de la sorte les difficultés liées à la transposition. Mais, l'adoption de ce règlement traduit, pour certains auteurs, « *le niveau de confiance mutuelle auquel sont arrivés les États membres justifiant le recours à un instrument typique du droit communautaire* »³⁴⁴. Le recours au règlement marque certainement cette volonté de montrer, au moins sur ce thème, le niveau élevé de confiance mutuelle entre États membres. Toutefois, il marque l'exigence d'efficacité qui sous-tend le système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

³⁴³ V. les rapports suivants : rapport de la Commission, COM (2008) 885 final, *op. cit.* ; rapport de la Commission COM(2010) 428 final, *op. cit.*

³⁴⁴ T. Cassuto, « *Le règlement européen gel et confiscation : un instrument orienté vers l'efficacité et le respect des droits fondamentaux* », AJ Pénal, n°07, juillet 2019, p. 368.

L'objectif européen, rappelons-le, est de « *garantir que le crime ne paie pas* » et de confisquer aussi largement que possible. Par conséquent, le règlement est le seul instrument juridique qui garantit à l'Union que les dispositions adoptées ne seront pas partiellement transposées, incorrectement transposées ou non-transposées. Il répond à une exigence d'efficacité, et toutes les dispositions adoptées tendent vers cette exigence d'efficacité (Chapitre 1), qui se matérialise à travers le gel et/ou la confiscation effective des biens en rapport avec le crime et/ou des instruments et des produits du crime. Mais, l'adoption de ce règlement n'a été possible que par une reconnaissance des garanties procédurales dans le cadre de la procédure européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime (Chapitre 2). Ce n'est qu'à cette condition que certains États membres ont accepté l'adoption d'un règlement. Enfin, il convient de préciser que le législateur européen prend soin de limiter son recours, en précisant que « *la forme juridique du présent acte ne devrait pas constituer un précédent pour de futurs actes juridiques de l'Union dans le domaine de la reconnaissance mutuelle de jugements et de décisions judiciaires en matière pénale. Le choix de la forme juridique de futurs actes juridiques de l'Union devrait être évalués soigneusement, au cas par cas, en tenant compte, entre autres facteurs, de l'efficacité de l'acte juridique et des principes de proportionnalité et de subsidiarité* »³⁴⁵.

CHAPITRE 1. LA MODERNISATION DES INSTRUMENTS DE RECONNAISSANCE MUTUELLE EN MATIÈRE DE GEL ET DE CONFISCATION

CHAPITRE 2. L'INTRODUCTION DE GARANTIES PROCÉDURALES POUR LES PERSONNES CONCERNÉES PAR LES MESURES DE GEL ET DE CONFISCATION

³⁴⁵ Cons. 53, règlement (UE) 2018/1805, *op. cit.*

CHAPITRE 1. LA MODERNISATION DES INSTRUMENTS DE RECONNAISSANCE MUTUELLE EN MATIÈRE DE GEL ET DE CONFISCATION

70. Une synthèse améliorée des instruments de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation. Concernant le règlement (UE) 2018/1805 du Parlement européen et du Conseil concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation, il est plus juste de parler d'un renforcement des dispositions de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation que d'un nouveau cadre. En effet, le règlement s'appuie sur la législation existante de l'UE en matière de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation. Les conditions générales de mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation restent inchangées. Ainsi, le règlement fixe les règles selon lesquelles un État membre reconnaît et exécute sur son territoire des décisions de gel et des décisions de confiscation émises par un autre État membre dans le cadre de procédures en matière pénale. Cette règle exclut toujours les décisions émises dans le cadre d'une procédure civile, limitant cet instrument de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues dans le cadre d'une procédure pénale.

En revanche, le règlement, tout en abrogeant et synthétisant les dispositions des décisions-cadres antérieures, clarifie la procédure de coopération judiciaire, d'une part (section 1), et tend à accélérer les conditions de reconnaissance et d'exécution procédure des décisions de gel et des décisions de confiscation, d'autre part (section 2). Ces deux mouvements participant de cette volonté de rendre la coopération judiciaire en matière de gel et de confiscation plus efficace.

SECTION 1. UN INSTRUMENT DE CLARIFICATION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE DE GEL ET DE CONFISCATION

71. Une procédure actualisée. Le règlement (UE) 2018/1805 ne remet pas profondément en question les procédures de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation, mais tend à les renforcer et à les actualiser. En effet, l'efficacité de la décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve et de la décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, qui visent à faciliter le recouvrement des avoirs dans les situations transfrontières a été remise en question. Plusieurs points négatifs ont ainsi été mis en exergue, tels que les difficultés liées à la transposition des normes européens, leur manque de clarté, l'accumulation et la superposition des textes de coopération judiciaire en matière pénale ou encore le manque d'adéquation des dispositifs de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation avec le nouveau cadre européen³⁴⁶. Le règlement (UE) 2018/1805 suit les évolutions législatives récentes portées notamment par la directive 2014/42/UE. Le règlement – en tant qu'instrument d'application directe – précise les cadres de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation et ce, davantage qu'il ne les réforme.

Pour illustrer la clarification qui est intervenue avec l'adoption du règlement (UE) 2018/1805, cette partie analysera la décision-cadre 2006/783/JAI qui fixait les conditions dans lesquelles la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation étaient reconnues et exécutées (§1), pour analyser dans un second temps les apports du règlement (UE) 2018/1805 (§2).

³⁴⁶ V. les rapports suivants : rapport de la Commission, COM(2008) 885 final, *op. cit.* ; rapport de la Commission COM(2010) 428 final, *op. cit.*

§1. Les conditions de reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation dans le cadre de la décision-cadre 2006/783/JAI

72. Un domaine d'application limité aux décisions rendues dans le cadre d'une procédure pénale. La décision-cadre 2006/783/JAI restreignait son champ d'application aux mesures de confiscation adoptées dans le cadre d'une procédure pénale, excluant purement et simplement les procédures émises dans le cadre d'une procédure civile, contrairement au règlement (UE) 2018/1805 qui étend son champ d'application à toutes les décisions de confiscation rendues dans le cadre d'une procédure en lien avec une infraction pénale.

Il sera analysé dans cette partie les conditions d'émission (A), d'une part et les conditions de reconnaissance et d'exécution (B), d'autre part, adoptées dans le cadre de la décision-cadre 2006/783/JAI, qui n'est plus depuis le 18 décembre 2020 en vigueur. Pour autant leur étude est nécessaire pour comprendre les apports du règlement (UE) 2018/1805.

A. Les conditions d'émission de la décision de confiscation

73. Une décision émise dans le cadre d'une procédure pénale. Trois ans après l'adoption de la décision-cadre 2003/577/JAI relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux éléments de preuve et au gel, fort de son expérience, le législateur européen a adopté la décision-cadre 2006/783/JAI relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation³⁴⁷. La décision-cadre 2006/783/JAI a pour objet « *de fixer les règles selon lesquelles un État membre reconnaît et exécute sur son territoire une décision de confiscation rendue par un tribunal compétent en matière pénale d'un autre État membre* »³⁴⁸. À cet égard, le législateur européen a pris soin de définir ce qui convenait d'entendre par l'expression « *décision de confiscation* ». Cette décision consiste en « *une peine ou une mesure définitive ordonnée par une juridiction à la suite d'une procédure portant sur une ou des infractions pénales, aboutissant à la privation permanente du bien* »³⁴⁹. Plus précisément, la décision de confiscation doit être rendue – dans l'État d'émission – par un tribunal ayant pris une décision de confiscation dans le cadre d'une procédure pénale. Cette précision est indispensable, puisqu'elle limite le champ d'application de la décision-cadre

³⁴⁷ Décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation [*JOUE* L 328, 24 novembre 2006, pp. 59–78].

³⁴⁸ Art. 1.1, *ibid.*

³⁴⁹ Art. 2, c), *ibid.*

2006/783/JAI aux condamnations pénales, excluant de la sorte les confiscations prononcées par une juridiction civile. Cette limitation est en outre rappelée à l'article premier de la décision-cadre, qui fixe l'objet du texte : « *La présente décision-cadre a pour objet de fixer les règles selon lesquelles un État membre reconnaît et exécute sur son territoire une décision de confiscation rendue par un tribunal compétent en matière pénale d'un autre État membre* ».

Ainsi, la confiscation ne peut être ordonnée que par une autorité judiciaire ou un juge pénal ou tribunal pénal à la suite d'une procédure portant sur une ou des infractions. La notion d'autorité judiciaire est centrale – dans les dispositifs de reconnaissance mutuelle en droit européen et dans les États – puisqu'elles sont les gardiennes du respect des droits et libertés individuelles et ce, à tous les stades de la procédure. Dans l'arrêt *Jeremy F*, la CJUE relevait, dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen que « *l'intervention de l'autorité judiciaire nationale à tous les stades de la procédure [...] confère à celle-ci toutes les garanties nécessaires à la protection des droits fondamentaux* »³⁵⁰. Ainsi, « *le facteur principal de validité extraterritoriale de la décision de justice pénale qui circule est d'avoir été émise (et d'être exécutée) par une autorité judiciaire* »³⁵¹. Jusqu'aux arrêts *Kovalkovas et Poltorak* du 10 novembre 2016, aucune définition de la notion d'autorité judiciaire n'était définie par les textes européens ou par la jurisprudence de la Cour. Dans ses arrêts *Kovalkovas et Poltorak*, la CJUE fournit des éléments de définition de la notion d'autorité judiciaire en droit européen aux fins de coopération judiciaire en matière pénale. « *Dans ces arrêts la question préjudicielle posée au juge européen était de savoir si l'autorité d'émission du mandat d'arrêt européen, dans un cas le Ministère de la justice lituanien (CJUE, Kovalkovas, C-477/16) et dans l'autre les services de police suédois (CJUE, Poltorak, C-452/16), relève de la notion d'autorité judiciaire de telle sorte que le mandat d'arrêt européen émis par ces organes nationaux entre bien dans le champ d'application du mécanisme de reconnaissance mutuelle?* »³⁵² Il en est ressorti une définition générale où l'autorité judiciaire est définie comme « *autorité appelée à participer à l'administration de la justice dans l'ordre juridique concerné* »³⁵³. De cette définition générale, « *seul un critère fonctionnel transparaît dans ces décisions lorsque la Cour de justice exige que l'autorité nationale désignée dans l'ordre interne soit en mesure d'exercer « un contrôle*

³⁵⁰ CJUE, *Jeremy F*, 30 mai 2013, aff. C-168/13 PPU.

³⁵¹ G. Taupiac-Nouvel, « *Réflexions sur la consécration de la notion européenne d'autorité judiciaire, à propos de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne* », *op. cit.*

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ CJUE, *Poltorak*, 10 novembre 2016, aff. C-452/16 PPU, §33 ; CJUE, *Kovalkovas*, 10 novembre 2016, aff. C-452/16 PPU, §34.

judiciaire » de la procédure de coopération »³⁵⁴. Il convient de préciser que la Cour limite ces éléments de définition au texte étudié, à savoir le mandat d'arrêt européen. En effet, « la conception de la notion autonome d'autorité judiciaire ne peut être que finaliste, voire contextuelle, dès lors que son interprétation par la Cour de justice de l'Union « doit être recherchée en tenant compte à la fois des termes de cette disposition, du contexte dans lequel elle s'insère et de l'objectif poursuivi par la décision-cadre » »³⁵⁵, limitant la portée de cet arrêt au mandat d'arrêt européen. Toutefois, comme le souligne G. Taupiac-Nouvel : « Rassurant quant à la portée de la définition actuelle de la notion européenne d'autorité judiciaire, cela signifie que la jurisprudence étudiée serait limitée à l'instrument du mandat d'arrêt européen sauf à considérer, plus justement, que l'approche de l'autorité judiciaire en coopération pénale est davantage rattachée au principe source, et transversal, de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales. La consécration de la notion européenne d'autorité judiciaire n'en serait alors qu'à ses débuts »³⁵⁶. Elle pourrait donc servir de base à la définition d'autorité judiciaire dans le cadre européen de captation des avoirs.

74. La transmission de la demande d'exécution de la décision de confiscation. La transmission des demandes s'exécute par l'intermédiaire des autorités centrales. La notion d'autorité judiciaire doit être distinguée de celle d'autorité centrale, qui est chargée d'assurer la transmission et la réception administrative des décisions et d'assister les autorités compétentes. Ces autorités centrales peuvent certes être des autorités judiciaires, telles que les juridictions nationales ou le ministère public – dans un arrêt *Halil Ibrahim Ozcelik*, la CJUE a jugé que « le Ministère public étant une autorité appelée à participer à l'administration de la justice pénale d'un État membre, la décision d'une telle autorité doit être considérée comme étant une décision judiciaire »³⁵⁷. Mais, elles peuvent être également une autorité autre que judiciaire, telles qu'un ministère. À titre d'exemple la Roumanie a désigné comme autorité centrale le ministère de la justice pour qu'il prête assistance et transmette les documents lorsqu'il n'est pas possible d'établir un contact direct. En revanche, il est intéressant de relever que la loi lettonne donne compétence aux Tribunaux et au ministère de la Justice. Ce dernier a un rôle important au ministère de la justice, puisqu'il apprécie l'éventuelle existence d'un quelconque motif de refus, avant de décider d'envoyer à la juridiction la demande d'exécution de la décision de

³⁵⁴ G. Taupiac-Nouvel, « Réflexions sur la consécration de la notion européenne d'autorité judiciaire, à propos de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ Aff. C-453/16 PPU, §34, *op. cit.*

confiscation. Peut également cité le cas de l'Irlande, qui permet à son autorité centrale de décider si la demande peut être transmise à la *High Court*. Dans ces cas, la question de savoir si les autorités centrales n'exécutent pas des missions généralement dévolues aux autorités judiciaires se posent. Sur ce point, les arrêts rendus par la CJUE en 10 novembre 2016 sont particulièrement instructifs. Ils ont conclu qu'un ministère, ainsi que les services de police ne sont pas des autorités judiciaires. Enfin, il est également important de préciser que l'autorité centrale peut être désignée comme l'autorité d'émission ou d'exécution, qui ne peuvent être que des autorités judiciaires.

En outre, il importe de garder à l'esprit que les produits et les instruments du crime, ainsi que les biens appartenant aux personnes condamnées peuvent être disséminés sur l'ensemble du territoire de l'UE. Or, le principe posé à l'article cinq, paragraphe un, de la décision-cadre 2006/783/JAI est qu'une « *décision de confiscation ne peut être transmise en vertu de l'article quatre qu'à un seul État d'exécution à la fois* ». En matière de lutte contre le crime organisé, cette situation peut rapidement nuire à l'effectivité de la peine de confiscation. Certes, les biens situés dans un État A pourront être confisqués. En revanche, ce principe permettra aux propriétés des biens visés dans d'autres États d'organiser leur transfert, ne permettant plus à la justice de recouvrer l'ensemble des biens visés dans la décision de confiscation. Du fait de cette situation, le législateur européen a posé des exceptions. D'une part, « *une décision de confiscation portant sur des biens spécifiques peut être transmise simultanément à plusieurs États d'exécution dans les cas où : l'autorité compétente de l'État d'émission est fondée à croire que différents biens couverts par la décision de confiscation se trouvent dans différents États d'exécution, la confiscation d'un bien spécifique couvert par la décision de confiscation implique d'agir dans plusieurs États d'exécution, ou l'autorité compétente de l'État d'émission est fondée à croire qu'un bien spécifique couvert par la décision de confiscation se trouve dans l'un des deux États d'exécution ou davantage indiqués* »³⁵⁸. D'autre part, « *une décision de confiscation portant sur une somme d'argent peut être transmise simultanément à plusieurs États d'exécution lorsque l'autorité compétente de l'État d'émission estime nécessaire de le faire pour une raison particulière, par exemple lorsque : le bien concerné n'a pas fait l'objet d'une mesure de gel en vertu de la décision-cadre 2003/577/JAI, la valeur du bien qui peut être confisqué dans l'État d'émission et dans tout État d'exécution risque de n'être pas suffisante pour exécuter le montant total visé par la décision de confiscation* »³⁵⁹. Il convient de souligner que le choix de transmettre la décision de confiscation

³⁵⁸ Art. 5.2, *ibid.*

³⁵⁹ Art. 5.3, *ibid.*

dans plusieurs États d'exécution doit faire l'objet en pratique d'une étroite collaboration entre les autorités nationales compétentes. L'efficacité de cette mesure ne sera pleine et entière que si, et seulement si, les autorités compétentes des États d'exécution agissent simultanément. Dans le cas contraire, l'efficacité de la peine de confiscation pourrait s'en trouver amoindrie³⁶⁰. À l'opposé, un État d'exécution pourrait se retrouver, quant à lui, destinataire de plusieurs décisions de confiscation portant soit sur une somme d'argent, soit sur le même bien. L'article onze expose qu'il revient à l'autorité compétente de l'État d'exécution de déterminer, selon sa législation, la ou les décisions de confiscation devant être exécutées en tenant compte de l'ensemble des circonstances, qui peuvent être : l'existence éventuelle de biens gelés, la gravité de l'infraction, le lieu de commission de l'infraction ou encore les dates auxquelles les décisions ont été rendues et transmises. Ce point révèle un autre aspect important de la procédure prévue par la décision-cadre 2006/783/JAI. Quelles législations nationales s'appliquent en matière d'exécution de la décision de confiscation, celle de l'État d'émission ou celle de l'État d'exécution ?

B. Les conditions d'exécution de la décision de confiscation

75. Le principe demeure l'application du droit de l'État d'exécution. Ainsi, lorsque un État d'exécution doit traiter plusieurs demandes, il lui appartient de déterminer la décision de confiscation devant être traitée en priorité. Qu'en est-il plus particulièrement de la procédure d'exécution de la décision de confiscation ?

L'article douze de la décision-cadre 2006/783/JAI rappelle que la décision de confiscation est exécutée selon la législation de l'État d'exécution. Concrètement, cela signifie que les autorités compétentes vont seulement décider des modalités d'exécution et déterminer les mesures y afférentes. Les autorités compétentes de l'État d'exécution ne peuvent pas se prononcer sur la décision même de confiscation. Seules les autorités de l'État d'émission ont compétence à connaître des demandes portant sur la décision même de confiscation. Ainsi, « *lorsque l'intéressé est en mesure de fournir la preuve de la confiscation, totale ou partielle, dans un État, l'autorité compétente de l'État d'exécution consulte l'autorité compétente de l'État d'émission par tous les moyens appropriés* »³⁶¹. De même, « *une décision de confiscation*

³⁶⁰ Cons. 10, *ibid.*

³⁶¹ Sur ce point, la décision-cadre expose qu'en cas de confiscation de produits, toute partie du montant recouvré en application de la décision de confiscation dans tout État autre que l'État d'exécution est déduite intégralement du montant qui doit être confisqué dans l'État d'exécution. Art. 12.2, *ibid.*

rendue à l'encontre d'une personne morale est exécutée même si l'État d'exécution ne reconnaît pas le principe de la responsabilité pénale des personnes morales »³⁶². Ou encore, « *l'État d'exécution ne peut appliquer de mesures qui se substitueraient à la décision de confiscation, y compris une peine privative de liberté ou toute autre restriction à la liberté d'une personne, à la suite d'une transmission conforme aux articles 4 et 5, à moins que l'État d'émission n'y ait consenti* »³⁶³. Autrement dit, le fond de la décision de confiscation relève de la compétence de l'État d'émission et la forme, à savoir son exécution, à proprement parler, relève de la législation de l'État d'exécution.

En revanche, l'État d'exécution détient bien le pouvoir de reconnaître ou non la décision de confiscation. En principe, « *les autorités compétentes de l'État d'exécution reconnaissent une décision de confiscation qui a été transmise conformément aux articles 4 et 5, sans qu'aucune autre formalité ne soit requise, et prennent sans délai toutes les mesures nécessaires pour son exécution* »³⁶⁴. Ce principe connaît toutefois des exceptions, puisque l'autorité compétente de l'État d'exécution peut ne pas reconnaître et ne pas exécuter la décision de confiscation si : le certificat n'est pas produit ou incomplet³⁶⁵ ; si l'exécution est contraire au principe *ne bis in idem*³⁶⁶ ; si la demande ne satisfait pas au principe de la double incrimination, excepté pour les infractions de nature fiscale³⁶⁷ ; si la législation de l'État d'exécution prévoit une immunité ou un privilège³⁶⁸ ; si les droits de toute partie intéressée, y compris les tiers de bonne foi, rendent impossible en vertu de la législation de l'État d'exécution l'exécution de la décision de confiscation, y compris lorsque cette situation découle de l'utilisation de voies de recours³⁶⁹ ; si selon le certificat, l'intéressé n'a pas comparu en personne et n'était pas représenté par un conseil juridique lors de la procédure ayant abouti à la décision de confiscation, sauf si le certificat indique que l'intéressé a été informé de la procédure personnellement ou par l'intermédiaire de son représentant compétent en vertu de la législation, conformément à la législation de l'État d'émission, ou que l'intéressé a indiqué qu'il ne contestait pas la décision de

³⁶² Art 12.3, *ibid.*

³⁶³ Art. 12.4, *ibid.*

³⁶⁴ Art. 7.1, *ibid.*

³⁶⁵ Art. 8.1, *ibid.*

³⁶⁶ Art. 8.2, a), *ibid.*

³⁶⁷ Art. 8.2, b), *ibid.*

³⁶⁸ Art. 8.2, c), *ibid.*

³⁶⁹ Art. 8.2, d), *ibid.* V° également l'article 9 qui impose que « *chaque État membre prend toutes les dispositions nécessaires pour garantir que la reconnaissance et l'exécution d'une décision de confiscation en application de l'article 7 puissent faire l'objet d'un recours formé par toute personne concernée, y compris des tiers de bonne foi, en vue de préserver ses droits. L'action est engagée devant un tribunal de l'État d'exécution conformément à la législation de cet État. Cette action peut avoir un effet suspensif en vertu de la législation de l'État d'exécution* ». En revanche, « *les raisons substantielles qui ont conduit au prononcé de la décision de confiscation ne peuvent pas être contestés devant un tribunal de l'État d'exécution* ».

confiscation³⁷⁰; si la décision de confiscation est fondée sur une procédure pénale relative à des infractions qui selon la législation de l'État d'exécution, ont été soit commises en tout ou en partie sur son territoire ou en un lieu assimilé à son territoire, soit commises hors du territoire de l'État d'émission et la législation de l'État d'exécution n'autorise pas la poursuite des mêmes infractions commises hors de son territoire³⁷¹; si la décision de confiscation, de l'avis de cette autorité, a été rendue en vertu des pouvoirs de confiscation élargie³⁷²; s'il y a prescription de l'exécution de la décision de confiscation dans l'État d'exécution, pour autant que les faits relèvent de la compétence de cet État en vertu de sa propre législation pénale³⁷³. Toutefois, l'article huit, paragraphe quatre, dispose que l'autorité compétente de l'État d'exécution doit accorder une attention particulière à la consultation des autorités compétentes de l'État d'émission, avant de prendre sa décision de pas reconnaître et ne pas exécuter. Il existe une voie médiane entre l'exécution et la non-exécution des décisions de confiscation. En effet, « l'autorité compétente de l'État d'exécution peut surseoir à l'exécution d'une décision de confiscation transmise en application des articles 4 et 5 : si elle estime, lorsque la décision de confiscation porte sur une somme d'argent, qu'il existe un risque que la valeur totale provenant de l'application de cette décision soit supérieure au montant spécifié dans la décision de confiscation en raison de l'exécution simultanée de ladite décision dans plusieurs États membres ; en cas de recours visés à l'article 9 ; lorsque l'exécution de la décision de confiscation risque de nuire à une enquête ou une procédure pénale en cours, jusqu'au moment où elle le juge raisonnable ; lorsqu'une traduction, aux frais de l'État d'exécution, de tout ou partie de la décision de confiscation est jugée nécessaire, pendant le délai nécessaire pour en obtenir la traduction ; ou lorsque le bien fait déjà l'objet d'une procédure de confiscation dans l'État d'exécution »³⁷⁴. En outre, afin de préserver le bien durant le sursis à l'exécution, il incombera à l'autorité compétente de l'État d'exécution de prendre toutes les mesures pour éviter que le bien ne soit plus disponible aux fins de l'exécution de la décision³⁷⁵ et fait un rapport sans délai à l'autorité compétente de l'État d'émission sur le sursis à l'exécution de la mesure de confiscation, y compris sur les motifs du sursis et, si possible, sur sa durée prévue, par tout moyen permettant de laisser une trace écrite³⁷⁶. Enfin, dès que le motif de sursis cesse d'exister, l'autorité compétente de l'État d'exécution prend les mesures nécessaires à

³⁷⁰ Art. 8.2, e), *ibid.*

³⁷¹ Art. 8.2, f), *ibid.*

³⁷² Art. 8.2, g), *ibid.*

³⁷³ Art. 8.2, h), *ibid.*

³⁷⁴ Art. 10.1, *ibid.*

³⁷⁵ Art. 10.2, *ibid.*

³⁷⁶ Art. 10.4, alinéa 1, *ibid.*

l'exécution de la décision de confiscation³⁷⁷. Il est important de noter que le texte invitait à renforcer la communication entre les juges.

La transmission de décision de confiscation n'avait pas pour effet de limiter le droit des autorités compétentes de l'État d'émission d'exécuter elles-mêmes la décision de confiscation³⁷⁸. Ensuite, « *lorsqu'une décision de confiscation portant sur une somme d'argent est transmise à un ou plusieurs États d'exécution, la valeur totale provenant de son application ne peut être supérieure au montant maximal spécifié dans la décision de confiscation* »³⁷⁹. Par ailleurs, l'importance de cette disposition se ressent tout au long de la décision-cadre, puisqu'elle est régulièrement rappelée³⁸⁰. La crainte de recouvrer un montant supérieur à celui visé par la demande de confiscation explique sûrement le principe posé par la décision-cadre : une décision de confiscation ne peut être transmise qu'à un État à la fois³⁸¹. Enfin, l'État d'exécution doit informer l'autorité compétente d'émission si elle estime qu'il existe un risque que l'exécution s'effectue sur un montant supérieur au montant maximal à confisquer ; si tout ou partie de la décision de confiscation a été exécutée ; si une autorité de l'État d'émission reçoit une somme d'argent que la personne concernée a payé volontairement³⁸². À la lecture de la décision-cadre, il transparaît que la communication directe entre les autorités compétentes de l'État d'émission et de l'État d'exécution est la pierre angulaire d'une demande d'entraide réussie. À partir du moment où la demande est transmise jusqu'à l'exécution ou la cessation de l'exécution, les autorités doivent s'informer sans délai et par tout moyen laissant une trace écrite des mesures qu'elles prennent. Cette obligation de s'informer, sans délais, par tout moyen laissant une trace écrite est inscrite à chaque étape de la procédure³⁸³.

³⁷⁷ Art. 10.4, alinéa 2, *ibid.*

³⁷⁸ Art. 14.1, *ibid.*

³⁷⁹ Art. 14.2, *ibid.*

³⁸⁰ Art. 14.3, *ibid.*

³⁸¹ Art. 5.1, *ibid.*

³⁸² Art. 14.3, décision-cadre 2006/783/JAI, *ibid.*

³⁸³ V° l'art. 4 relatif à la transmission des décisions de confiscation, l'art. 7 relatif à la reconnaissance et exécution, l'art. 8 relatif les motifs de non-reconnaissance et de non-exécution, l'art. 9 relatif aux voies de recours, l'art. 10 relatif aux sursis à exécution, l'art. 15 relatif à la cessation de l'exécution, l'art. 17 sur l'information sur l'exécution de la décision.

§2. Les apports du règlement (UE) 2018/1805 à la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation

76. La constatation par la Commission européenne de l'inefficacité du dispositif de la décision-cadre 2006/783/JAI. Le rapport d'évaluation portant sur la décision-cadre 2006/783/JAI rédigé par la Commission conclut que « *le degré de transposition de la décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 dans le droit interne des États membres de l'Union européenne n'est à l'évidence pas satisfaisant* »³⁸⁴. Le rapport mettait en avant plusieurs défaillances conduisant à rendre le dispositif inefficace (A). Le règlement (UE) 2018/1805 tente de régler un certain nombre de ces défaillances constatées dans la perspective de rendre le système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime opérationnel (B).

A. Les défaillances observées sous la décision-cadre 2006/783/JAI

77. Un degré de transposition du texte insuffisant. Il est important de rappeler que « *l'un des objectifs du rapprochement des législations nationales est de veiller à ce que tous les États membres disposent des outils juridiques nécessaires à un recouvrement effectif* »³⁸⁵. Or, des écarts importants demeurent entre les législations nationales, ainsi que l'adoption d'une réglementation européen jugée vagues et peu claires, laissant aux États membres une marge d'appréciation importante constituant une source d'insécurité juridique dans l'espace pénale européen. Ces éléments ne garantissent pas un degré de transposition suffisamment correct pour garantir l'efficacité du dispositif de l'UE. En outre, ce constat met en avant le fait que tous les citoyens européens ne bénéficient pas d'un système de confiscation et de recouvrement des produits du crime identique, soulevant la question du respect du principe d'égalité de tous devant la loi et du principe de légalité criminelle.

La confiscation est une peine pénale dans la majorité des États membres. Il s'agit donc d'un mécanisme de droit pénal. Elle répond à un principe fondamental : « *l'auteur ne doit pas tirer profit de son crime* »³⁸⁶. La confiscation pénale est un des instruments majeurs des dispositifs de lutte contre la criminalité, en ce qu'elle permet de priver les délinquants des

³⁸⁴ V. rapport de la Commission COM(2010) 428 final, *op. cit.*

³⁸⁵ M. Fazekas et E. Nanopoulos, "The effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation", *op. cit.* Citation : "One of the purposes of approximating national legislations is to ensure that all Member States possess the legal tools necessary for effective recovery".

³⁸⁶ *Ibid.* Citation : "a fundamental principle underpinning criminal justice policy is that the perpetrator must not profit from his crime"

profits tirés de la commission de leurs crimes. Cependant, la confiscation pénale peut ne pas aboutir en raison d'un certain nombre d'obstacles : le décès du suspect ; la dissipation des biens visés par la décision de confiscation ; l'immunité juridictionnelle ; l'insuffisance des preuves pour étayer la procédure criminelle ; l'obstruction des investigations ; la relaxe ou l'acquiescement du suspect ; la fuite du suspect à l'étranger. Pour pallier ces barrières, certains États ont développé des mécanismes de confiscation non-fondée sur une condamnation pénale. Or, ce mécanisme est contraire à certains droits constitutionnels, à certaines traditions juridiques des États membres. Mais l'opposition confiscation pénale – confiscation civile n'explique à elle seule le défaut de transposition : la réglementation européenne était, elle-même, en partie responsable de cet échec.

78. Une grande marge d'appréciation laissée aux États membres par les textes européens. Les États membres disposaient d'une marge de discrétion importante au moment de la transposition des textes européens. Cette situation trouve une explication dans le fait que la directive ou la décision-cadre fixe principalement des lignes directrices que de réelles obligations³⁸⁷. Cette marge de discrétion résulte essentiellement de l'ambiguïté que génèrent certains régimes juridiques de confiscation. Ce dernier point est une question essentielle, puisqu'elle concerne et précise le *modus operandi* des mécanismes de confiscation ou plus exactement elle détermine les principes et procédures applicables. Or, le droit européen a adopté des normes peu claires, et peut être cité en exemple ici le mécanisme de confiscation élargie adopté dans la décision-cadre 2005/212/JAI.

La décision-cadre 2006/783/JAI relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation prévoyait la reconnaissance et l'exécution des décisions de confiscation élargie. Mais cette reconnaissance pouvait être jalonnée de plusieurs obstacles hérités des textes européens, eux-mêmes. Rappelons que ce mode de confiscation a été adopté par la décision-cadre 2005/212/JAI relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime. La décision-cadre 2006/785/JAI a étendu son champ d'application aux biens susceptibles d'être confisqués selon la procédure des pouvoirs de confiscation élargis, visant de la sorte un panel de biens plus étendu que celui de la décision-cadre 2003/577/JAI. Cependant, le texte prévoit dans le même temps la possibilité pour un État membre de refuser de reconnaître ou d'exécuter la décision de confiscation, si celle-ci a été rendue en vertu des pouvoirs de confiscation élargis et que cette décision ne relève pas de

³⁸⁷ M. Fazekas et E. Nanopoulos, "The effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation", *op. cit.*

l'option adoptée par l'État d'exécution, restreignant de la sorte la portée de cet instrument de reconnaissance mutuelle. En outre, la décision-cadre 2005/212/JAI prévoyait trois options cumulatives ou alternatives pour pouvoir mettre en œuvre les pouvoirs de confiscation élargis. La première voie se fondait sur l'application d'un critère de temps. Les biens ont été acquis au cours d'une période « *antérieure à la condamnation* »³⁸⁸. La seconde voie se fondait sur l'application d'un critère de similarité. Sur la base d'éléments concrets, la juridiction de jugement est pleinement convaincue que les biens proviennent d'activités criminelles similaires à celles pour lesquelles la personne a été condamnée. La troisième voie se fondait sur un critère de proportionnalité. La confiscation élargie peut être encourue si « *il est établi que la valeur des biens est disproportionnée par rapport au revenu légal de la personne condamnée et que le tribunal national est pleinement convaincu, sur la base d'éléments concrets, que les biens en question proviennent d'activités criminelles de ladite personne* »³⁸⁹. Par conséquent, la non-concordance des options entre les systèmes nationaux constituait également un motif de non-reconnaissance ou de non-exécution, limitant la portée de la décision-cadre 2006/783/JAI, d'une part, et les biens couverts par celle-ci, d'autre part. Il convient de rappeler qu'il est essentiel dans le domaine pénal que soit mis en place une concordance entre les degrés de preuve exigés, sans quoi un État ne peut reconnaître et exécuter sur son territoire une décision de confiscation. Cela explique également l'exclusion des mécanismes civils et administratifs de confiscation qui recourent à un degré de preuve inférieur à celui qu'exige la matière pénale. Il est intéressant de relever que certains présentent la question probatoire comme un obstacle à la reconnaissance et à l'exécution des décisions de confiscation. Pour certains auteurs, le faible de taux de recouvrement des produits du crime serait directement lié au degré élevé de preuves exigé³⁹⁰. Les standards de preuve – ou le seuil de conviction pour pouvoir valablement décider qu'un fait est prouvé – ne sont pas les mêmes dans le cadre d'un procès pénal ou d'un procès civil. Le premier exige d'être convaincu au-delà de tout doute raisonnable alors que le second se fonde sur un système de prépondérance des preuves. L'exemple de la confiscation élargie telles que prévue par la décision-cadre 2005/212/JAI permet également de mettre l'accent sur le fait qu'à l'échelle européenne un même terme peut recouvrir différentes réalités juridiques. La thématique de la confiscation illustre particulièrement cet obstacle d'ordre terminologique.

³⁸⁸ Art. 3.2, a) de la décision-cadre 2005/212/JAI, *op. cit.*

³⁸⁹ Art. 3.2, c) de la décision-cadre 2005/212/JAI, *ibid.*

³⁹⁰ M. Fazekas et E. Nanopoulos, "The effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation", *op. cit.* Citation : "the low rates of confiscation orders often result from the fact that domestic law prescribes a high standard of proof as to whether particular assets are proceeds of crime, which is difficult to meet"

Il a été rappelé précédemment que la confiscation est un concept polymorphe. Il est intéressant de relever que sous un même mécanisme apparent de confiscation peut se cacher des constructions juridiques différentes. La confiscation élargie en est un exemple, mais peut également être cité le mécanisme de confiscation civile. Sous ce terme, deux mécanismes principaux s'opposent : la confiscation non-fondée sur une condamnation pénale, qui peut être également d'une nature civile, pénale ou administrative, et la confiscation post-condamnation, qui est une confiscation civile mais en lien avec une infraction pénale. Ces deux constructions juridiques peuvent être classifiées sous la terminologie de confiscation civile³⁹¹.

Enfin, le manque de clarté des dispositifs européens résulte de la superposition des textes. Il est intéressant de noter qu'une parfaite maîtrise de la procédure européenne de confiscation et de recouvrement des produits suppose de recourir à plusieurs bases juridiques successives attachées pour chacune d'entre elles à une étape de la procédure : identification, gel et confiscation. À cela s'ajoute le fait que l'adoption de la directive 2014/42/UE n'a pas abrogé toutes les dispositions de la décision-cadre 2005/212/JAI³⁹² et peut imposer « *des obligations contradictoires aux États membres* »³⁹³. L'exemple le plus parlant concerne le champ d'application des mesures de confiscation. La décision-cadre 2005/212/JAI oblige chaque État membre à prendre « *les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des instruments et des produits provenant d'infractions pénales passibles d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à un an, ou de biens dont la valeur correspond à ces produits* »³⁹⁴, alors même que la directive 2014/42/UE fixe son champ d'application à une liste exhaustive d'infractions tout en maintenant la disposition précitée de la décision-cadre. Ce point « *s'explique par le fait que l'article 83 TFUE, sur lequel repose en partie la nouvelle directive, ne permet que l'adoption de règles minimales en ce qui concerne la définition des infractions pénales et des sanctions « dans les domaines de la criminalité particulièrement grave avec un caractère transfrontière et qui sont énumérées dans cette disposition* » »³⁹⁵. Cette superposition crée cependant des obligations incohérentes notamment concernant le mécanisme de confiscation des instruments et des produits du crime et la confiscation en valeur équivalente. Pour M. Fazekas et E. Nanopoulos, « *il est peu probable que la décision-cadre 2005/212/JAI*

³⁹¹ Peut être également cité la confiscation prononcée pour donner suite à une procédure *in personam*.

³⁹² Art. 14, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

³⁹³ M. Fazekas et E. Nanopoulos, "*The effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation*", *op. cit.* Citation : "*also imposes conflicting obligations upon Member States*".

³⁹⁴ Art. 2, décision-cadre 2005/212/JAI, *op. cit.*

³⁹⁵ M. Fazekas et E. Nanopoulos, *loc. cit.* Citation : "*This can be explained by the fact that Article (83)1 TFUE, on which the new Directive is partly based, only allows the adoption of minimum rules as regards the definition of criminal offences and sanctions 'in areas of particularly serious crime with a cross-border dimension', which are expressly listed in that provision*".

soit compatible avec l'article 83, paragraphe 1, et l'article 82, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – l'autre base juridique de la nouvelle directive, créant ainsi une confusion supplémentaire dans le paysage juridique »³⁹⁶ suggérant « une plus grande ambivalence quant à l'approche de l'UE en matière de confiscation des avoirs »³⁹⁷. Cette ambivalence se ressent également à travers l'absence de positionnement de l'UE sur le fait de savoir si ces mécanismes sont des peines applicables à toutes infractions ou des mesures préventives, qui ne pourraient être appliquées qu'aux infractions les plus graves – correspondant aux infractions listées à l'article quatre-vingt-trois, paragraphe un, TFUE³⁹⁸. Cette critique rappelle la carence du droit européen sur la question fondamentale suivante : la nature et la fonction des mécanismes européens de confiscation.

B. L'extension de la coopération judiciaire en matière de confiscation avec l'adoption du règlement (UE) 2018/1805

79. L'un des premiers apports du règlement (UE) 2018/1805 est de rapprocher les dispositifs de la directive 2014/42/UE avec les dispositifs de reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation. La décision-cadre 2006/783/JAI ne couvre que le mécanisme de confiscation des instruments et des produits de l'infraction. Ne sont visés que les biens qui constituent le produit d'une infraction ou correspond en tout ou partie à la valeur de ce produit, l'instrument d'une telle infraction. Ne sont pas couverts les biens susceptibles d'être confisqués selon le dispositif de confiscation élargie ou encore de confiscation rendue à la suite d'une procédure par défaut. Il convient de préciser que la décision-cadre 2006/783/JAI prévoit parmi les motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution le cas où « *l'intéressé n'a pas comparu en personne et n'était pas représenté par un conseil juridique lors de la procédure ayant abouti à la décision de confiscation, sauf si le certificat indique que l'intéressé a été informé de la procédure personnellement ou par l'intermédiaire de son représentant compétent en vertu de la législation, conformément à la législation de l'État d'émission, ou que l'intéressé a indiqué qu'il ne contestait pas la décision de confiscation* »³⁹⁹. Les procédures par défaut – ou jugement par contumace – ont la particularité de permettre la condamnation d'une personne qui n'a pas

³⁹⁶ *Ibid.* Citation : “it is unlikely that Framework Decision 2005/212/JHA is compatible with Article 83(1) and Article 82(2) TFUE – the other legal basis for the new Directive, creating further confusion in the legal landscape”.

³⁹⁷ *Ibid.* Citation : “a deeper ambivalence about EU's approach to asset confiscation”.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ Art. 8.2, e), décision-cadre 2006/783/JAI, *ibid.*

comparu et qui n'était pas représenté par un conseil. Généralement, ces procédures par défaut, lorsque la personne sera interpellée, ouvrent droit à l'ouverture d'un nouveau procès. Le droit européen fait obstacle avec la directive 2014/42/UE à cette règle puisque la procédure par défaut n'empêchera pas l'exécution effective de la mesure de confiscation et ce, même si s'ouvre ultérieurement un nouveau procès. Une décision de confiscation est exécutoire immédiatement. Se pose aussi la question de la confiscation des avoirs des tiers. La décision-cadre 2006/783/JAI vise les instruments et les produits du crime et semble exclure le mécanisme de confiscation des avoirs tiers, puisque la décision de confiscation est rendue par un tribunal compétent en matière pénale d'un État membre supposant qu'il s'agisse d'une sanction pénale – peine ou mesure de sûreté – impliquant que la confiscation soit rattachée à la personne condamnée car, nul ne peut être responsable que de son propre fait. En outre, le texte protège les tiers en adoptant le motif de non-exécution ou de non-reconnaissance suivant : « *les droits de toute partie intéressée, y compris les tiers de bonne foi, rendent impossible en vertu de la législation de l'État d'exécution l'exécution de la décision de confiscation, y compris lorsque cette situation découle de l'utilisation de voies de recours conformément à l'article 9* »⁴⁰⁰. Cependant, cette disposition ne parle que des tiers de bonne foi. La décision-cadre 2006/783/JAI ouvrirait ainsi la voie à la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation touchant les tiers. Elle souligne que la coopération « *présuppose que les droits accordés aux parties ou aux tiers intéressés de bonne foi soient préservés. Dans ce cadre, il convient de veiller dûment à empêcher que n'aboutissent des demandes formulées de mauvaise foi par des personnes physiques ou morales* »⁴⁰¹.

80. Le règlement élargit les possibilités de reconnaître et d'exécuter les décisions de confiscation. La proposition de règlement concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation tendait à couvrir l'ensemble des mécanismes de confiscation, impliquant un élargissement des biens confisquables couverts par le règlement. Dans sa version initiale, le texte définit le terme de bien comme « *tout bien quel qu'il soit, corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur ce bien, dont l'autorité d'émission estime : qu'il constitue le produit d'une infraction ou correspond en tout ou partie à la valeur de ce produit, qu'il constitue l'instrument d'une telle infraction ou la valeur de cet instrument, qu'il est passible de confiscation en application, dans l'État d'émission, de l'un des pouvoirs de confiscation prévus*

⁴⁰⁰ Art. 8.2, d), décision-cadre 2006/783/JAI, *ibid.*

⁴⁰¹ Cons. 9, décision-cadre 2006/783/JAI, *ibid.*

par la directive 2014/42/UE, ou qu'il est passible de confiscation en application de toute autre disposition relative aux pouvoirs de confiscation au regard de la législation de l'État d'émission ». Le règlement étend, tout d'abord, son champ d'application à l'ensemble des nouveaux modes de confiscation adoptés par la directive 2014/42/UE. Ensuite, il l'élargit à toute autre disposition relative aux pouvoirs de confiscation. Cette dernière disposition vise spécifiquement les cas de confiscation non fondées sur une condamnation émises dans le cadre de procédures pénales, tels que les cas de décès, d'immunité, de prescription, les cas dans lesquels il est impossible d'identifier l'auteur ou d'autres cas dans lesquels une juridiction pénale peut confisquer un avoir en l'absence de condamnation lorsque cette juridiction a décidé que l'avoir en question est le produit du crime. La place particulière accordée à la confiscation sans condamnation pénale au sein du règlement rappelle les manques de la directive 2014/42/UE. En effet, lors de l'adoption de la directive 2014/42/UE, le législateur européen a manqué l'opportunité de mettre en place un véritable mécanisme européen de confiscation sans condamnation pénale et cherche à l'occasion de l'adoption de la proposition de règlement de pallier ce manque. C'est ainsi qu'il prévoit que, pour être couvert par le champ d'application du règlement, la juridiction devra établir qu'un bénéficiaire a été retiré d'une infraction et les décisions de confiscation sans condamnation pénale devront être émises dans le cadre de procédures pénales, impliquant le respect de l'ensemble des garanties y afférentes⁴⁰². La proposition de règlement pourrait permettre d'étendre largement le champ des biens confiscables. Cependant, une partie des biens demeurera inatteignable : ceux issus des procédures civiles et administratives de confiscation.

En revanche, le règlement (UE) 2018/1805 va au-delà des prescriptions de la directive 2014/42/UE, mais précise les conditions dans lesquelles cette procédure peut être menée. Cette reconnaissance est soumise au fait que plusieurs audiences doivent se tenir. Pourront ainsi être exclus du champ d'application du règlement les procédures simplifiées « *consistant, uniquement ou en partie, en une procédure écrite ou une procédure dans le cadre de laquelle aucune audience n'est prévue* »⁴⁰³. Enfin, la confiscation élargie n'est plus un motif de non-reconnaissance ou de non-exécution des décisions de confiscation.

⁴⁰² M. Fazekas et E. Nanopoulos, “ *The effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation*”, *op. cit.*

⁴⁰³ *Ibid.*

SECTION 2. UN INSTRUMENT AUX FINS D'ACCÉLÉRATION DE LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE DE GEL ET DE CONFISCATION

81. Le gel des biens en rapport avec le crime, une étape indispensable de la procédure européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Pour garantir l'exécution d'une confiscation, « *la préservation des biens peut être une condition préalable à la confiscation et peut jouer un rôle important dans l'exécution d'une décision de confiscation* »⁴⁰⁴. Comme le souligne la directive, au considérant trente, « *il n'est pas rare que des suspects ou des personnes poursuivies dissimulent des biens pendant toute la durée de la procédure pénale* » faisant ainsi obstacle à la décision de confiscation. Par conséquent, il y a une nécessité à permettre aux autorités compétentes des États membres de prononcer des mesures de gel des biens en vue de garantir l'exécution d'une éventuelle décision de confiscation (§1) et de reconnaître et d'exécuter le plus rapidement possible une décision de gel émise dans un autre État membre (§2).

§1. La notion de gel dans le cadre de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

82. Le gel des biens en rapport avec le crime en vue d'une éventuelle confiscation ultérieure. Le gel des avoirs fait partie « *des actes d'administration de la preuve [qui] constituent autant de modes de preuve qui sont mis en œuvre avec toutes les ressources de la science et de la technique contemporaine* »⁴⁰⁵. En effet la mesure de gel est avant tout une mesure mise en place à des fins probatoire. « *Les règles techniques qui gouvernent le régime juridique des saisies ont longtemps été éclairées par la seule recherche de vérité. Un bien appréhendable qu'autant qu'il pouvait constituer un moyen de preuve* »⁴⁰⁶. Il « *était fréquent que les investigations s'interrompent à partir du moment où étaient rassemblées les éléments suffisants pour caractériser les infractions commises et en imputer la responsabilité à des personnes identifiées* »⁴⁰⁷. Cependant, le concept de gel s'est modernisé et devenu un concept

⁴⁰⁴ Cons. 26, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁴⁰⁵ S. Guinchard et J. Buisson, « *Procédure pénale* », 10^{ème} éd., LexisNaxis, coll. Manuel, Paris, 2014, p. 525.

⁴⁰⁶ E. Camous, « *Les saisies en procédure pénale : un régime juridique modernisé – Commentaire des dispositions pénales de droit interne de la loi 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter à la saisie et la confiscation en matière pénale* », Dr. Pén., n°1, 1 janvier 2011, ét. 1.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

polymorphe. Il s'est progressivement détaché du gel à des fins probatoires pour s'aligner sur le régime des confiscations (A), posant la question de la compatibilité de la mesure de gel aux fins d'une éventuelle confiscation ultérieure avec les nouveaux mécanismes de confiscation, qui étendent le champ des personnes susceptibles d'être concernées par la mesure de gel (B).

A. Le mécanisme européen de gel des biens à des fins éventuelles de confiscation

83. Le gel à des fins éventuelles de confiscation est une étape clé de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Elle peut se définir comme « l'interdiction temporaire du transfert, de la conversion, de la disposition ou du mouvement de biens, fondées généralement sur une ordonnance rendue par un tribunal ou une autorité compétente »⁴⁰⁸. Le droit européen quant à lui la définit comme « l'interdiction temporaire du transfert, de la destruction, de la conversion, de l'aliénation ou du déplacement d'un bien, ou le fait d'en assumer temporairement la garde ou le contrôle »⁴⁰⁹. Un point terminologique s'impose à ce stade. Tous les États membres ne recourent pas à la notion de « gel ». Ainsi, peuvent être utilisés, de manière interchangeable, les termes de « saisie », « d'immobilisation », de « mesure conservatoire » ou de « blocage »⁴¹⁰. De plus, la mesure de gel ou de « smart sanctions » utilisée notamment en matière de lutte contre le terrorisme – qui constitue une mesure de droit administratif – doit être distinguée de la mesure de gel définie dans la directive 2014/42/UE – qui constitue une mesure judiciaire.

Avec le développement de la sanction ou de la mesure de confiscation, la mesure de gel s'est métamorphosée. Progressivement, l'idée a émergé de la nécessité de préserver les biens susceptibles de faire l'objet d'une confiscation. Autrement dit, préserver les biens susceptibles de favoriser la répression du délinquant. Dès 1988, l'ONU et le Conseil de l'Europe ont introduit le gel à des fins de confiscation ultérieure et ce, même si ces textes réservent à cette mesure un traitement pour le moins lacunaire⁴¹¹. Le droit de l'UE est en ce sens un palliatif

⁴⁰⁸ Définition extraite du manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation des produits du crime, publié par les Nations Unies en mai 2003, p. 2.

⁴⁰⁹ Art. 5, 5) de la directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁴¹⁰ Le terme privilégié ici sera celui de gel, puisque c'est la terminologie employée par la directive 2014/42/UE.

⁴¹¹ La plupart de ces conventions ne définissent pas le terme de gel. V. art. 5.2 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, adoptée par la Conférence à sa 6^e séance plénière, le 19 décembre 1988 ; art. 12.2 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée transnationale, Résolution 55/25 de l'Assemblée générale du 15 novembre 2000 ; la Convention des Nations Unies contre la corruption, Résolution 58/4 de l'Assemblée générale du 31 octobre 2003 ; art. 3.1 de la Convention n° 198 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, Varsovie, 16 mai 2005, art. 3§1.

intéressant. Ayant à concilier moins de législations nationales et poursuivant un objectif commun, offrir à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures⁴¹², l'UE met en place en la matière un régime juridique plus approfondie. C'est ainsi qu'en 2003, l'UE a adopté une décision-cadre relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve. Certes, la décision-cadre n'a pas pour objet d'imposer à l'ensemble des États membres la mesure de gel à des fins de confiscation ultérieure. Mais, les autorités judiciaires ne pourront refuser d'exécuter une décision de justice portant sur le gel d'un bien à des fins de confiscation ultérieure, sous prétexte que la législation nationale ne prévoit pas ce mécanisme. En vertu du principe de reconnaissance mutuelle, « *un État membre reconnaît et exécute sur son territoire une décision de gel émise par une autorité judiciaire d'un autre État membre dans le cadre d'une procédure pénale* »⁴¹³, sans distinction de la finalité probatoire ou punitive de la mesure de gel. Pour trouver une définition juridique dans les textes de l'UE, il faut attendre la dernière directive concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'UE⁴¹⁴, qui à l'article sept prévoit que « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre le gel de biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure. Ces mesures, qui sont ordonnées par une autorité compétente, incluent des mesures d'urgence à prendre, le cas échéant, afin d'en préserver la valeur. Les biens en possession de tiers, tels que visés à l'article 6, peuvent faire l'objet de mesures de gel aux fins d'une éventuelle confiscation ultérieure* ». Cet article constitue la première définition juridique européenne, permettant de mettre en place les bases d'une harmonisation *a minima* de la mesure de gel en vue d'une éventuelle confiscation ultérieure au sein de l'UE.

84. Un acte d'administration de la preuve. Pour comprendre le concept de gel des biens à des fins éventuelles de confiscation dans le cadre de la directive 2014/42/UE, il doit être distingué des autres formes connues. Il se distingue principalement du gel des biens à des fins probatoires. La mesure de gel dans la matière pénale peut être classiquement comprise comme « *toute mesure prise par une autorité judiciaire compétente de l'État d'émission, afin d'empêcher provisoirement toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation relative [...] à un élément de preuve* »⁴¹⁵. Ici, la mesure de gel doit

⁴¹² Art. 3.2 TUE.

⁴¹³ Art. 1, décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve [JOUE L 196, 02.08.2003, p. 45-55].

⁴¹⁴ Directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁴¹⁵ Art. 2, c), décision-cadre 2003/577/JAI, *op. cit.*

se comprendre comme le gel de tout objet ou document utile à la « *manifestation de la vérité* ». Autrement dit, utile à l'établissement d'éléments de preuve en vue d'établir la culpabilité ou non de l'intéressé. Dans ce cadre, l'identité du propriétaire du bien est indifférente, puisque l'ensemble des biens utiles à la manifestation de la vérité sont saisissables. Dans le cadre d'un gel à des fins probatoires, il est intéressant de noter que le terme de biens est très largement entendu, puisqu'entrent dans cette définition les instruments du crime, les produits de l'infraction, mais également tous les objets, documents ou données informatiques en la possession des personnes soupçonnées d'avoir participé à la commission de l'infraction, ainsi que toutes pièces, informations ou objets détenus par celles-ci et ce, peu importe de savoir le lien juridique entre les personnes soupçonnées d'avoir participé à la commission de l'infraction et les biens saisis. En d'autres termes, toutes les pièces à conviction, c'est-à-dire tout élément susceptible d'emporter la conviction des juges, sont saisissables. Il est important de noter que la réalisation de telles saisies s'opère dans le cadre juridique des perquisitions, qui limitent malgré tout l'étendue des biens susceptibles d'être gelés et les lieux où elles sont susceptibles de se dérouler, ne permettant pas d'appréhender la totalité du patrimoine criminel. En droit européen le cadre réglementaire est également distinct. La recherche de la preuve se réalise désormais dans l'espace européen dans le cadre de la décision d'enquête européenne en matière pénale et ce, alors même que le législateur avait en 2003 traité la question de l'obtention d'éléments de preuve et du gel des biens en vue d'une éventuelle confiscation ultérieure sous un même texte : la décision-cadre 2003/577/JAI. La décision d'enquête européenne en matière pénale autorise « *l'autorité d'émission [à] émettre une décision d'enquête européenne afin de prendre toute mesure visant à empêcher provisoirement toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation d'éléments susceptibles d'être utilisés comme preuve* »⁴¹⁶. Mais rappelons que les mesures prises afin d'empêcher provisoirement toute opération de destruction, de transformations, de déplacement, de transfert ou d'aliénation d'éléments de preuve supposent pour être légales de respecter le cadre procédural de l'État d'exécution dans lequel la mesure est mise en œuvre et de respecter le cadre procédural de l'État d'émission dans lequel la preuve sera admissible. En d'autres termes, le cadre juridique du gel à des fins probatoires dépend du cadre de l'enquête pénale mise en œuvre et ce, à la différence de la mesure de gel à des fins éventuelles de confiscation ultérieure, dont le cadre juridique dépend de la mesure de confiscation susceptible d'être mise en œuvre.

⁴¹⁶ Art. 28, directive 2014/41/UE, *op. cit.*

85. Des constructions juridiques distinctes malgré une terminologie commune. Ces modes de gel peuvent être fondés sur une définition commune, c'est-à-dire l'interdiction temporaire du transfert, de la destruction, de la conversion, de l'aliénation ou du déplacement d'un bien. En outre, les liens entre ces deux procédures demeurent étroits, puisqu'un même bien peut servir à établir la manifestation de la vérité, d'une part, et garantir la confiscation, d'autre part. La directive rappelle en ce sens que « *les mesures de gel sont sans préjudice de la possibilité qu'un bien spécifique soit considéré comme un élément de preuve tout au long de la procédure, pour autant qu'il soit finalement mis à disposition aux fins de l'exécution effective de la décision de confiscation* »⁴¹⁷. Cependant, leur finalité distincte implique la mise en œuvre de procédures distinctes, rappelant une fois encore le caractère particulier des procédures de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Les règles procédurales tendant, soit à la préservation d'un élément de preuve, soit à la préservation d'un bien en vue de son éventuelle confiscation ultérieure, sont différentes car, leur finalité est différente. Le législateur européen a matérialisé cette différence en séparant strictement ces deux volets, en inscrivant l'un dans la directive 2014/42/UE, le gel en vue d'une éventuelle confiscation ultérieure, et l'autre dans la directive 2014/41/UE concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, le gel en vue de la manifestation de la vérité judiciaire. Ainsi, il sera retenu dans le cadre de notre recherche la définition contenue dans la directive 2014/42/UE, où le gel des biens à des fins éventuelle de confiscation ultérieure peut se définir comme toutes « *mesures nécessaires pour permettre le gel de biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure. Ces mesures, qui sont ordonnées par une autorité compétente, incluent des mesures d'urgence à prendre, le cas échéant, afin de préserver les biens* »⁴¹⁸.

Enfin, doit être cité une mesure prévue par les Nations Unies afin de geler sans attendre les fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme⁴¹⁹. Elle vise les fonds et ressources économiques détenus ou contrôlés par des personnes ou entités soupçonnées d'avoir un lien avec une organisation terroriste et empêche l'accès à ces fonds, ainsi que les mouvements ou la cession de ces fonds. Le gel des avoirs est dans ce cadre une sanction administrative, ce qui concrètement signifie que les critères de protection des droits fondamentaux et ce, même si des progrès ont été accomplis en la matière, sont moins exigeants que dans le cadre d'une procédure pénale.

⁴¹⁷ Cons. 28, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁴¹⁸ Art. 7, *ibid.*

⁴¹⁹ Résolution 1373 de 2001 du Conseil de sécurité.

B. La compatibilité de la mesure de gel avec les nouveaux mécanismes de confiscation

86. Le cas particulier du gel des biens en possession d'un tiers. Peuvent être gelés tous les biens qui entrent dans le champ d'application des différents mécanismes de confiscation. Cependant, certains auteurs ont pu émettre des doutes quant à l'adéquation du champ d'application de la mesure de gel et celui des nouvelles formes de confiscation. Au cœur du débat se trouve le paragraphe deux, de l'article sept de la directive 2014/42/UE, qui soulève une certaine « confusion en précisant que « les biens en possession d'un tiers, tels que visés à l'article 6, peuvent faire l'objet de mesures de gel aux fins d'une éventuelle confiscation ultérieure » »⁴²⁰. Se pose alors la question de savoir si cette précision porte en elle l'exclusion des mécanismes de confiscation élargie et « confiscation sans condamnation pénale » ? Ou constitue-t-elle une simple précision visant à rappeler aux États membres leur obligation d'intégrer dans le champ d'application de la mesure de gel les biens susceptibles d'être confisqués sur le terrain de la confiscation des avoirs des tiers ?⁴²¹ Cette disposition est d'autant plus intéressante qu'elle était inexistante dans la proposition de directive⁴²², celle-ci a été rajoutée par le Conseil de l'Union européenne⁴²³. La proposition de directive exposait que « chaque État membre prend les mesures nécessaires pour pouvoir geler des biens risquant d'être dissipés, dissimulés ou transférés hors de son ressort, en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure. Ces mesures sont ordonnées par un tribunal »⁴²⁴. Il est intéressant de noter à cet égard que la plupart des discussions concernant cet article ont porté sur la notion d'autorité compétente. Les États ayant à ce propos des divergences d'opinion tenant à leur système juridique, qui pour certains n'impliquent pas à ce stade de la procédure le recours à un tribunal ou à une autorité judiciaire pour prononcer une mesure de gel⁴²⁵. Le texte initial prévoyait que la mesure soit prononcée par un tribunal. Or, les négociations ont conduit les États membres à adopter une position moins restrictive, à savoir la possibilité que le gel soit

⁴²⁰ J. Lelieur, *op. cit.*

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² Art. 7 de la proposition de directive COM (2012) 85 final : « 1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour pouvoir geler des biens risquant d'être dissipés, dissimulés ou transférés hors de son ressort, en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure. Ces mesures sont ordonnées par un tribunal. 2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour permettre à ses autorités compétentes de geler immédiatement des biens lorsqu'il existe un risque élevé que ces biens soient dissipés, dissimulés ou transférés avant l'adoption d'une décision de justice. Un tribunal confirme ces mesures dans les meilleurs délais ».

⁴²³ V. l'Orientation générale sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne [première lecture], n° 17117/12, décembre 2012.

⁴²⁴ Art. 7.1 de la proposition de directive COM (2012) 85 final, *op. cit.*

⁴²⁵ V. l'Orientation générale, *op. cit.*

ordonné par des autorités compétentes autres que les autorités judiciaires⁴²⁶. En effet, la lettre de la directive n'emploie pas le terme de Tribunal ou même d'autorité judiciaire, mais recourt seulement à la notion d'autorité compétente, laissant ainsi une marge de manœuvre importante aux États pour déterminer les services compétents pour prononcer une mesure de gel. En outre, il est intéressant de relever le recours dans l'article sept, paragraphe un à l'expression « *mesures d'urgence à prendre [...] afin de préserver le bien* ». Le législateur européen ne définit pas ce que recouvre potentiellement cette expression, mais elle semble renvoyer à la possibilité pour des autorités compétentes autres que des autorités judiciaires susceptibles d'assurer un contrôle juridictionnel de la mesure de gel la possibilité de geler temporairement les biens afin de les préserver ou, plus précisément, afin d'éviter leur dissipation. En d'autres termes, des autorités telles que des cellules de renseignement financier ou des bureaux de recouvrement des avoirs pourraient disposer de la faculté, en cas d'extrême urgence⁴²⁷, de « *pré-geler* » les biens⁴²⁸. Par conséquent, cette expression justifierait la possibilité d'octroyer à d'autres autorités non judiciaires la prérogative de geler les biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure. Cependant, « *la décision de gel initiale prise par une autorité compétente autre qu'une autorité judiciaire, [impose que] ladite décision soit d'abord soumise pour validation ou réexamen à une autorité judiciaire avant de pouvoir être attaquée devant un tribunal* »⁴²⁹. Il y a donc une obligation de soumettre ultérieurement la décision de gel à une autorité judiciaire compétente. Mais la possibilité de « *pré-geler* » les biens renvoie à un autre gel des avoirs : le gel des avoirs appliqué dans la lutte contre le terrorisme. Le gel des avoirs est une mesure initialement prévue par les Nations Unies pour geler sans attendre les fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme⁴³⁰. Elle vise les fonds et ressources économiques détenus ou contrôlés par des personnes ou entités soupçonnées d'avoir un lien avec une organisation terroriste et empêche l'accès à ces fonds, ainsi que les mouvements ou la cession de ces fonds. Le gel des avoirs est dans ce cadre une sanction administrative, ce qui concrètement signifie que les critères de

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ L'art. 7.1 expose que « *ces mesures, qui sont ordonnées par une autorité compétente, incluent des mesures d'urgence à prendre, le cas échéant, afin de préserver les biens* ». L'expression « *le cas échéant* » renvoie à l'idée de dernier recours. En d'autres termes, en dernier recours, des autorités autres que les autorités judiciaires normalement compétentes pour geler un bien pourront recourir à cette mesure.

⁴²⁸ La communication de la Commission intitulée « *Garantir que le crime ne paie pas* » prévoit que les BRA devraient avoir le pouvoir de geler provisoirement des avoirs (par exemple, pour une durée minimum de 72 heures), afin d'empêcher la disparition des produits du crime entre l'identification de ceux-ci et l'exécution d'une décision judiciaire de gel ou de confiscation.

⁴²⁹ Art. 8.4 de la directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁴³⁰ Résolution 1373 de 2001 du Conseil de sécurité.

protection des droits fondamentaux et ce, même si des progrès ont été accomplis en la matière, sont moins exigeants que dans le cadre d'une procédure pénale.

Mais, les discussions autour de la notion d'autorité compétente amènent également à s'interroger sur l'actuel paragraphe deux, de l'article sept, qui précise que « *les biens en possession d'un tiers, tels que visés à l'article 6, peuvent faire l'objet de mesures de gel aux fins d'une éventuelle confiscation ultérieure* ». Pourquoi une telle précision ? À ce propos, il convient de préciser qu'il ressort de l'article six aucune obligation de l'inscrire dans le cadre d'une procédure criminelle. Il est seulement fait obligation aux États membres de procéder à la confiscation de biens transférés à un tiers ou acquis par un tiers. Mais, aucune obligation quant à la nature du cadre juridique n'est faite, laissant aux États membres une marge de manœuvre en la matière. Partant de ce constat, et sachant que les autres procédures de confiscation (confiscation des produits directs ou indirects du crime et des instruments, confiscation en valeur, confiscation sans condamnation et confiscation élargie) sont de nature pénale ou au moins impose qu'une condamnation pénale ait été prononcée⁴³¹, le paragraphe deux, de l'article sept relatif au gel confirmerait la nature juridique à part entière du mécanisme de confiscation des avoirs tiers. Le législateur européen n'ayant pas défini explicitement la nature de cette procédure, il opère à travers cette disposition particulière de l'article sept un rappel de la possibilité d'opérer un gel en vue d'une éventuelle confiscation des avoirs appartenant à des tiers et ce, quelle que soit la procédure mise en œuvre : civile, pénale ou administrative⁴³². En d'autres termes, la confiscation aux fins de confiscation et ce, contrairement à la confiscation à des fins probatoires, ne se limite pas aux personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale, mais inclut également les tiers.

⁴³¹ Rappelons que les modèles de confiscation des instruments et des produits du crime, de confiscation en valeur et de confiscation élargie impliquent une condamnation pénale. Et, la confiscation sans condamnation pénale implique pour être mise en œuvre de s'inscrire dans une procédure criminelle qui aurait eu toutes les chances d'aboutir à la condamnation définitive de la personne suspectée ou poursuivie.

⁴³² Il existe en effet plusieurs formes de procédure de gel : *“the criminal procedure is a precautionary measure adopted within criminal proceeding for an offence ; the civil procedure has the advantage of not needing sufficient evidence that a crime has been committed; the administrative procedure involves granting specific authority aimed at freezing the accounts and financial movements of specific people, this power is granted to a specialized collegiate body, and is always used as a preventative measure with no sanctioning value; lastly financial institutions are also moving towards internal freezing, form example, prior to notification of a transaction that is suspected of involving money laundering”*. P. F. Cabana, *“Improving the Recovery of Assets Resulting from Organised Crime”*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 22 (2014), p. 13-32.

§2. *L'exécution des décisions de gel en vue d'une éventuelle confiscation ultérieure*

87. Une mise en œuvre insatisfaisante de la décision-cadre 2003/577/JAI. Le législateur européen a instauré des procédures de coopération judiciaire à des fins de gel et de confiscation des produits du crime, en instaurant une communication directe entre les juges européens. À travers le mécanisme de la reconnaissance mutuelle, le législateur européen a souhaité rendre les procédures de coopération plus rapides, plus fluides et plus directes et a appliqué le mécanisme de la reconnaissance mutuelle aux décisions de gel à des fins de confiscation ultérieure (A). Mais, « *la mise en œuvre de la décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve dans les législations nationales des États membres de l'Union européenne n'est pas satisfaisante* »⁴³³, imposant de le réviser (B).

A. L'exécution des décisions de gel dans le cadre de la décision-cadre 2003/577/JAI

88. Le champ d'application de la décision-cadre 2003/577/JAI. La décision-cadre 2003/577/JAI « *a pour objet de fixer les règles selon lesquelles un État membre reconnaît et exécute sur son territoire une décision de gel émise par une autorité judiciaire d'un autre État membre dans le cadre d'une procédure pénale* »⁴³⁴. Concrètement, ce mécanisme permet d'accélérer les procédures de coopération en posant les règles d'une communication de juge à juge, d'une part. Il permet de faire obstacle au contrôle de la double incrimination, si les infractions prévues à l'article trois, paragraphe deux, sont punies dans l'État d'émission une peine privative de liberté d'une période de trois ans au moins. Pour autant, cette communication directe est strictement encadrée par la décision-cadre. En effet, le recours à la décision-cadre est *a priori* limité à une liste exhaustive d'infractions⁴³⁵. Cependant, l'application du principe

⁴³³ Rapport, COM(2008) 885 final.

⁴³⁴ Art. 1er de la DECISION-CADRE 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve [JO L 196, 2 août 2003, pp. 45–55].

⁴³⁵ L'article 3.2 de la DECISION-CADRE 2003/577/JAI vise : participation à une organisation criminelle, terrorisme, traite des êtres humains, exploitation sexuelle des enfants et pédopornographie, trafic de stupéfiants et de substances psychotropes, trafic d'armes, de munitions et d'explosifs, corruption, fraude, y compris la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes au sens de la convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, blanchiment du produit du crime, faux monnayage, y compris contrefaçon de l'euro, cybercriminalité, crimes contre l'environnement, y compris le trafic d'espèces animales menacées et le trafic d'espèces et d'essences végétales menacées, aide à l'entrée et au séjour irréguliers, homicide volontaire, coups et blessures graves, trafic d'organes et de tissus humains, enlèvement, séquestration et prise d'otage, racisme et xénophobie, vols organisés ou avec arme, trafic illicite de biens culturels, y compris antiquités et œuvres d'art, escroquerie, racket et extorsion de fonds, contrefaçon et piratage de produits, falsification de documents administratifs et trafic de faux, falsification de moyens de paiement, trafic de substances

de reconnaissance mutuelle aux décisions de gel des biens à des fins de confiscation ultérieure peut être étendue, à la condition « *que les faits pour lesquels cette décision a été prononcée constituent une infraction qui, au regard du droit de cet État, peut entraîner ce type de gel, quels que soient les éléments constitutifs ou la qualification de l'infraction dans le droit de l'État d'émission* »⁴³⁶. Autrement dit, le législateur européen réinsère ici le contrôle de la double incrimination.

La communication de juge à juge est formellement encadrée. En effet, « *toute décision de gel au sens de la présente décision-cadre, accompagnée du certificat prévu à l'article 9, est transmise par l'autorité judiciaire qui l'a prise directement à l'autorité judiciaire compétente pour son exécution* »⁴³⁷. La décision de gel doit ainsi être accompagnée du certificat de gel et transmise par « *par tout moyen permettant de laisser une trace écrite et dans des conditions permettant à l'État d'exécution d'en établir l'authenticité* »⁴³⁸. Au-delà de cette exigence formelle, la demande doit encore parvenir à l'autorité compétente. Cette recherche peut s'avérer difficile. C'est la raison pour laquelle la décision-cadre 2003/577/JAI prévoit que l'autorité judiciaire d'émission peut solliciter par tout moyen, y compris les points de contact du réseau judiciaire européen, l'État d'exécution pour obtenir ce renseignement⁴³⁹. Elle prévoit également le renvoi par l'autorité requise incompétente de la demande à l'autorité judiciaire compétente pour l'exécuter⁴⁴⁰. Le législateur européen cherche ici à réduire les obstacles susceptibles de se présenter, notamment ceux relatifs à la recherche de l'autorité compétente pour exécuter la décision de gel. Une fois l'autorité compétente déterminée, il appartiendra à celle-ci d'exécuter la décision de gel, et ce, « *dans les meilleurs délais et, si possible, dans les 24 heures suivant la réception de ladite décision de gel* »⁴⁴¹. Pour autant, il convient de préciser que l'exécution n'est pas automatique. En effet, la décision-cadre a prévu des critères quant à la reconnaissance et à l'exécution de la décision de gel, mais aussi quant à la non-reconnaissance et à la non-exécution de la décision de gel. En principe, « *les autorités judiciaires compétentes de l'État d'exécution reconnaissent toute décision de gel, transmise conformément à l'article 4, sans qu'aucune autre formalité ne soit requise et prennent sans délai les mesures nécessaires à son*

hormonales et autres facteurs de croissance, trafic de matières nucléaires et radioactives, trafic de véhicules volés, viol, incendie volontaire, crimes relevant de la juridiction de la Cour pénale internationale, détournement d'avion/de navire, sabotage.

⁴³⁶ Art. 3.4, al. 2, décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve [JO L 196, 2 août 2003, pp. 45–55].

⁴³⁷ Art. 4.1, décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ Art. 4.3, décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

⁴⁴⁰ Art. 4.4, décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

⁴⁴¹ Art. 5.3, décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

exécution immédiate, de la même manière que pour une décision de gel prise par une autorité de l'État d'exécution »⁴⁴². En outre, « *l'autorité judiciaire de l'État d'exécution observe, lors de l'exécution de la décision de gel, les formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité judiciaire compétente de l'État d'émission* »⁴⁴³. Cette disposition est essentielle, notamment en matière probatoire. En revanche, « *toute mesure coercitive additionnelle rendue nécessaire par la décision de gel est prise selon les règles de procédure applicables dans l'État d'exécution* »⁴⁴⁴. En effet, la décision-cadre 2003/577/JAI tend à préserver la procédure des conflits de loi. En outre, il importe de préciser que la décision-cadre tend à instaurer une communication constante entre les autorités compétentes, ce qui permet de régler au plus vite les obstacles juridiques susceptibles de se poser. La décision-cadre a aussi prévu la possibilité de suspendre l'exécution de la demande pour les motifs suivants : l'exécution risque de nuire à une enquête pénale en cours ; les biens ou les éléments de preuve concernés ont déjà fait l'objet d'une mesure de gel dans le cadre d'une procédure pénale ; le bien fait déjà l'objet d'une décision arrêtée dans le cadre d'une autre procédure dans l'État d'exécution⁴⁴⁵. En outre, elle oblige l'État à motiver cette suspension. La décision-cadre tend à devancer les problèmes liés à une procédure de coopération, tels que la gestion des biens gelés⁴⁴⁶, les voies de recours⁴⁴⁷, l'indemnisation pour les dommages causés aux personnes visées par la demande⁴⁴⁸. Pour autant, elle ne peut tous les devancer. C'est la raison pour laquelle la décision-cadre tend à limiter les motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution. Parmi ces motifs, l'autorité judiciaire de l'État d'exécution peut refuser d'exécuter la décision de gel, si : le certificat n'est pas produit, s'il est établi de manière incomplète, ou s'il ne correspond manifestement pas à la décision de gel ; le droit de l'État d'exécution prévoit une immunité ou un privilège qui rend impossible l'exécution de la décision de gel ; l'exécution de la décision porte atteinte au principe *ne bis in idem* ; conformément aux paragraphes trois et quatre, de l'article trois, la demande ne satisfait pas au principe de la double incrimination, excepté pour les infractions de nature fiscale⁴⁴⁹. Pour autant, la décision-cadre tend à limiter le refus lorsque le certificat de gel n'est pas produit ou incomplet. Dans ce cas, l'autorité judiciaire de l'État d'exécution peut, soit impartir un délai pour que le certificat, soit produit ou complété ou rectifié, soit accepter un document équivalent,

⁴⁴² Art. 5.1, al. 1, décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

⁴⁴³ Art. 5.1, al. 2, décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

⁴⁴⁴ Art. 5.2, décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

⁴⁴⁵ Art. 8.1, décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

⁴⁴⁶ Art 10, décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

⁴⁴⁷ Art 11, décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

⁴⁴⁸ Art 12, décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

⁴⁴⁹ Art 7.1, décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

ou si elle s'estime suffisamment éclairée, en dispenser l'autorité judiciaire d'émission⁴⁵⁰. Il est pertinent de noter que les motifs de refus inscrits dans la décision-cadre 2003/577/JAI sont davantage circonscrits que ceux mentionnés dans les conventions internationales. L'objectif est de faciliter au maximum la circulation des décisions judiciaires.

B. Les apports du règlement (UE) 2018/1805 dans le cadre de la reconnaissance mutuelle des décisions de gel

89. Une transposition insatisfaisante de la décision-cadre 2005/577/JAI. Pour la Commission européenne, « *la mise en œuvre de la décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve dans les législations nationales des États membres de l'Union européenne n'est pas satisfaisante* »⁴⁵¹. Ce jugement sévère s'appuie sur plusieurs éléments. Le premier s'appuie sur le constat suivant : « *certaines lois de transposition ne mentionnent même pas la décision-cadre (les dispositions ont été adoptées pour mettre en œuvre un certain nombre d'autres instruments juridiques internationaux)* »⁴⁵². Dans un second temps, le rapport pointe une transposition partielle des dispositions de la décision-cadre. Ainsi, l'objet de la décision-cadre – qui est de fixer des règles selon lesquelles un État membre reconnaît et exécute sur son territoire une décision de gel émise par une autorité judiciaire d'un autre État membre dans le cadre d'une procédure pénale – n'a été transposé que dans onze États membres, et parfois en des termes vagues⁴⁵³. Pour justifier cela, certains États ont avancé l'argument suivant : étant une règle générale, il n'était pas nécessaire de la mettre en œuvre⁴⁵⁴. Cet exemple rappelle une critique récurrente envers le législateur européen, celle des termes vagues, ambigus ou peu clairs difficiles à transposer. Sur ce point, le rapport note que les termes définis dans la décision-cadre – État d'émission, État d'exécution, décision de gel, bien et élément de preuve – ont été transposés de manière plus ou moins conforme aux dispositions de la décision-cadre. À titre d'exemple, la majorité des États membres n'a pas jugé nécessaire de définir les termes État d'émission et État d'exécution, alors que la définition de ces termes donne des indications quant à la nature des autorités compétentes pour émettre les décisions de gel. La décision-cadre

⁴⁵⁰ Art 7.2, décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

⁴⁵¹ Rapport de la Commission européenne du 22 décembre 2008 fondé sur l'article 14 de la décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, COM/2008/0885 final

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ *Ibid.*

précise que l'État d'émission est « l'État membre dans lequel une autorité judiciaire, telle qu'elle est définie dans la législation nationale de l'État d'émission, a pris, validé ou confirmé d'une façon quelconque une décision de gel dans le cadre d'une procédure pénale »⁴⁵⁵. La décision de gel émise doit être formée par une autorité judiciaire – donc pour reprendre les termes de la CJUE une « autorité appelée à participer à l'administration de la justice dans l'ordre juridique concerné »⁴⁵⁶ qui « soit en mesure d'exercer « un contrôle judiciaire » de la procédure de coopération »⁴⁵⁷. En outre, la définition posée par la décision-cadre rappelle que seules les décisions de gel prises dans le cadre d'une procédure pénale – par conséquent une décision de gel judiciaire, et non civil ou administratif – peut entrer dans le cadre d'application de ce texte. À ces points s'ajoutent les États qui n'ont que partiellement transposé le texte, ceux qui continuent d'appliquer aux demandes de gel les règles traditionnelles en matière d'entraide judiciaire ou encore ceux qui ont réduit la liste des trente-deux infractions ou donné aux motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution un caractère obligatoire ou ajouté des motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution. Un dernier chiffre sur la transposition : les dix-neuf législations nationales reçues par la Commission présentaient de nombreuses omissions et erreurs d'interprétation⁴⁵⁸.

Ensuite, l'une des limites qui peut être mentionnée concerne le champ d'application de la décision-cadre. Il vise les biens, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles ainsi que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur ce bien, qui constituent le produit d'une infraction ou en partie à la valeur de ce produit, l'instrument ou l'objet d'une telle infraction⁴⁵⁹. Cela signifie que seuls les biens identifiés comme les instruments et les produits de l'infraction entrent dans le champ d'application de la décision-cadre 2003/577/JAI, excluant ainsi les biens visés par les procédures de confiscation élargie, de confiscation des avoirs des tiers ou encore de confiscation sans condamnation pénale. En outre, il est important de noter que les premiers textes européens définissaient de manière restrictive la notion de produit du crime. La directive 2014/42/UE définit le produit comme « tout avantage économique tiré, directement ou indirectement, d'infractions pénales ; il peut consister en tout type de bien et comprend tout réinvestissement ou toute transformation ultérieurs des produits directs et tout autre gain de valeur ». Ainsi, elle est venue élargir cette définition afin d'y

⁴⁵⁵ Art. 2, a), décision-cadre 2003/577/JAI, *op. cit.*

⁴⁵⁶ CJUE, *Poltorak*, *op. cit.*, §33 ; CJUE, *Kovalkovas*, *op. cit.*, §34.

⁴⁵⁷ G. Taupiac-Nouvel, « Réflexions sur la consécration de la notion européenne d'autorité judiciaire, à propos de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*

⁴⁵⁸ COM/2008/0885 final, *op. cit.*

⁴⁵⁹ Art. 2, d), décision-cadre 2003/577/JAI, *ibid.*

inclure l'ensemble des gains susceptibles d'être tirés par la commission d'infractions pénales, en y ajoutant les produits indirects ou encore les produits directs réinvestis ou transformés ultérieurement. En effet, l'action commune 98/699/JAI, la décision-cadre 2001/500/JAI et la décision-cadre 2005/212/JAI ne définissent cette notion de produit que comme tout avantage économique tiré d'infractions pénales, ce qui limite une fois encore les biens susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la décision-cadre 2003/577/JAI aux seuls produits directs de l'infraction.

Enfin, la décision-cadre met en œuvre un certificat standardisé pour les demandes d'exécution des décisions de gel. Cependant, des professionnels ont indiqué que le certificat alourdissait administrativement la procédure de coopération judiciaire. Ils l'ont jugé lourd et complexe⁴⁶⁰. Le certificat impose aux autorités de détenir des informations précises sur le bien, telles que la description précise des biens, ainsi que le montant maximal à recouvrer, la localisation précise des biens et l'identité des personnes ayant la garde des biens ou le propriétaire et de ceux soupçonnés ou condamnés pour les infractions poursuivies. Toutes ces informations supposent que les enquêteurs disposent d'éléments suffisamment solides pour affirmer que les biens recherchés se trouvent sur le territoire de l'État et disposent d'informations suffisamment précises pour permettre aux autorités de ce même État d'exécuter la décision de gel. Ces conditions tendent à rappeler l'importance de la procédure d'échange d'informations. Mais là encore de forts obstacles perdurent : la majeure partie des BRA disposent d'effectifs relativement restreints. seuls six des 28 bureaux désignés emploient 10 personnes ou plus ; la tâche principale des BRA consiste à dépister et à identifier les avoirs sur leur territoire national – cependant, la plupart de ces bureaux n'ont pas accès (directement ou indirectement) à toutes les bases de données utiles qui leur permettraient de remplir leur fonction plus efficacement ; si tous les BRA ont accès aux registres de commerce, tous les États membres ne disposent pas de registres fonciers centralisés – seul un bureau a accès au registre national des comptes bancaires, qui n'existe que dans cinq pays ; les BRA s'échangent des informations sensibles (comme des numéros de compte bancaire) par courrier électronique ou par télécopie et ne peuvent s'appuyer sur un système d'échange d'informations totalement sécurisé ; seuls quelques BRA font office de point de contact central à l'échelle nationale pour les demandes d'entraide judiciaire relatives au recouvrement d'avoirs qui émanent des autorités d'autres États membres ; seuls quelques BRA s'occupent de la gestion des avoirs gelés ; environ la moitié des BRA n'ont pas accès aux statistiques judiciaires concernant le gel et la confiscation

⁴⁶⁰ M. Fazekas et E. Nanopoulos, « *The Effectiveness of EU Law : Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation* », *op.cit.*

d'avoirs⁴⁶¹. Il convient de ne pas omettre que les difficultés liées à la procédure d'échange d'informations se répercutent sur la reconnaissance mutuelle des décisions de gel car, les autorités judiciaires ne disposent pas des informations nécessaires pour formuler la demande. Ces quelques exemples peuvent expliquer que les autorités compétentes préfèrent recourir aux mécanismes traditionnels d'entraide répressive permettant de formuler dans le même temps plusieurs demandes⁴⁶².

90. Les apports du règlement (UE) 2018/1805 dans le cadre de la reconnaissance mutuelle des décisions de gel. Parmi les avancées majeures à citer, un travail a été fourni afin de simplifier l'utilisation des certificats de gel en vue d'améliorer la transmission et la réception administrative des demandes de coopération judiciaire. Dans cette perspective, le règlement (UE) 2018/1805 souligne que la mise en place d'une ou plusieurs autorités centrales permettraient de faciliter, de fluidifier et d'accélérer la transmission et l'exécution des décisions de gel. Ces autorités pourraient fournir « *un soutien administratif, jouer un rôle de coordination et aider à recueillir des statistiques, et ainsi faciliter et favoriser la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation* »⁴⁶³. Il est important de rappeler que le gel est une étape cruciale où il y a un risque élevé de dissipation des biens en rapport avec le crime. Par conséquent, un second travail a été mené sur les délais de reconnaissance et d'exécution des décisions de gel. Le règlement précise que « *l'autorité d'exécution prend la décision relative à la reconnaissance et à l'exécution de la décision de gel et exécute cette décision sans tarder et avec la même rapidité et le même degré de priorité que dans un cas similaire au niveau national après avoir reçu le certificat de gel* »⁴⁶⁴. Cette disposition renvoie au principe de non-discrimination puisque l'exécution de la décision de gel doit selon les termes du règlement se dérouler dans les mêmes conditions que celles prévues dans le droit interne pour les autorités compétentes. Cette disposition est également pertinente car, elle ne précise pas le délai dans lequel l'exécution de la décision de gel doit se faire. Le recours à l'expression « *sans tarder* » renvoie à une notion d'urgence, mais également au constat que les États membres ne disposent pas de systèmes de gel équivalents. La procédure de gel et le délai d'exécution qui

⁴⁶¹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 8 de la décision 2007/845/JAI du Conseil du 6 décembre 2007 relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime, le 12.4.2011 COM(2011) 176 final

⁴⁶² Fazekas et E. Nanopoulos, « *The Effectiveness of EU Law : Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation* », *op.cit.*

⁴⁶³ Cons. 26, règlement (UE) 2018/1805, *op. cit.*

⁴⁶⁴ Art. 9.1, *ibid.*

l'accompagne peuvent varier d'un État membre à un autre. Toutefois, pour pallier cette difficulté, le règlement prévoit que *« l'autorité d'émission a indiqué dans le certificat de gel que l'exécution de la décision de gel devait avoir lieu à une date précise, l'autorité d'exécution en tient compte dans toute la mesure du possible »*⁴⁶⁵. Pour satisfaire l'exécution de la mesure de gel à la date convenu, le règlement insiste sur la nécessité de coordonner l'action des autorités compétentes afin de la respecter autant que faire se peut. Le règlement tend à accroître la communication entre les autorités compétentes. Il est nécessaire de préciser ici qu'en matière de gel cette communication peut être compliquée puisque les autorités compétentes sur cette question peuvent être différentes d'un État membre à un autre. Cette différence transparaît explicitement dans le règlement. Est une autorité d'émission dans le cadre d'une décision de gel *« un juge, une juridiction ou un procureur compétent dans l'affaire concernée »* ou *« une autre autorité compétente qui est désignée en tant que telle par l'État d'émission et qui est compétente en matière pénale pour ordonner le gel de biens ou l'exécution d'une décision de gel conformément au droit national »*⁴⁶⁶. Ce dernier point doit être précisé, puisque *« avant d'être transmise à l'autorité d'exécution, la décision de gel est validée par un juge, une juridiction ou un procureur de l'État d'émission après examen de sa conformité avec les conditions d'émission d'une telle décision prévues par le présent règlement. Lorsque la décision a été validée par un juge, une juridiction ou un procureur, cette autre autorité compétente peut également être considérée comme une autorité d'émission aux fins de la transmission de la décision »*⁴⁶⁷. Cette disposition permet de prendre en compte le fait que des autorités administratives peuvent prendre des décisions de gel administratif dans un contexte d'urgence. Mais le critère de l'urgence n'est pas défini. En revanche, le règlement prévoit que dans le cas de la nécessité de procéder à un *« gel immédiat »* car *« des motifs légitimes de croire que les biens en question sont sur le point d'être déplacés ou détruits, ou lorsque cela est nécessaire aux fins d'une enquête ou d'une procédure dans l'État d'émission, l'autorité d'exécution se prononce sur la reconnaissance de la décision de gel au plus tard 48 heures après l'avoir reçue »*⁴⁶⁸.

Tous ces éléments ont pour finalité d'accélérer l'exécution des décisions de gel afin, notamment, d'éviter la dissipation des biens visés.

⁴⁶⁵ Art. 9.2, *ibid.*

⁴⁶⁶ Art. 2.8, a), *ibid.*

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ Art. 9.3, *ibid.*

CONCLUSION – CHAPITRE 1

91. Une volonté de renforcer la circulation et l'exécution des décisions de gel et de confiscation. Les limites présentées ci-dessus jouent sur l'efficacité des textes européens dans les législations nationales, mais également jouent sur l'efficacité des instruments européens de reconnaissance mutuelle. Le règlement renforce la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation, en l'actualisant, c'est-à-dire en la rendant compatible avec les dispositions de la directive 2014/42/UE, mais également en améliorant la circulation des décisions. Le règlement renforce explicitement la communication entre les juges ou les autorités compétentes européennes et donne à cette communication une base légale sur laquelle les autorités peuvent s'appuyer pour qu'à travers l'espace européen les décisions de gel et de confiscation soient effectivement exécutées et ce, malgré des systèmes de confiscation incompatibles. Là encore, le droit européen met en place un cadre supranationale, obligatoire et autonome. Il rappelle que « *un fonctionnement satisfaisant du présent règlement présuppose une communication étroite entre les autorités nationales compétentes concernées, en particulier dans les cas d'exécution simultanée d'une décision de confiscation dans plusieurs États membres. Les autorités nationales compétentes devraient dès lors se consulter chaque fois que cela est nécessaire, soit directement soit, s'il y a lieu, via Eurojust ou le RJE* »⁴⁶⁹.

Cependant instaurer une communication étroite, des procédures facilitant la circulation des décisions et un cadre harmonisé ne suffisent pas. Le principe de reconnaissance mutuelle est fondé sur celui de confiance mutuelle. Mais comment instaurer une confiance si de profondes disparités entre les systèmes juridiques des États membres persistent notamment des disparités concernant la protection des droits fondamentaux ? En effet, l'un des points sensibles demeure la question de la protection des droits fondamentaux. Il convient de souligner que « *malgré la liste exhaustive des motifs de refus figurant dans la décision-cadre sur la reconnaissance mutuelle, les États hésitent parfois à priver complètement leurs tribunaux nationaux de la capacité d'examiner les ordonnances étrangères en raison de leur compatibilité avec les droits de la personne* »⁴⁷⁰. Par conséquent, le traitement de la question des droits fondamentaux répond à la nécessité de renforcer l'efficacité de la procédure européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

⁴⁶⁹ Cons. 44, *ibid.*

⁴⁷⁰ Fazekas et E. Nanopoulos, « *The Effectiveness of EU Law : Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation* », *op.cit.*

CHAPITRE 2. LE RENFORCEMENT DES GARANTIES PROCÉDURALES POUR LES PERSONNES CONCERNÉES PAR LES MESURES DE GEL ET DE CONFISCATION

92. Le développement des garanties pour les personnes concernées par les mesures de gel et de confiscation comme conséquence du développement de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. La directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805 « *porte[nt] sensiblement aux droits des personnes, non seulement des suspects ou des personnes poursuivies, mais aussi des tiers qui ne font pas l'objet de poursuites* ». Les textes ne se bornent plus, contrairement aux précédents textes, à seulement rappeler qu'elle « *ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes fondamentaux, y compris notamment la présomption d'innocence, tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne* ». Elle prévoit, désormais, des garanties et des voies de recours judiciaires pour protéger les droits des personnes concernées par les mesures de gel et de confiscation et ce, indépendamment de la nature de la procédure de confiscation. Rappelons-le, la directive n'oblige pas les États membres à mettre en place une confiscation pénale. Par conséquent, et même si la directive ne fait pas obstacle à l'application des dispositions des directives du Parlement européen et du Conseil relatives au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, au droit à l'information ou encore au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives aux mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires qui concernent les droits procéduraux dans le cadre des procédures pénales⁴⁷¹, la directive n'a pas pour objet de renforcer les droits de la défense. Elle a pour objet de renforcer les droits des personnes concernées par une mesure de gel et/ou de confiscation, notamment en leur accordant des garanties. Cette reconnaissance de garanties durant la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime s'inscrit

⁴⁷¹ Ces trois textes ont été complétés en 2016 par un ensemble de propositions relatives aux droits constitutifs d'un procès équitable dans le cadre des procédures pénales. Ces textes s'inscrivaient eux-mêmes dans la feuille de route de l'UE, de 2009, visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales. Ainsi, ont été adoptées les directives relatives au droit à l'interprétation et à la traduction, au droit à l'information et au droit d'accès à un avocat ont été complétées l'année passée par celles relatives à la présomption d'innocence et au droit d'assister à son procès, aux garanties procédurales des enfants impliqués dans une procédure pénale et à l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures pénales

dans la volonté de « généraliser la détection la plus précoce des avoirs et des patrimoines », « mettre à la disposition de la justice des outils simples pour prendre des mesures conservatoires sur les biens » et « de renforcer l'efficacité de la législation permettant d'obtenir la confiscation des biens », qui a conduit à fragiliser les droits et libertés fondamentales des personnes concernées par les mesures de gel et de confiscation, et principalement leur droit de propriété. Rappelons à cet égard que le droit de propriété est un droit fondamental protégé par plusieurs textes internationaux, tels que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴⁷², la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁷³, ou encore la Déclaration universelle des droits de l'homme⁴⁷⁴. Tous ces textes appellent au respect du droit de propriété, sans pour autant faire de ce droit un droit absolu, puisqu'au nom de l'utilité publique et de l'intérêt général, les États ont la possibilité de mettre en place une réglementation quant à l'usage des biens. Ainsi, l'article un, du Protocole un de la CESDH, prévoit que l'existence de base légale et un intérêt public peuvent suffire si la mesure ne semble pas disproportionnée par rapport au but poursuivi, laissant aux États une marge de manœuvre et un pouvoir de discrétion important. Il est, par ailleurs, assez exceptionnel que la CEDH ne conclût pas à la conformité des mécanismes de confiscation avec l'article un, du Protocole un de la CESDH⁴⁷⁵. « Pour la Cour, la confiscation est une restriction légitime des droits de propriété, notamment en ce qui concerne les objets liés à des activités criminelles »⁴⁷⁶.

⁴⁷²Art. 1. Protocole 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁴⁷³ Art. 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « 1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général. 2. La propriété intellectuelle est protégée ».

⁴⁷⁴ Art. 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « 1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété ».

⁴⁷⁵ V. à titre d'exemple les cas suivants : CEDH, *Sud Fondi Srl et autres c. Italie*, 20 janvier 2009, n° 75909/01 ; CEDH, *Grifhorst c. France*, 26 février 2009, n° 28336 ; CEDH, *Paulet c. The United Kingdom*, 13 mai 2014, n° 6219/08.

⁴⁷⁶ M. Panzavolta, *op. cit.*, p. 32. « For the Court, confiscation is a legitimate restriction of property rights, particularly when concerning objects connected to criminal activities ». L'auteur cite pour illustrer son propos l'arrêt *Rummi v Estonia*, dans lequel la Cour expose que « confiscation in criminal proceedings is in the line with the general interest of the community, because the forfeiture of money or assets obtained through illegal activities or paid for with the proceeds of crime is a necessary and effective means of combating criminal activities. Confiscation in this context is therefore in keeping with the goals of the Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of Proceeds from Crime, which requires State Parties to introduce confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime in respect of serious offences. Thus, a confiscation order in respect of criminally acquired property operates in the general interest as a deterrent to those considering engaging in criminal activities, and also guarantees that crime does not pay » (CEDH, *Rummi v Estonia*, 15 janvier 2015, n° 63362/09).

Le prisme choisi est par conséquent celui de la protection des droits de propriété des personnes concernées par la mesure de gel et/ou de confiscation. Traiter la question des garanties sous l'angle du respect des droits de propriété des personnes concernées par une mesure de gel et/ou de confiscation permet de garantir, dans le cadre de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime, un traitement égalitaire entre les personnes parties à cette procédure en leur attribuant des garanties identiques. Il importe de rappeler que le statut d'une personne dans une procédure, et notamment dans une procédure criminelle, définit les garanties auxquelles la personne a droit. Ainsi, une personne suspectée ou mise en examen a le droit d'accéder au dossier d'instruction, de faire appel d'une décision d'instruction, de faire des demandes d'actes etc. Il est intéressant de noter que même si le droit tend à renforcer les droits des victimes ou parties civiles dans la procédure pénale, notamment en améliorant leur droit à être informée, elles ne bénéficient pas d'un accès équivalent à la procédure criminelle et ne disposent pas des mêmes droits de faire appel durant l'instruction ou le procès pénal. Or, la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime touche indifféremment toutes les parties à la procédure criminelle, ainsi que celles qui ne sont pas parties à cette procédure. La directive 2014/42/UE permet de garantir un traitement équitable entre toutes les personnes concernées en leur accordant des garanties équivalentes dans le cadre de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime afin de garantir le respect de leurs droits de propriété sur le bien et ce, quel que soit le statut de la personne dans la procédure initiale (section 1). Cependant, il est intéressant de montrer qu'en la matière une partie bénéficie d'avancée majeure avec l'adoption des nouveaux instruments européens : la victime (section 2).

SECTION 1. LE RENFORCEMENT DES GARANTIES PROCÉDURALES PRÉVUES DANS LE CADRE DE LA DIRECTIVE 2014/42/UE

93. Le renforcement des garanties procédurales durant les étapes de gel et de confiscation des produits du crime. La directive 2014/42/UE liste à l'article huit les garanties devant être accordées aux personnes concernées par les mesures de gel et de confiscation. Elle rappelle que les États membres doivent prendre « *les mesures nécessaires pour faire en sorte que les personnes concernées par les mesures prévues par la présente directive aient droit à un recours effectif et à un procès équitable pour préserver leurs droits* ». Ces mesures nécessaires comprennent le droit à la communication des décisions de gel et de confiscation, l'obligation de motiver les décisions de gel et de confiscation, le droit de faire appel des décisions de gel et de confiscation, le droit à restitution des biens non confisqués, le droit d'accès à un avocat, le droit de contester les éléments factuels et de rapporter la preuve de l'origine licite d'un bien ou encore le droit de faire valoir un titre de propriété ou d'autres droits de propriété sur le bien. Ces droits sont reconnus à toutes les personnes concernées par une mesure de gel ou de confiscation et ce, quel que soit le statut de cette personne dans la procédure criminelle : suspect, auteur, victime ou tiers. Dans le cadre de la procédure de confiscation et ce, quelle que soit la nature de la procédure, pénale ou autre, les personnes concernées disposent d'un ensemble de droits afin de protéger l'exercice de leur droit de propriété sur le bien. Cette reconnaissance a un double intérêt. Le premier tient dans le fait que, pour la première fois, il y a une reconnaissance explicite des garanties attachées à la procédure de confiscation indépendamment de la nature de la procédure dans laquelle la confiscation est mise en œuvre. Le second tient dans le fait que cette reconnaissance s'accompagne d'obligations à la charge de l'État, et notamment lors de la phase de gel, qui constitue la phase la plus critique pour la personne concernée par la mesure de gel. La mesure de gel est une mesure temporaire, qui ne remet pas en question le droit de propriété de la personne concernée, et impose à l'État une obligation de le protéger en assurant au propriétaire dudit bien une gestion adéquate et ce, durant toute la phase de gel. Il s'agit de l'obligation de préserver le bien durant toute la procédure de gel, y compris durant la reconnaissance et l'exécution d'une demande de reconnaissance mutuelle des décisions de gel. En revanche, la confiscation transfère le droit de propriété à l'État, soulevant la question de la compatibilité de cette mesure avec le droit de propriété. Avant d'étudier les garanties définies dans la directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805 (§2), il convient d'analyser la question principale : celle de la compatibilité des mesures de gel et de confiscation avec le droit de propriété (§1).

§1. La compatibilité de la mesure de confiscation avec la « réglementation sur l'usage des biens »

94. Une atteinte au droit de propriété strictement encadrée par la jurisprudence. Le droit de propriété est considéré comme un droit fondamental protégé par des textes internationaux, tels que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ou encore la Déclaration universelle des droits de l'homme. Tous ces textes appellent au respect du droit de propriété, sans pour autant faire de ce droit un droit absolu. C'est ainsi qu'au nom de l'utilité publique, de l'intérêt général, ces textes offrent aux États la possibilité de réglementer l'usage des biens.

Or, cette réglementation est strictement encadrée, afin d'éviter toute atteinte disproportionnée. Ce point est d'autant plus important dans des procédures criminelles qui tendent à établir la culpabilité ou l'innocence des personnes mises en cause. Le juge à cet effet a un rôle incontestable dans la protection des droits des personnes soumises à des procédures criminelles attentatoires aux droits fondamentaux. Les instances européennes – la Cour européenne des droits de l'homme (A) et la Cour de justice de l'Union européenne (B) – ont développé un cadre de la réglementation sur l'usage des biens, afin notamment d'éviter qu'une grande atteinte soit portée au droit de propriété.

A. L'approche de la Cour européenne des droits de l'Homme

95. Les atteintes autorisées par la Convention européenne des droits de l'homme. L'article un, du Protocole un expose : *« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes »*. L'article un peut être dissocié en trois parties. Tout d'abord, la première disposition - *« toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens »* - pose un principe général, une norme générale : le principe du respect de la propriété⁴⁷⁷. Ensuite, la seconde

⁴⁷⁷ CEDH, arrêt *Sporrong et Lönnroth*, 23 septembre 1982, A n°52, §61.

disposition vise, quant à elle, « *la privation de propriété et la soumet à certaines conditions* », qui sont, d'une part, la cause d'utilité publique et, d'autres part, la condition légale soit issue du droit interne, soit issue du droit international⁴⁷⁸. Enfin, la dernière disposition rappelle le « *droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes* »⁴⁷⁹. C'est cette dernière disposition qui va intéresser notre thème. Que nous soyons dans le cadre des mesures de gel ou dans celui relatif aux mesures de confiscation, la disposition applicable est celle de la « *réglementation sur l'usage des biens* ».

La « *réglementation de l'usage des biens* » permet aux États de pouvoir, pour des raisons liées à l'intérêt général, de venir limiter l'exercice du droit de propriété des particuliers. Dans le cadre d'une mesure de gel, l'État vient notamment limiter les droits de disposition du propriétaire. Cela se caractérise notamment par une interdiction de vendre, de louer, de prêter le bien gelé. Entrent également dans le champ de la « *réglementation sur l'usage des biens* » les mesures de confiscation qui ont pour fonction de priver purement et simplement l'individu de son droit de propriété⁴⁸⁰. Afin d'éviter toute restriction et toute privation disproportionnées, le juge européen a à cet égard développé une logique juridique lui permettant d'opérer un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte aux droits et le but poursuivi par la mesure litigieuse.

96. Le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour suit un raisonnement logique. Dans un premier temps, la Cour vérifie si la mesure litigieuse a pour source une base légale. Les mesures adoptées au titre de cette réglementation doivent avoir une base légale, venant de la sorte contrôler et limiter l'ingérence de l'État. Dans un second temps, la Cour détermine l'intérêt général à protéger. La Cour doit procéder en la matière aux cas par cas. La disposition européenne précise sur ce point que les États adoptent les normes « *qu'ils jugent nécessaires conformément à l'intérêt général* ». Autrement dit, la marge d'appréciation consentie aux États membres est étendue. En fonction des obstacles rencontrés par les gouvernements européens, les politiques criminelles appliquées divergeront en fonction des

⁴⁷⁸ *Ibid.* §61.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ Pour la Cour, « l'ordonnance de confiscation constituait une « *peine* » au sens de la Convention. Elle entre dès lors dans le champ d'application du deuxième paragraphe de l'article 1 du Protocole n°1, qui permet notamment aux États contractants de réglementer l'usage des biens pour assurer le paiement des amendes » CEDH, arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*, 12 décembre 2001, CEDH 2001-VII, §51. Voir également CEDH, arrêt *Grifhorst c. France*, 26 février 2009, §§85-86 ; CEDH, arrêt *Silickienė c. Lituanie*, 10 avril 2012, §62.

types de criminalité rencontrés. De ces politiques criminelles, des moyens d'action spécifiques découleront. La notion d'intérêt général est une notion variable dans le temps et dans l'espace, et cela, en fonction des « *traditions culturelles* » des États parties, mais également des « *facteurs historiques ou politiques propres à chaque État* ». A titre d'exemple, le juge de la Convention a pu mettre en avant la lutte contre le trafic international de stupéfiant avec l'affaire *Air Canada*⁴⁸¹, la lutte contre le crime organisé de type mafieux dans l'affaire *Raimondo*⁴⁸², ou encore le délit de non-respect de l'obligation de déclarer des sommes, titres ou valeurs dans l'affaire *Moon*⁴⁸³.

Enfin, le juge procède au contrôle de proportionnalité. Le contrôle exercé par le juge n'a pas pour vocation de se prononcer sur la légalité de la mesure, mais de vérifier si la législation en cause est proportionnelle au but poursuivi. Par conséquent, après avoir déterminé que son contrôle devait s'exercer dans le cadre du champ d'action de la réglementation de l'usage des biens, le juge vérifie que la mesure litigieuse satisfait au principe de « *juste équilibre* ». Cette recherche du « *juste équilibre* » correspond à une volonté classique en droit pénal, à savoir le trouver entre la protection de l'intérêt général et le respect des droits fondamentaux des individus.

97. Le contrôle de proportionnalité mené par la Cour européenne des droits de l'homme. Le contrôle de proportionnalité, à la lecture des arrêts de la CEDH, apparaît limité. Ceci s'explique essentiellement par l'usage de la notion d'intérêt général qui justifie les atteintes susceptibles d'être portées au droit de propriété. La marge de manœuvre laissée aux États en matière de gel et de confiscation par la Cour européenne des droits de l'homme est très largement étendue, s'expliquant notamment par le but qu'assigne le juge européen aux mesures de gel et de confiscation. Dans l'arrêt *Aboufadda*, le juge européen reconnaît explicitement que « *la mise en œuvre de cette mesure de confiscation (a) des conséquences importantes sur le patrimoine des requérants* ». Cependant, « *la confiscation de patrimoines criminels a acquis une place importante, tant dans l'ordre juridique de plusieurs États contractants que sur le plan international et elle est aujourd'hui utilisée non seulement comme un moyen de preuve, mais aussi en tant que sanction indépendante* »⁴⁸⁴. En d'autres termes, la Cour légitime par ce rappel les restrictions et privations qui sont apportées au droit de propriété et qui sont justifiées

⁴⁸¹ CEDH, arrêt *Air Canada c. Royaume-Uni*, 05 mai 1995, série A n°316-A.

⁴⁸² CEDH, décision *Raimondo c. Italie*, 22 février 1994, série A n°281-A.

⁴⁸³ CEDH, arrêt *Moon c. France*, 9 juillet 2009.

⁴⁸⁴ CEDH, décision *Aboufadda c. France*, 4 novembre 2014, §27.

par l'intérêt général à protéger (en l'espèce, la lutte contre le trafic de stupéfiant). Même si ce contrôle de proportionnalité apparaît à ce stade plus favorable aux législations étatiques plutôt qu'aux requérants, la Cour a été conduite lors de certaines affaires à prononcer la violation de l'article un, Protocole un. Lors de l'affaire *Grifhorst*, la Cour a conclu à la violation de l'article un, Protocole un, en raison de la disproportion entre la sanction imposée – cumulant une amende et une confiscation – et les faits commis (le délit de non-respect de l'obligation de déclarer des sommes, titres ou valeurs). Pour la Cour, le « juste équilibre » dans cette affaire n'avait pas été respecté⁴⁸⁵.

98. Une prise en compte du contexte national dans lequel la réglementation est adoptée. Force est de constater que le contrôle du juge européen concernant la réglementation de l'usage des biens dans les États Parties demeure tout de même un contrôle restreint, où les États disposent d'une large marge d'appréciation quant aux restrictions que ces derniers peuvent apporter au droit de propriété. Le contrôle restreint peut résulter de la difficulté à définir de manière globale la notion de propriété. Sur le territoire européen cohabite en effet deux approches de la notion de propriété. La première approche considère que le droit de propriété fait partie des droits fondamentaux de tout individu. En France, par exemple, le droit de propriété est un droit à valeur constitutionnelle. En effet, les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et de citoyen (articles deux et dix-sept de la DDHC) « consacrent le droit de propriété en tant que droit naturel, imprescriptible, inviolable et sacré »⁴⁸⁶. Donc, en droit français le droit de propriété occupe une « *position éminente dans la hiérarchie des normes* ». Mais cette position « *n'est pas celle que reconnaissent au droit de propriété d'autres systèmes de droit, pour qui la propriété oblige (en Allemagne, Espagne, Italie)* »⁴⁸⁷. En effet, la seconde approche donne une fonction spécifique à la propriété, à savoir une fonction sociale. Contrairement à la première approche qui lie la propriété au développement de l'Homme, la seconde approche lie la propriété non pas à l'Homme mais à la Société. Au sein de la Constitution allemande, par exemple, le droit de propriété se conçoit comme une obligation

⁴⁸⁵ L'affaire *Grifhorst* concernait la condamnation d'un individu pour avoir omis de déclarer une somme équivalente à 233 056 EUR lors de son passage de la frontière franco-andorrane. Reconnu coupable du délit de non-respect de l'obligation de déclarer des sommes, titres ou valeurs, il avait été condamné à la confiscation de l'intégralité de ce montant ainsi qu'au paiement d'une amende égale à la moitié de la somme non déclarée, assortie de la contrainte par corps avec exécution provisoire.

⁴⁸⁶ J. TREMEAU. Fondement constitutionnel du droit de propriété. Jurisclasseur Civil, Fasc 20, 26 mars 2009. URL : http://www.lexisnexis.com.rproxy.univ-pau.fr/fr/droit/returnTo.do?returnToKey=20_T22527855147 (consulté le 26 août 2015).

⁴⁸⁷ https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2008_2903/etude_discriminations_2910/distinctions_justifiees_2918/distinctions_entre_proprietaires_2920/limitations_exercice_droit_propriete_1_2143.html (consulté le 26 août 2015).

pour le propriétaire d’user de son bien « *pour le bien public* »⁴⁸⁸. Cette vision est également développée par la Constitution de la République italienne qui prévoit : « *La propriété privée est reconnue et garantie par la loi qui établit les modes de son acquisition, son exercice et ses limites afin d’assurer la fonction sociale de la propriété et de la rendre accessible à tous* »⁴⁸⁹. Cette conception de la propriété offre finalement aux États une marge de manœuvre beaucoup plus importante concernant les possibilités de restriction de ce droit, par rapport à celle dont disposent les États qui suivent la première conception.

Ces différences d’ordre idéologique influencent indubitablement le contrôle du juge européen, puisque ces divergences posent au juge des limites dans son champ d’action ne lui permettant de porter un jugement plus sévère quant à la mesure mise en exergue. Malgré ces différences, l’Union européenne ainsi que le droit de la CEDH permettent à travers la jurisprudence et les normes d’harmoniser, *a minima*, cette notion du droit de propriété. La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne rappelle à cet égard que « *toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu’elle a acquis légalement, de les utiliser, d’en disposer et de les léguer* »⁴⁹⁰. En d’autres termes, l’Union européenne fait également du droit de propriété un droit fondamental de l’Union européenne.

B. L’approche de la Cour de justice de l’Union européenne

99. Le respect du droit de propriété dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux de l’UE. Les instances européennes depuis plus d’une vingtaine d’années prônent les mesures de saisie et de confiscation comme instruments de lutte contre le terrorisme ou toutes formes de criminalités graves. Au sein des textes européens⁴⁹¹, il est fait régulièrement mention de manière générale de la protection des droits fondamentaux des individus. Ainsi, la directive 2014/42/UE expose qu’elle « *respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (ci-après dénommée «charte») et la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des*

⁴⁸⁸ Art. 14§2 de la Loi fondamentale pour la République fédérale allemande : « *Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité* ».

⁴⁸⁹ Art. 42 de la Constitution de la République italienne : « *La propriété est publique ou privée. Les biens économiques appartiennent à l’État, à des entreprises ou à des particuliers. La propriété privée est reconnue et garantie par la loi qui en détermine les modes d’acquisition, de jouissance ainsi que les limites afin d’en assurer la fonction sociale et de la rendre accessible à tous. La propriété privée peut être expropriée, dans les cas prévus par la loi et sous réserve d’indemnisation, pour des motifs d’intérêt général. La loi fixe les règles et les limites de la succession légale et testamentaire ainsi que les droits de l’État sur les héritages* ».

⁴⁹⁰ Art. 17 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne.

⁴⁹¹ Cons. 13, décision-cadre 2003/577/JAI, *op. cit.* ; art. 5, décision-cadre 2005/212/JAI, *op. cit.* ; cons. 38, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

libertés fondamentales (CEDH), selon l'interprétation qui en est faite dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La présente directive devrait être mise en œuvre conformément à ces droits et principes »⁴⁹². La Charte des droits fondamentaux de l'UE garantit le respect du droit de propriété. Ainsi, l'article dix-sept prévoit que « *toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévues par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général* ». Tout comme la CEDH, la Charte garantit le droit de propriété, sous réserve des mécanismes publics de privation de la propriété et de la réglementation de l'usage des biens. Là encore, le texte rappelle que la réglementation sur l'usage des biens doit comprendre deux conditions : une condition légale et une condition liée à l'intérêt général. Malgré un rappel, dans les textes européens, du respect des droits fondamentaux, force est de constater qu'ils ne contiennent aucune disposition quant au respect du droit de propriété. Pour trouver des éléments quant à la réglementation sur l'usage des biens, il convient de se tourner vers la jurisprudence de la Cour de justice.

100. Un contrôle exercé dans un premier temps dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme. Principalement, les juges de Luxembourg ont eu à connaître en la matière un contentieux largement plus civiliste, que criminel. Ainsi, la question du respect du droit de propriété s'est posée, dans un premier temps, exclusivement en termes de propriété industrielle et commerciale⁴⁹³. Par la suite, la jurisprudence de la CJUE a énoncé explicitement que « *le droit de propriété est garanti dans l'ordre juridique communautaire conformément aux conceptions communes aux Constitutions des États membres, reflétées également par le premier protocole joint à la CEDH* »⁴⁹⁴. Jusqu'aux années 2000, la question de la protection du droit de propriété n'était liée qu'à des questions d'ordre civiliste, commerciale, etc. En revanche, peu, voire aucun, arrêts ne concernaient les questions d'ordre criminel.

Les années 2000 ont constitué un tournant, notamment concernant les faits de terrorisme. A partir des attentats du 11 septembre 2001, les instances internationales ont pris un

⁴⁹² Cons. 38, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁴⁹³ Voir à titre d'exemple : CJCE, arrêt *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c. Winthrop BV*, 31 octobre 1974, Aff. 16-74, Rec. 1974 p. 01183 (Droit de marque) ; CJCE, arrêt *Merck*, 5 décembre 1996, Aff. Jointes C-267:95 et C-268:95, Rec. 1996 p. I-06285 (Brevets) ; CJCE, arrêt *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH contre Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, 8 juin 1971, Aff. 78-70, Rec. 1971 p. 00487 (Droit d'auteur).

⁴⁹⁴ CJCE, arrêt *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, 13 décembre 1979, Aff. 44/79, Rec. 1979 p. 03727.

certain nombre de mesures afin de lutte contre le terrorisme et l'une des mesures principales est le gel des avoirs de personnes physiques ou morales liées directement ou indirectement à des organisations terroristes. L'UE en conformité avec les résolutions onusiennes a adopté des textes - dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) - tendant justement à geler les biens des personnes liées à des organisations terroristes. Les sanctions administratives résultant de ce texte ont fait, suite à leur adoption et application, l'objet de recours devant la CJUE⁴⁹⁵, notamment des recours liés à la question du respect des droits fondamentaux. Au-delà des questions relatives au respect des droits de la défense, s'est posé inévitablement la question également du respect du droit de propriété des personnes visées par les règlements européens. Pour illustrer le raisonnement de la CJUE, il semble pertinent de s'intéresser à l'arrêt *Kadi*. En l'espèce, à la suite des résolutions du Conseil des Nations unies, tous les États membres de l'ONU ont été appelés à geler les fonds et autres actifs financiers contrôlés directement ou indirectement par des personnes ou entités désignées par le comité des sanctions du Conseil de sécurité comme étant associées à Oussama ben Laden, à Al-Qaida ou aux Talibans. Pour mettre en œuvre ces mesures, le Conseil a adopté une position commune concernant des mesures restrictives à l'encontre des personnes concernées et, par la suite, a adopté le règlement 881/2002 qui prévoit le gel des fonds et autres avoirs économiques de ces personnes et entités. M. Kadi résident saoudien, et Al Barakaat international Foundation, - dont les noms figuraient dans la liste en annexe de ce règlement - ont introduit des recours en annulation devant le Tribunal de première instance, alléguant que le Conseil n'était pas compétent pour adopter ce règlement et que ce dernier violait plusieurs de leurs droits fondamentaux, parmi lesquels nous pouvons citer le droit de propriété et les droits de la défense. Le Tribunal a rejeté les recours, en considérant, notamment que les États membres étaient tenus de se conformer aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies⁴⁹⁶. Pour donner suite à ce rejet, les parties ont décidé d'introduire des pourvois contre ces arrêts devant la CJUE.

⁴⁹⁵ La politique étrangère et de sécurité commune (PESC), en vertu du titre V du traité UE, (article 24, paragraphe 1, deuxième alinéa TUE) reste « soumise à des règles et procédures spécifiques ». Dès lors, aux termes de ce même article, la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente pour contrôler ces dispositions ni en ce qui concerne les actes adoptés sur leur base (article 275, premier alinéa, TFUE). Toutefois, cet article prévoit deux exceptions : 1) La Cour est compétente pour contrôler le respect de la délimitation entre la PESC et les autres compétences de l'Union, car en vertu de l'article 40 TUE, la mise en œuvre de la PESC ne doit pas affecter l'exercice des compétences de l'Union européenne, 2) La Cour reste compétente pour connaître des recours en annulation dirigés contre les décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre des personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil, dans le cadre par exemple, du gel des avoirs dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (article 275, deuxième alinéa, TFUE).

⁴⁹⁶ CJUE, arrêts du 21 septembre 2005, *Yusuf et Al Barakaat Foundation/Conseil*, T-306/01 et *Kadi/Conseil et Commission*, T-315/01.

Après avoir rappelé que le juge communautaire est compétent pour contrôler la légalité d'un acte communautaire visant à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies, la Cour s'est penchée sur la question des droits fondamentaux, et notamment sur celle concernant le droit de propriété. La Cour de Luxembourg rappelle à cet égard que « *le droit de propriété fait partie des principes généraux de droit communautaire* ». Pour autant, la Cour prend soin de préciser que le droit de propriété n'est pas un droit absolu, « *mais doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société* ». Ce point justifie notamment que des restrictions soient apportées à « *l'usage du droit de propriété* ». Mais, ces restrictions doivent répondre à « *des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait à la substance même du droit ainsi garanti* »⁴⁹⁷. La Cour de justice va par conséquent opérer un contrôle de proportionnalité de la mesure, afin de vérifier si le règlement litigieux ne constitue pas une « *intervention démesurée et intolérable portant à la substance même du droit fondamental au respect de la propriété de personnes [...] mentionnées dans la liste reprise à l'annexe I dudit règlement* »⁴⁹⁸. La Cour débute son raisonnement par rappeler que la mesure de gel est une mesure conservatoire et à ce titre elle n'a pas vocation à priver lesdites personnes de leur propriété. Pour autant, elle comporte une restriction à l'usage de la propriété impliquant que se pose la question de la justification de la restriction. La Cour, pour cette question, se tourne vers la jurisprudence de la CEDH qui prévoit que doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi. Afin de démontrer ce rapport raisonnable, le juge rappelle l'objectif d'intérêt général en cause dans l'espèce, à savoir « *la lutte par tous les moyens, conformément à la charte des Nations unies, contre les menaces à l'égard de la paix et de la sécurité internationales que font peser les actes de terrorisme* » et, à ce titre, la Cour poursuit en exposant que « *le gel des fonds, avoirs financiers et autres ressources économiques des personnes identifiées par le Conseil de sécurité ou le comité des sanctions comme étant associées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban ne saurait, en soi, passer pour inadéquat ou disproportionné* »⁴⁹⁹. Par conséquent, la Cour conclut qu'une telle mesure au regard de l'objectif poursuivi ne semble pas être disproportionnée. Or, la Cour poursuit en exposant que même si la mesure apparaît comme justifiée et justifiable, elle doit pour autant respecter le droit de propriété de la personne mise en cause. A cette fin, la Cour expose que les procédures en la matière doivent offrir aux personnes concernées l'occasion de

⁴⁹⁷ *Ibid.*, point 355.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, points 357 et suivants.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, point 363.

pouvoir exposer leurs causes aux autorités compétentes⁵⁰⁰. En l'espèce, la Cour est arrivée à la conclusion que « *le règlement litigieux, pour autant qu'il concerne M. Kadi, a été adopté sans fournir à ce dernier aucune garantie lui permettant d'exposer sa cause aux autorités compétentes, et ce dans une situation dans laquelle la restriction de ses droits de propriété doit être qualifiée de considérable, eu égard à la portée générale et à la durée effective des mesures restrictives dont il fait l'objet* »⁵⁰¹. La Cour de Luxembourg a ainsi conclu à la violation du droit fondamental au respect de la propriété.

§2. *Les garanties accordées aux personnes concernées par la mesure de gel et de confiscation*

101. Les droits de la défense envisagés sous l'angle de la protection du droit de propriété. « *Le droit des requérants au respect de leurs biens implique, cependant, l'existence d'une garantie juridictionnelle effective* »⁵⁰². Saisir les biens soupçonnés d'être le produit ou l'instrument d'un crime n'établit pas la culpabilité de la personne. Jusqu'au prononcé de la condamnation, la personne poursuivie est présumée innocente. Le principe de présomption d'innocence est un droit garanti à la fois par les droits internes des États membres et par les conventions internationales⁵⁰³. A ce titre, la mesure de gel doit demeurer une mesure strictement temporaire permettant aux autorités judiciaires de protéger le bien jusqu'au prononcé du jugement seul à permettre la mesure de confiscation. Par conséquent, tout au long de la procédure les droits de la personne mise en cause devront être garantis.

Seront dans cette partie envisagée la question des garanties accordées aux personnes concernées par les mesures de gel (A), d'une part, et celles accordées aux tiers de mauvaise foi (B), d'autre part.

⁵⁰⁰ La Cour opère un renvoi vers : CEDH, arrêt *JOKELA c. Finlande*, 21 août 2002, n°28856/95.

⁵⁰¹ *Ibid.*, point 368.

⁵⁰² CEDH, arrêt *Arcuri c. Italie*, 5 juillet 2001, n° 52024/99, CEDH 2001-VII.

⁵⁰³ Art. 6§2 de la CEDH : « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ».

Art. 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « 1. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. 2. Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé ».

A. Les garanties accordées aux personnes concernées par les mesures de gel et de confiscation

102. Les garanties définies à l'article huit de la directive 2014/42/UE relatives à la mesure de gel. L'article huit, paragraphe trois, de la directive 2014/42/UE rappelle que « *la décision de gel ne reste en vigueur que le temps nécessaire pour préserver les biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure* ». Cette disposition souligne le caractère temporaire de la mesure de gel. Condition sans laquelle la mesure porterait une atteinte disproportionnée au droit de propriété. Il est important de rappeler que le gel des produits du crime à des fins de confiscation n'opère pas de transfert de propriété vers l'État, mais limite le droit de propriété de la personne concernée qui ne peut en disposer librement. Il se pose par conséquent la question de sa compatibilité avec le droit de propriété.

Pour illustrer la compatibilité de la mesure de gel avec le droit à la protection du droit de propriété, qui n'est pas un droit absolu, la jurisprudence de la CJUE concernant la mesure de gel, en tant que sanction administrative, est particulièrement intéressante et tend à trouver une application dans le cadre de la mesure de gel à des fins de confiscation et ce, pour une raison essentielle qui est que le gel, quelle que soit sa forme, se définit communément comme « *l'interdiction temporaire du transfert, de la destruction, de la conversion, de l'aliénation ou du déplacement d'un bien, ou le fait d'en assumer temporairement la garde ou le contrôle* », sans qu'aucune restriction légale ne soit posée quant au cadre juridique dans lequel elle devrait s'appliquer. La CJUE a ainsi pu juger concernant le cas des sanctions administratives de gel que la mesure de gel ne constitue pas une « *intervention démesurée et intolérable portant à la substance même du droit fondamental au respect de la propriété des personnes [...] mentionnées dans la liste reprise à l'annexe I dudit règlement* »⁵⁰⁴. La Cour débute son raisonnement en rappelant que la mesure de gel est une mesure conservatoire. A ce titre elle n'a pas vocation à priver lesdites personnes du droit de propriété. Pour autant, elle comporte une restriction quant à l'usage de la propriété, impliquant que se pose la question de la justification de la restriction. Concernant cette question, la Cour se tourne vers la jurisprudence de la CEDH, qui prévoit que doit exister « *un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi. Afin de démontrer ce rapport raisonnable, le juge rappelle l'objectif d'intérêt général en cause dans l'espèce, à savoir « la lutte par tous les moyens, conformément à la charte des Nations unies, contre les menaces à l'égard de la paix et de la*

⁵⁰⁴ CJUE, *Yusuf et Al Barakaat Foundation/Conseil*, T-306/01 et *Kadi/Conseil et Commission*, *op. cit.*, § 357 et s.

sécurité internationales que font peser les actes de terrorisme »⁵⁰⁵. À cet égard, la CJUE poursuit en précisant que « *le gel des fonds, avoirs financiers et autres ressources économiques des personnes identifiées par le Conseil de sécurité ou le comité des sanctions comme étant associées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Talibans ne saurait, en soi, passer pour inadéquat ou disproportionné* »⁵⁰⁶, et que la mesure de gel des fonds ne semble pas être au regard de l'objectif poursuivi disproportionnée. Mais la Cour poursuit en rappelant que même si la mesure apparaît comme justifiée et justifiable elle doit pour autant respecter le droit de propriété de la personne mise en cause. Elle rappelle que les procédures en la matière doivent offrir aux personnes concernées l'occasion de pouvoir exposer leurs causes aux autorités compétentes⁵⁰⁷. Le gel des avoirs impose la définition de garanties juridictionnelles ou le contrôle de la mesure par une autorité judiciaire. « *Expression d'un droit plus général à un recours qui pourrait, en dehors du champ pénal, ne pas être juridictionnel, le droit à l'intervention à toutes les étapes de la procédure d'un membre de l'autorité judiciaire, s'exprime souvent, pas toujours, par le recours à un juge, à un tribunal* »⁵⁰⁸. Le droit à un recours de nature juridictionnelle ou le droit à un juge peut se définir comme « *le droit pour toute personne physique ou morale [...] d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits* »⁵⁰⁹. Pour autant, l'accès à un juge n'est pas garanti à toutes les étapes de la procédure pénale, certaines phases comme l'enquête délèguent à une autorité judiciaire le contrôle de la régularité des opérations menées, comme lors des perquisitions seules à même de procéder aux gels des avoirs. Il est intéressant de constater ici que la directive 2014/42/UE n'impose pas que le gel soit prononcé par un juge, mais par une autorité compétente, qui pourrait dans l'urgence et afin de préserver les biens ordonner une mesure de gel⁵¹⁰, mais sous couvert que cette décision soit « *soumise pour validation ou réexamen à une autorité judiciaire avant de pouvoir être attaquée devant un tribunal* »⁵¹¹. Ce qui signifie que la mesure de gel et ce, même si elle peut revêtir à la base un caractère non pénal, doit dans le cadre d'une procédure de confiscation faire l'objet ultérieurement d'une judiciarisation. La mesure de gel à des fins de confiscation est donc une mesure judiciaire impliquant qu'une autorité judiciaire ou tribunal statue sur sa légalité, donnant

⁵⁰⁵ *Ibid.*, § 360.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, § 363.

⁵⁰⁷ V. CEDH, arrêt *JOKELA c. Finlande*, 21 août 2002, n°28856/95.

⁵⁰⁸ S. Guinchard et J. Buisson, *op. cit.*, p. 307.

⁵⁰⁹ L. Favoreu et T. Renoux, « *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs* » extrait du Répertoire Dalloz du contentieux administratif, Sirey, 1992, spéc, p. 90 et s., *in ibid.*, p. 308.

⁵¹⁰ V. Art. 7, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁵¹¹ Art. 8.4 de la directive 2014/42/UE, *op. cit.*

ainsi accès aux personnes concernées par cette mesure au droit à un juge. Ce point nous amène à se poser à la question suivante : que recouvre l'expression du principe du droit à un tribunal ?

103. Le droit à un Tribunal dans le cadre de la mise en œuvre des mesures de gel et de confiscation. En droit pénal, le droit à un tribunal renvoie à la notion d'accusation en matière pénale. Pour la CEDH « *les États ne devraient pas pouvoir disposer à leur guise des qualifications* »⁵¹² et « *la matière pénale dépasse[rait] le Code pénal par ces trois réactifs que sont : les indications du droit national, la nature du fait ou du comportement transgresseur et le but et la sévérité de la sanction* »⁵¹³. Parmi ces critères celui de la gravité de la sanction encourue joue un rôle déterminant⁵¹⁴. Ce qui nous amène à poser la question de la nature juridique de la mesure de gel : est-elle une sanction, d'une part, et peut-elle être considérée comme une accusation en matière pénale, d'autre part ? Cet élément est déterminant puisqu'il est constitutif du droit à un tribunal. Par conséquent, la question est de savoir précisément si la mesure de gel suppose une accusation de nature pénale⁵¹⁵. Pour le juge de Strasbourg la notion d'accusation « *doit s'entendre de la base juridique et factuelle des reproches formulés contre l'accusé dont celui-ci doit être avisé* »⁵¹⁶. Sur ce point à la Cour semble avoir développé trois approches. Tout d'abord, elle a jugé que les exigences du droit à un procès équitable pouvaient être invoquées par tout accusé avant la saisine des juges du fond « *si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès* »⁵¹⁷. En d'autres termes, l'accusation commencerait en matière pénale avec la notification officielle du reproche d'avoir accompli une infraction⁵¹⁸. Ensuite, la CEDH admet que cette notification puisse prendre d'autres formes : « *toute mesure impliquant le reproche d'avoir accompli une infraction pénale et entraînant, elle aussi, des répercussions importantes sur la situation du suspect* »⁵¹⁹ »⁵²⁰. Ou plus précisément l'ouverture d'une enquête⁵²¹, un simple interrogatoire par la police judiciaire révélant l'existence d'une enquête⁵²² ou encore une arrestation⁵²³. Enfin,

⁵¹² S. Guinchard et J. Buisson, *op. cit.*, p. 330. V. CEDH, *Engel c. Pays-Bas*, *op. cit.*

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ *Ibid.* V. également M. Panzavolta, « *Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction?* » in « *Chasing Criminal Money* », *op. cit.*

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 331.

⁵¹⁶ CEDH, arrêt *Kamasinski c. Autriche*, 19 décembre 1989, série A, n° 168.

⁵¹⁷ CEDH, arrêt *Imbrioscia c. Suisse*, 24 novembre 1993, série A, n° 275, § 36.

⁵¹⁸ CEDH, arrêt *Deweert*, 27 février 1980, série A, n° 35, §2.

⁵¹⁹ CEDH, arrêt *Foti c. Italie*, 10 décembre 1982, série A, n° 56, §2.

⁵²⁰ S. Guinchard et J. Buisson, *op. cit.*, p. 332.

⁵²¹ CEDH, arrêt *Wemhoff*, 27 juin 1968, série A, n° 7.

⁵²² CEDH, arrêt *Magge et Averill c. Royaume-Uni*, 6 juin 2000.

⁵²³ CEDH, arrêt *Lamy c. France*, 30 mars 1989, série A, n° 151.

l'accusation peut être également postérieure à la saisine d'une juridiction de jugement. C'est le cas de la décision fixant définitivement la peine⁵²⁴. Sur la base de ces éléments, la mesure de gel à des fins de confiscation ne peut être et n'est pas une sanction pénale, elle n'a ni vocation à sanction ou à prévenir un quelconque danger. Il s'agit d'une mesure d'investigation ayant pour objet de préserver les biens jusqu'au procès ou d'empêcher leur disparition. Cependant, la notification d'une mesure de gel dans le cadre d'une procédure pénale et ce, au regard des éléments exposés ci-dessus, pourrait valoir d'accusation en matière pénale et donner un droit d'accès à un juge car, elle révèle l'existence d'une enquête et a des répercussions importantes sur la situation du suspect : l'indisponibilité de son patrimoine. Mais la position de la CEDH sur cette question vaut également lorsque la mesure est prononcée en dehors de la procédure pénale. Dans le cadre d'une affaire portant sur le gel des fonds, le juge de Strasbourg a rappelé que chaque justiciable a le droit à ce qu'un tribunal connaisse toutes les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civile⁵²⁵, et a souligné qu'« *il y a lieu aussi de rappeler que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs. La remarque vaut également pour le droit d'accès aux tribunaux, vu la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique. Il serait incompatible avec la prééminence du droit dans une société démocratique et avec le principe fondamental qui sous-tend l'article 6 § 1, à savoir que les revendications civiles doivent pouvoir être portées devant un juge, qu'un État puisse, sans réserve ou sans contrôle des organes de la Convention, soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité des catégories de personnes* »⁵²⁶. Soulignant par la même que le gel des fonds (sanction administrative) ne peut être mis en œuvre sans qu'un contrôle juridictionnel ne soit mis en œuvre par une autorité judiciaire compétente pour contrôler la légalité de la mesure. Le gel des avoirs à des fins de confiscation est une mesure compatible avec le droit de propriété si, et seulement si, la mesure revêt un caractère provisoire et respecte le droit à un juge.

Le droit d'accès à un tribunal emporte le droit à un premier juge ou le droit à un tribunal de pleine juridiction⁵²⁷, la garantie d'une voie de recours et l'égalité d'accès au juge. Et le législateur européen l'a bien compris puisque pour la première fois en matière de gel et de

⁵²⁴ CEDH, arrêt *Ecklé c. Allemange*, 15 juillet 1982, série A, n° 5.

⁵²⁵ CEDH, arrêt, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, 26 novembre 2013, n° 5809/08.

⁵²⁶ *Ibid.*, § 127.

⁵²⁷ Le terme de tribunal se caractérise par sa fonction juridictionnelle « *de trancher, sur la base de normes de droit à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* » (CEDH, arrêt *Srameck c. Autriche*, 22 octobre 1983, série A, n° 84, § 36).

confiscation il définit des garanties juridictionnelles propres au gel et à la confiscation des produits du crime. La directive européenne 2014/42/UE s'attache au sein de l'article huit à lister les garanties juridictionnelles de toutes personnes visées par une mesure de gel ou de confiscation. Les États membres ont ainsi l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour que la décision de gel soit communiquée à la personne concernée dans les meilleurs délais après son exécution, cette communication s'accompagne d'indications précisant, au moins brièvement, le ou les motifs de la décision concernée et lorsque cela est nécessaire pour éviter de compromettre une enquête pénale, les autorités compétentes peuvent toutefois reporter la communication de la décision de gel à la personne concernée⁵²⁸. La décision de gel ne reste en vigueur que le temps nécessaire pour préserver les biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure⁵²⁹. Les États membres doivent également prévoir la possibilité effective pour la personne dont les biens sont concernés d'attaquer la décision de gel devant un tribunal, conformément aux procédures prévues dans le droit national. Ces procédures peuvent prévoir que lorsque la décision de gel initiale a été prise par une autorité compétente autre qu'une autorité judiciaire, ladite décision est d'abord soumise pour validation ou réexamen à une autorité judiciaire avant de pouvoir être attaquée devant un tribunal⁵³⁰.

104. L'exemple de la confiscation préventive italienne, la compatibilité d'un mécanisme de confiscation sans condamnation pénale avec les droits fondamentaux. La confiscation préventive italienne permet qu'« *au cours de la procédure pour l'application des mesures de prévention à l'encontre d'une personne soupçonnée d'appartenir à des associations de type mafieux* » le tribunal, même d'office, ordonne par décision motivée la saisie des biens dont la personne contre laquelle la procédure a été engagée dispose directement ou indirectement, quand il y a lieu d'estimer, sur la base d'indices suffisants, telle que la disproportion considérable entre le train de vie et les revenus apparents ou déclarés, que ces biens constituent le profit d'activités illicites ou son emploi. Avec l'application de la mesure de prévention, le tribunal ordonne la confiscation des biens saisis dont la provenance légitime n'a pas été démontrée »⁵³¹⁵³². Autrement dit, le droit italien prévoit la possibilité de recourir aux confiscations préventives sans qu'aucun jugement de culpabilité n'ait été rendu. Là se pose explicitement la question des droits de la défense.

⁵²⁸ Art. 8.2, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁵²⁹ Art. 8.3, *ibid.*

⁵³⁰ Art. 8.4, *ibid.*

⁵³¹ Art. deux *ter* de la loi n°575 du 31 mai 1965.

⁵³² CEDH, décision *Arcuri et trois autres c. Italie*, n° 52024/99, 2001-VII.

Le droit de la CEDH reconnaît aux États la possibilité de prévoir des présomptions de droit ou de fait. Cette présomption légale que pose le droit italien ne va pas à l'encontre d'une protection juridictionnelle effective. Pour autant, la Cour rappelle que la mesure de confiscation préventive ne constitue pas une peine car, la confiscation préventive « *n'implique pas un jugement de culpabilité mais visent à empêcher l'accomplissement d'actes criminels, ne sauraient se comparer à une « peine* »⁵³³. Suivant le raisonnement de la Cour, la mesure ne se fonde pas sur une « *accusation en matière pénale* ». Par conséquent, l'article six n'a pas vocation à s'appliquer en l'espèce dans ses dispositions pénales, mais civiles, et ce même si la personne ayant subi la confiscation est celle qui est poursuivie. Rappelons que l'article six de la CEDH « *s'applique au civil à toute action ayant un objet « patrimonial* » et se fondant sur une atteinte alléguée à des droits eux aussi patrimoniaux »⁵³⁴. Ainsi, la confiscation préventive entre dans le champ d'application du paragraphe un, article six, dans son volet civil. En conséquence de quoi, la Cour a compétence pour vérifier la compatibilité de la mesure avec les dispositions civiles du paragraphe un, article six de la CEDH. Pour reprendre l'analyse du juge de Strasbourg, « *le droit des requérants au respect de leurs biens implique, cependant, l'existence d'une garantie juridictionnelle effective* ». La garantie du respect des droits de la défense découle des textes européens, puisque la directive 2014/42/UE liste au sein de l'article huit⁵³⁵ les garanties procédurales de toutes personnes visées par une mesure de gel ou de

⁵³³ CEDH, décision *Arcuri et trois autres c. Italie*, 5 juillet 2001, n° 52024/99, 2001-VII. V. également CEDH, arrêt *Raimondo c. Italie*, 22 février 1994, série A n° 281-A § 43 ; CEDH, arrêt *Ciulla c. Italie*, 22 février 1989, série A n° 148, § 39 ; CEDH, arrêt *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, série A n° 39, § 100 ; ainsi que la décision *M. c. Italie*

⁵³⁴ CEDH, décision *Arcuri et trois autres c. Italie*, 5 juillet 2001, n° 52024/99, 2001-VII. V. également CEDH, arrêt *Raimondo c. Italie*, 22 février 1994, série A n° 281-A, § 43 ; CEDH, arrêt *Editions Périscope c. France*, 26 mars 1992, série A n° 234-B, § 40.

⁵³⁵ Art. 8 de la directive 2014/42/UE : « 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour faire en sorte que les personnes concernées par les mesures prévues par la présente directive aient droit à un recours effectif et à un procès équitable pour préserver leurs droits. 2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que la décision de gel soit communiquée à la personne concernée dans les meilleurs délais après son exécution. Cette communication s'accompagne d'indications précisant, au moins brièvement, le ou les motifs de la décision concernée. Lorsque cela est nécessaire pour éviter de compromettre une enquête pénale, les autorités compétentes peuvent toutefois reporter la communication de la décision de gel à la personne concernée. 3. La décision de gel ne reste en vigueur que le temps nécessaire pour préserver les biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure. 4. Les États membres prévoient la possibilité effective pour la personne dont les biens sont concernés d'attaquer la décision de gel devant un tribunal, conformément aux procédures prévues dans le droit national. Ces procédures peuvent prévoir que lorsque la décision de gel initiale a été prise par une autorité compétente autre qu'une autorité judiciaire, ladite décision est d'abord soumise pour validation ou réexamen à une autorité judiciaire avant de pouvoir être attaquée devant un tribunal. 5. Les biens gelés ne faisant pas l'objet d'une confiscation ultérieure sont immédiatement restitués. Les conditions ou règles de procédure régissant la restitution de ces biens sont fixées par le droit national. 6. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que toute décision de confiscation soit dûment motivée et communiquée à la personne concernée. Les États membres prévoient la possibilité effective pour une personne à l'encontre de laquelle une confiscation est ordonnée d'attaquer la décision devant un tribunal. 7. Sans préjudice des directives 2012/13/UE et 2013/48/UE, les personnes dont les biens sont concernés par la décision de confiscation ont le droit d'avoir accès à un avocat pendant toute la procédure de confiscation en ce qui concerne la détermination des produits et instruments afin qu'elles puissent préserver leurs

confiscation. Ces garanties procédurales sont d'autant plus importantes dans un espace ouvert, tel que l'UE. En matière d'entraide répressive, les droits de la défense peuvent supporter de nombreuses atteintes, telles que le non-respect du principe *ne bis in idem*. Au-delà de ce principe, les États membres de l'UE doivent également garantir dans le cadre d'une coopération judiciaire en matière répressive le droit pour toute personne de faire appel de la décision étrangère. Dans un souci de sécurité juridique, le législateur européen a par exemple avec la décision-cadre relative à la reconnaissance mutuelle des décisions de gel reconnu le droit de formuler un recours contre la décision de gel devant les juridictions soit de l'État d'exécution, soit de l'État d'émission⁵³⁶. De façon identique, la décision-cadre relative à la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation prévoit également des dispositions relatives aux voies de recours dans l'État d'exécution contre la reconnaissance et l'exécution⁵³⁷, en vue de préserver leurs droits. En outre, ces droits sont également protégés par la Cour de justice de l'UE qui a eu l'occasion de rappeler que « *l'efficacité du contrôle juridictionnel implique que l'autorité communautaire soit tenue de communiquer à la personne concernée les motifs sur lesquels la mesure lui faisant grief est fondée afin de lui permettre d'exercer éventuellement*

droits. Les personnes concernées sont informées de ce droit. 8. Dans les procédures visées à l'article 5, la personne concernée a une possibilité réelle de contester les circonstances de l'espèce, y compris les éléments factuels concrets et les éléments de preuve disponibles sur la base desquels les biens concernés sont considérés comme des biens provenant d'activités criminelles. 9. Les tiers sont en droit de faire valoir leur titre de propriété ou d'autres droits de propriété, y compris dans les cas visés à l'article 6. 10. Lorsque, à la suite d'une infraction pénale, la victime demande réparation à la personne qui fait l'objet d'une mesure de confiscation prévue par la présente directive, les États membres prennent les mesures nécessaires pour que la mesure de confiscation n'empêche pas ladite victime de chercher à obtenir réparation ».

⁵³⁶ Art. 11, décision-cadre 2003/577/JAI, *op. cit.* : « 1. Les États membres prennent toutes les dispositions nécessaires pour garantir que toute mesure de gel exécutée en application de l'article 5 puisse faire l'objet de la part de toute personne concernée, y compris des tiers de bonne foi, et en vue de préserver leur intérêt légitime, d'un moyen de recours non suspensif; l'action est engagée devant un tribunal de l'État d'émission ou de l'État d'exécution conformément à la législation nationale de chacun de ces États. 2. Les raisons substantielles qui sont à l'origine de l'émission de la décision de gel ne peuvent être contestées que par une action devant un tribunal de l'État d'émission. 3. Si l'action est engagée dans l'État d'exécution, l'autorité judiciaire de l'État d'émission en est informée ainsi que des moyens soulevés, afin qu'elle puisse faire valoir les éléments qu'elle juge nécessaires. Elle est informée des résultats de cette action. 4. Les États d'émission et d'exécution prennent les mesures nécessaires pour faciliter l'exercice du droit d'engager une action en justice visé au paragraphe 1, notamment en fournissant toutes les informations nécessaires aux personnes concernées. 5. L'État d'émission veille à ce que tout délai pour l'exercice du droit d'engager une action en justice prévu au paragraphe 1 soit appliqué de manière à garantir la possibilité d'exercer un moyen de recours effectif pour les personnes concernées ».

⁵³⁷ Art. 9, décision-cadre 2006/783/JAI: « 1. Chaque Etat membre prend toutes les dispositions nécessaires pour garantir que la reconnaissance et l'exécution d'une décision de confiscation en application de l'article 7 puissent faire l'objet d'un recours formé par toute personne concernée, y compris des tiers de bonne foi, en vue de préserver ses droits. L'action est engagée devant un tribunal de l'État d'exécution conformément à la législation de cet État. Cette action peut avoir un effet suspensif en vertu de la législation de l'État d'exécution. 2. Les raisons substantielles qui ont conduit au prononcé de la décision de confiscation ne peuvent pas être contestés devant un tribunal de l'État d'exécution. 3. Si un recours est formé devant un tribunal de l'État d'exécution, l'autorité compétente de l'État d'émission en est informée ».

son droit de recours »⁵³⁸. La Cour de justice impose à l'UE les mêmes obligations que la CEDH impose aux États, à savoir entourés la procédure de gel de garanties procédurales suffisamment effectives. Pour autant, force est de constater que certains motifs peuvent conduire les États à reporter en quelques sortes certains droits de la défense. Les infractions graves que sont le terrorisme, la participation à un groupe criminel organisé peuvent conduire à décaler l'application de certains, tels que celui de l'obligation de communiquer les motifs de la mesure. Dans l'arrêt *Kadi* les requérants mentionnaient le fait de ne pas avoir été informé des motifs ayant conduit à la mesure de gel des fonds. La Cour légitime la non-communication des motifs en exposant : « *une telle communication préalable serait de nature à compromettre l'efficacité des mesures de gel de fonds et de ressources économiques qu'impose ce règlement. Afin d'atteindre l'objectif poursuivi par ledit règlement, de telles mesures doivent, par leur nature même, bénéficier d'un effet de surprise et, ainsi que la Cour l'a déjà indiqué, s'appliquer avec effet immédiat* »⁵³⁹.

105. Les voies de recours. La décision-cadre précise que les États membres doivent garantir que toute personne concernée (y compris des tiers de bonne foi) dispose de moyens de recours effectifs et non suspensifs en vue de préserver son intérêt légitime dans l'État d'émission ou l'État d'exécution. En revanche, les raisons de fond ne peuvent être contestées que dans l'État d'émission. Sur ce point crucial pour les personnes concernées par la mesure de gel, il existe des disparités entre les pays. Selon le rapport de la Commission, quelques États membres appliquent la totalité ou une partie de leur législation nationale à cet égard, c'est pourquoi certains d'entre eux n'ont que partiellement mis en œuvre cet article et plusieurs ont imparti des délais pour introduire les recours. Si tous prévoient des mesures non suspensives, tous n'ont pas mis en œuvre les mesures nécessaires pour faciliter l'exercice du droit de recours, notamment en fournissant toutes les informations nécessaires aux personnes concernées. Dans le cadre du règlement (UE) 2018/1805 il est obligation à l'État d'exécution d'informer la personne concernée par la mesure de gel ou de confiscation. Pour ce faire, « *l'autorité*

⁵³⁸ Dans cet arrêt la Cour reconnaît que l'efficacité des mesures de gel de fonds requiert que celles-ci bénéficient d'un effet de surprise et s'appliquent avec effet immédiat. Dès lors, si les autorités communautaires n'étaient pas tenues de procéder à une communication des motifs ou à une audition des personnes concernées préalablement à l'inclusion de leurs noms dans la liste, ces autorités auraient néanmoins dû procéder de la sorte dans un délai raisonnable après l'édition de ces mesures. Comme cela n'a pas été le cas, les droits de défense des requérants, notamment leur droit d'être entendus, n'ont pas été respectés. Cette violation mène aussi à une violation du droit à un recours juridictionnel, dans la mesure où les requérants n'ont pas non plus pu défendre leurs droits dans des conditions satisfaisantes devant le juge communautaire.

⁵³⁹ CJUE, *Yusuf et Al Barakaat Foundation/Conseil*, T-306/01 et *Kadi/Conseil et Commission*, *op. cit.*, points 338-340.

d'exécution devrait faire tout ce qui est raisonnablement en son pouvoir pour identifier les personnes concernées, vérifier comment elles peuvent être jointes et les informer de l'exécution de la décision de gel ou de la décision de reconnaître et d'exécuter la décision de confiscation. En s'acquittant de cette obligation, l'autorité d'exécution pourrait solliciter le soutien de l'autorité d'émission, par exemple lorsqu'il s'avère que les personnes concernées résident dans l'État d'émission. L'obligation qui incombe à l'autorité d'exécution, au titre du présent règlement, de fournir des informations aux personnes concernées s'entend sans préjudice de toute obligation incombant à l'autorité d'émission de fournir des informations aux personnes au titre du droit de l'État d'émission, par exemple en ce qui concerne l'émission d'une décision de gel ou l'existence de voies de recours dans le droit de l'État d'émission »⁵⁴⁰. Il est intéressant de noter que l'exercice des voies de recours qui s'opère dans l'État d'exécution ne concerne que la reconnaissance et l'exécution des décisions de gel et de confiscation⁵⁴¹. L'exercice des voies de recours portant sur le fond des décisions de gel et de confiscation doit être fait devant les juridictions de l'État d'émission⁵⁴².

B. Les garanties accordées aux tiers de mauvaise foi

106. Le cas particulier des tiers de mauvaise foi. Dans un souci d'efficacité les États ont désormais la possibilité de saisir et de confisquer le patrimoine des tiers. La nouvelle directive européenne rappelle : « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de produits ou de biens dont la valeur correspond à celle des produits qui ont été transférés, directement ou indirectement, à des tiers par un suspect ou une personne poursuivie ou qui ont été acquis par des tiers auprès d'un suspect ou d'une personne poursuivie, au moins dans les cas où ces tiers savaient ou auraient dû savoir que la finalité du transfert ou de l'acquisition était d'éviter la confiscation, sur la base d'éléments ou de circonstances concrets, notamment le fait que le transfert ou l'acquisition a été effectué gratuitement ou en échange d'un montant sensiblement inférieur à la valeur marchande* »⁵⁴³. Pour autant, force est de constater que le paragraphe deux, article six, contient en lui-même une garantie, puisque ce dernier prévoit : « *Le paragraphe 1 ne porte pas atteinte aux droits de tiers de bonne foi* ».

⁵⁴⁰ Cons. 39, règlement (UE) 2018/1805, *op. cit.*

⁵⁴¹ Art. 33.1, *ibid.*

⁵⁴² Art. 33.2, *ibid.*

⁵⁴³ Art. 6, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

En vertu de la notion de « *bonne foi* », les tiers qui auraient acquis un bien criminel ne pourraient, en conséquence de cette disposition, subir aucune atteinte de leur droit de propriété. Or, la notion même de « *bonne foi* » est compliquée à délimiter, même si l'article six de la directive contient des éléments, des faisceaux d'indices permettant aux États membres d'affirmer que telle personne peut être considérée ou non comme de « *bonne foi* ». Ainsi, le texte européen prévoit que doit être soupçonné de « *mauvaise foi* » le tiers qui a acquis le bien « *gratuitement ou en échange d'un montant sensiblement inférieur à la valeur marchande* ». Cet indice reste tout de même mince pour déterminer avec certitude que le tiers en question est de « *bonne foi* » ou de « *mauvaise foi* ». Par conséquent, la directive 2014/42/UE étend les garanties procédurales exposées à l'article huit aux tiers. Ainsi, les tiers bénéficient, au même titre que les personnes soupçonnées, du droit d'être informé dans les meilleurs délais, ainsi que des motifs ayant conduit à la prise des mesures⁵⁴⁴ ; d'un droit de recours contre les décisions de gel et de confiscation ainsi que d'un droit d'appel⁵⁴⁵ ; le droit de faire valoir leur titre de propriétés ou d'autres droits de propriété⁵⁴⁶. Également, la « *bonne foi* » peut faire échec à l'application du principe de reconnaissance mutuelle. Au sein de la décision-cadre de 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation est inscrit dans la liste des motifs de non-reconnaissance et de non-exécution la « *bonne foi* » des tiers. Le texte prévoit : « *les droits de toute partie intéressée, y compris les tiers de bonne foi, rendent impossible en vertu de la législation de l'État d'exécution l'exécution de la décision de confiscation* »⁵⁴⁷.

107. La compatibilité de la mesure de gel et de confiscation des avoirs des tiers avec le droit de propriété. Cette disposition qui vise à geler et confisquer les biens tiers est extrêmement attentatoire à leur droit de propriété, puisque juridiquement aucun acte délictuel/criminel ne peut leur être imputé. Cette atteinte est par ailleurs validée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a du reste rappeler à plusieurs reprises que les tiers à la procédure ne faisaient l'objet d'aucune « *accusation en matière pénale* ». L'un des exemples les plus significatifs de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est le droit britannique qui connaît un mode de confiscation particulier : la confiscation *in rem* ou confiscation civile. La confiscation civile peut se définir comme « *la confiscation civile est*

⁵⁴⁴ Art. 8, al. 2., *ibid.*

⁵⁴⁵ Art. 8, al. 4 et al. 8, *ibid.*

⁵⁴⁶ Art. 8, al. 9, *ibid.*

⁵⁴⁷ art. 8, d), décision-cadre 2006/783/JAI, *op. cit.*

donc le mécanisme par lequel, en l'absence de poursuites pénales, le produit de l'activité criminelle peut être récupéré afin de priver la personne de gains mal acquis. L'action est intentée contre le bien qui représente le bénéfice de l'activité illégale, et non contre la personne »⁵⁴⁸. La confiscation civile est intéressante car elle ne vise pas à déterminer la culpabilité de la personne, mais vise à déterminer la criminalité du bien. En ce sens, toute personne – poursuivie ou tiers à la procédure – est susceptible de se voir priver de son droit de propriété non pas en raison de sa culpabilité, mais en raison de la nature criminelle du bien. De même, cette procédure est avantageuse pour les autorités étatiques car, les règles de la procédure criminelle s'effacent au profit de celles de la procédure civile allégeant par ailleurs les règles probatoires.

Ainsi, dans des affaires portant sur le gel d'un aéronef en raison de la lutte contre le trafic international de stupéfiants⁵⁴⁹, ainsi que sur le gel et la confiscation de pièces de monnaie en raison de l'introduction de ces dernières de façon illégale sur le territoire britannique, la Cour a rappelé que la confiscation *in rem* est une procédure civile et ne constitue en rien « *une accusation en matière pénale* »⁵⁵⁰. La conséquence juridique de cette constatation est la non-application du paragraphe un, article six de la CEDH⁵⁵¹, dans ses dispositions pénales. Pour autant, l'application de l'article six dans son volet civiliste n'exempt pas la Cour d'un contrôle du respect du droit à un recours effectif⁵⁵². La Cour ainsi s'évertuera à vérifier si les tiers ont pu lors de la procédure exercer leur droit faire entendre leur cause. Dans l'arrêt *Aboufadda contre France*, la Cour précise qu'« *elle voit dans la décision des juridictions internes de confisquer la maison dans son intégralité à titre de peine, l'expression d'une volonté légitime de sanctionner sévèrement des faits graves dont les requérants s'étaient rendus coupables, qui*

⁵⁴⁸ Technical papers, European Court on human rights jurisprudence and civil recovery of illicitly obtained assets (confiscation *in rem*), Project on Criminal Assets Recovery in Serbia, prepared by Ms Arvinder Sanbei, CoE expert, may 2012 (ECU/CAR-02/2012). Citation : “*Civil forfeiture is, therefore, the mechanism by which, in the absence of criminal proceedings, the proceeds of criminal activity can be recovered so as to deprive the person of ill gotten gains. The action is brought against the property that represents the benefit of the unlawful activity, and not against the person*”.

⁵⁴⁹ CEDH, arrêt *Air Canada c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, série A-316.

⁵⁵⁰ Voir sur ce point : CEDH, arrêt *Agosi c. Royaume-Uni*, 24 octobre 1986 ; CEDH, arrêt *Air Canada c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995 ; CEDH, arrêt *Butler c. Royaume-Uni*, 27 juin 2001 ; CEDH, arrêt *Webb c. Royaume-Uni*, 10 février 2004.

⁵⁵¹ Art. 6§1 CEDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

⁵⁵² Exemple arrêts

*s'apparentaient à du recel de délit, et qui, de surcroît, s'inscrivaient dans le contexte d'un trafic de stupéfiants d'une grande ampleur au niveau local. Étant donné les ravages de la drogue, elle conçoit que les autorités des États parties fassent preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent à la propagation de ce fléau »*⁵⁵³. Cet arrêt rappelle le porte sur la confiscation d'un bien appartenant aux parents de la personne concernée par la procédure criminelle. Ainsi, pour certaines catégories d'infractions, la Cour admet que les États puissent mettre en œuvre des mécanismes de confiscation susceptibles de porter une atteinte grave au droit de propriété des personnes concernées par la mesure. C'est ainsi qu'elle a jugé conforme la confiscation civile⁵⁵⁴ ou la confiscation préventive⁵⁵⁵ rendues en l'absence de condamnation pénale. Elle s'inscrit dans ce mouvement international, qui octroie une place particulière à la confiscation pour lutter contre les infractions dites graves. Ainsi, dans l'arrêt *Aboufadda contre France*, elle admet que « la mise en œuvre de [la] mesure de confiscation [a] des conséquences importantes sur le patrimoine des requérants ». Cependant, elle rappelle que le mécanisme de « confiscation de patrimoines criminels a acquis une place importante, tant dans l'ordre juridique de plusieurs États contractants que sur le plan international et qu'elle est aujourd'hui utilisée non seulement comme un moyen de preuve, mais aussi en tant que sanction indépendante »⁵⁵⁶. Le mécanisme de confiscation, même dans sa forme la plus sévère, tend à être jugé conforme à la Convention. Pour autant, procéder à la confiscation d'une propriété acquise de manière légale est-il conforme à la Convention Européenne des Droits de l'Homme ?

Le mécanisme de confiscation en valeur équivalente et ce, contrairement aux autres mécanismes de confiscation édictés dans la directive 2014/42/UE, offre cette possibilité de confisquer un avoir acquis légalement. Pour comprendre la conformité d'un tel mécanisme avec la Convention, il est nécessaire de le rapprocher de la peine d'amende, qui constitue une sanction pécuniaire édictée par la loi consistant en une somme d'argent payable à l'État. Il a été exposé précédemment que la confiscation en valeur équivalente consiste généralement dans le paiement d'une somme d'argent et ce, peu importe l'origine des fonds. Ces deux mécanismes tendraient donc à se confondre. Dans l'arrêt *Phillips contre Royaume-Uni*, à titre d'exemple, il est possible à travers l'étude de la législation britannique de constater le rapprochement entre les deux notions. Le droit britannique prévoit, en effet, que lorsqu'une personne reconnue coupable d'une ou plusieurs infractions relevant du trafic de drogue comparaît devant elle pour

⁵⁵³ CEDH, *Aboufadda c. France* (déc.), n° 28457/10, § 32.

⁵⁵⁴ V. CEDH, *Air Canada c. Royaume-Uni*, 26 avril 1995, n° 9/1994/456/537 ; CEDH, *Phillips c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁵⁵⁵ V. CEDH, *Raimondo c. Italie*, *op. cit.*

⁵⁵⁶ CEDH, décision *Aboufadda c. France*, 4 novembre 2014, §27.

s'entendre prononcer sa peine, la *Crown Court* doit rendre une ordonnance de confiscation si elle estime que la personne en question a perçu, à un moment quelconque, un paiement ou une autre rétribution en rapport avec le trafic de la drogue. L'ordonnance de confiscation doit fixer une somme correspondant au profit que l'accusé est supposé avoir retiré du trafic de la drogue, sauf si la *Crown Court* estime qu'au moment de l'établissement de l'ordonnance seule une somme moindre peut être réalisée. Elle s'apparente ici fortement à la peine d'amende, puisque la Cour détermine une somme correspondant au profit que l'accusé est supposé avoir tiré de la commission d'une infraction et donne trois ans à l'intéressé pour s'acquitter du montant fixé par l'ordonnance de confiscation, et elle assortit ce délai d'une période d'emprisonnement de deux ans à purger en cas de défaut de paiement. Il ressort de cette législation une frontière extrêmement floue entre ces deux notions : confiscation et amende. En outre, la Cour, dans cet arrêt, rappelle que « *l'ordonnance de confiscation constituait une « peine » au sens de la Convention. Elle entre dès lors dans le champ d'application du deuxième paragraphe de l'article 1 du Protocole n°1, qui permet notamment aux États contractants de réglementer l'usage des biens pour assurer le paiement des amendes* »⁵⁵⁷. Il est intéressant de relever le lien opéré ici par la CEDH entre l'ordonnance de confiscation et l'amende. L'ordonnance de confiscation qui constitue une réglementation sur l'usage des biens permet à cet égard d'assurer le paiement des amendes. Ce lien étroit entre la confiscation en valeur équivalente et la peine d'amende peut expliquer la possibilité de confisquer un bien acquis légalement.

⁵⁵⁷ CEDH, *Phillips c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §51. Voir également CEDH, *Grifhorst c. France*, 26 février 2009, §§85-86 ; CEDH, arrêt *Silickienė c. Lituanie*, 10 avril 2012, §62.

108. La place grandissante des victimes dans la procédure de recouvrement des avoirs.

La procédure européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime s'inscrit dans les avancées législatives intervenues ces dernières années concernant la place des victimes dans le procès pénal. Les victimes d'une infraction ont le droit d'agir devant les Tribunaux en se constituant partie civile afin d'obtenir la réparation des dommages subis. Il est intéressant de noter que l'intégration des victimes à la procédure pénale s'est faite au-delà de leur droit à réparation des dommages subis. Elles sont désormais des acteurs à part entière de la procédure pénale et ont à cet égard obtenu un certain nombre de droits, tels que le droit d'avoir accès au dossier de la procédure, de formuler des demandes d'actes nécessaires à la manifestation de la vérité tels que l'audition, l'interrogatoire, la confrontation ou une expertise, de participer par leur présence ou de celle de leur avocat à l'exécution des différents actes de l'information où elles peuvent faire citer des témoins, s'opposer à une audition ou demander toutes mesures d'instruction utiles à la manifestation de la vérité, de soulever des nullités, de faire appel. Mais, elles bénéficient également d'une prise en charge globale. Les États ont l'obligation positive de prendre des mesures permettant d'améliorer leur prise en charge tant psychologique que financière et matérielle.

La procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime intègre ces avancées. Les victimes y tiennent une place particulière, notamment dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale. Deux questions importantes sont traitées par la législation européenne, leur droit à restitution, d'une part (§1) et leur droit à une juste d'indemnisation (§2), d'autre part.

§1. *Le droit à restitution des produits du crime prévu dans le cadre de la directive 2014/42/UE*

109. Les biens gelés ne faisant pas l'objet d'une confiscation ultérieure sont immédiatement restitués et ce, dans les conditions ou règles de procédure régissant la restitution de ces biens fixées par le droit national⁵⁵⁸. Le texte ne précise pas les conditions de la procédure de restitution. Mais, le droit européen proclame un droit à restitution des biens placés sous-main de justice pour toute personne concernée par la mesure de gel, mais impute aux États membres la charge de définir les modalités de mise en œuvre de cette procédure (A). Ce droit à restitution doit être distingué du droit à réparation des victimes (B). Cette question présente en outre l'intérêt de poser la question de la place de la victime dans la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

A. Le droit à restitution des personnes concernées par la mesure de gel et de confiscation

110. Le droit à restitution des biens non-gelés ou non-confisqués. La directive concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne dispose au paragraphe cinq, article huit, que « *les biens gelés ne faisant pas l'objet d'une confiscation ultérieure sont immédiatement restitués* ». Pour autant, le texte ne précise pas les conditions auxquelles doit se soumettre la procédure de restitution, puisque l'article précise que « *les conditions ou règles de procédure régissant la restitution de ces biens sont fixées par le droit national* ». En d'autres termes, le droit européen proclame en quelque sorte un droit à restitution des biens placés sous-main de justice, mais impute aux États membres la charge de définir les modalités de mise en œuvre de cette procédure de restitution. De la sorte, dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale les requérants devront consulter les procédures en vigueur dans l'État membre concerné. Les biens gelés à des fins de confiscation sont juridiquement placés sous-main de justice jusqu'à ce qu'une décision judiciaire soit prise, même si le bien peut être également placé physiquement entre les mains de la justice afin de le protéger de son propriétaire. La question de restitution interviendra au moment où une ordonnance de non-lieu, une relaxe ou encore un acquittement seront prononcés. Là se posera la question de la procédure à suivre pour le propriétaire pour retrouver son bien. Cette procédure

⁵⁵⁸ Art. 8.5, directive 2014/42/UE, *ibid.*

est une question nouvelle. Auparavant, les biens placés sous-main de justice étaient pour la plupart mis sous scellé puisqu'ils jouaient un rôle fondamental dans la manifestation de la vérité judiciaire. Ce rôle est toujours d'actualité, mais avec l'élargissement du rôle de la mesure de gel et de confiscation – un rôle de punition du délinquant – les biens sont bien plus nombreux et ont une valeur parfois élevée. Se pose alors la question du coût de la gestion de cette catégorie de biens. Pour donner suite à une ordonnance de non-lieu, une relaxe ou un acquittement, les biens gelés aux fins de confiscation doivent être restitués à leur propriétaire ; mais que se passe-t-il lorsque ce dernier ne se manifeste pas ? Le risque est évidemment que le bien reste à la charge de l'État indéfiniment et entraîne un coût financier disproportionné. Des États, comme la France, ont ainsi mis en place des procédures strictes, encadrées par des délais, permettant *in fine* de transférer les biens à l'État.

En droit français, la remise du bien à son propriétaire n'est pas automatique. La demande de restitution du bien doit être formulée par le propriétaire du bien gelé « *dans un délai de six mois à compter de la décision de classement ou de la décision par laquelle la dernière juridiction saisie a épuisé sa compétence, sous peine de voir son droit de propriété transféré à l'État* »⁵⁵⁹. Au-delà de six mois, le bien devient la propriété de l'État. Il est intéressant de mentionner à cet égard que jusqu'en 1999, ce délai était de trois ans. Il est passé à six mois, d'une part, « *en raison de l'inutilité d'un délai aussi long* ». Le législateur français avançait l'argument suivant : « *ce délai de conservation, pendant lequel certains objets sont placés en gardiennage, est manifestement trop long pour des biens le plus souvent de faible valeur et dont l'identification des propriétaires est aléatoire* »⁵⁶⁰. En outre, « *dans l'hypothèse où l'objet saisi appartient à la personne mise en cause [...] ou à la victime, ce délai de trois ans est inutile car les personnes en question, étant parties à la procédure, ont parfaitement connaissance de la saisie* »⁵⁶¹. Enfin, « *dans l'hypothèse où le propriétaire est inconnu, l'ouverture d'un délai de trois ans n'offre pas davantage de chance de le retrouver, car les diligences pour l'identifier*

⁵⁵⁹ Art. 41-4, alinéa 3 CPP. Voir également Cass. crim., 19 février 2014, n°13-81.159 : « la requête en restitution de biens saisis mais non confisqués doit être impérativement présentée au procureur de la République dans un délai de six mois suivant la décision par laquelle la dernière juridiction saisie a épuisé sa compétence » ; Cass. crim., 9 décembre 2014, n°13-86.775 : « le délai de six mois, prévu par l'article 41-4, alinéa 3, du code de procédure pénale, aux termes duquel les objets saisis dont la restitution n'a pas été demandée ou décidée deviennent propriété de l'État, commence à courir au jour où le prévenu a eu connaissance de la décision sur l'action publique par laquelle le tribunal a épuisé sa compétence » ; Cass. crim., 23 novembre 2011, n°11-82-931 : « elle a jugé que le délai courait à compter de la décision de la cour d'assises et non à compter de l'expiration du délai d'appel » ; Cass. crim., 13 mars 2012, n°11-85.331 : « elle a affirmé qu'en cas de désistement d'appel de la part du condamné, le délai court à compter de la décision de la cour d'assises d'appel constatant ce désistement ».

⁵⁶⁰ M. Franck I. Commentaire de la décision n°2014-406 QPC du 9 juillet 2014.

⁵⁶¹ *Ibid.*

cessent peu de temps après le classement sans suite ou le jugement sur le fond »⁵⁶². D'autre part, un argument budgétaire a été avancé : « il était avancé une « économie (qui) devrait être de 30 MF »⁵⁶³. La procédure de restitution est traitée en termes de coût. En revanche, dans le cadre de la Convention des Nations unies contre la corruption, celle-ci est présentée comme une obligation.

111. Le cas particulier de la Convention des Nations unies contre la corruption. La Convention des Nations unies contre la corruption constitue une avancée importante sur le thème de la disposition des produits confisqués, puisqu'elle érige en principe fondamental la restitution des avoirs. Cette avancée résulte de la volonté des États Parties de lutter contre la corruption. En effet, « le transfert à l'étranger d'avoirs provenant de la corruption ou d'autres sources illicites emporte des conséquences graves, voire dévastatrices, pour les États d'origine. Il sape l'aide étrangère, amenuise les réserves en devises, réduit l'assiette fiscale, nuit à la concurrence, porte atteinte au libre-échange et aggrave la pauvreté. Ce sont donc toutes les politiques publiques, notamment celles qui ont pour objet de promouvoir la paix et la sécurité, la croissance économique, l'éducation, la santé et le respect de l'environnement, qui risquent d'en pâtir. Les ponctions dans les caisses de l'État, la corruption, les pots-de-vin, l'extorsion de fonds, le pillage systématique et la vente illégale des ressources naturelles ou du patrimoine culturel, ou encore le détournement de fonds empruntés aux institutions internationales, ne sont que quelques exemples de pratiques que l'on a qualifiées de "kleptocratiques". En pareilles circonstances, la confiscation et la restitution des avoirs volés (parfois par des personnalités publiques de haut rang) est une préoccupation pressante pour de nombreux États. Aussi, pour être efficace et dissuasive, toute mesure doit-elle être globale et traiter le problème de la restitution des avoirs aux victimes, qu'il s'agisse d'États ou d'autres parties »⁵⁶⁴. Ainsi, l'article cinquante-sept relatif à la disposition « est l'une des parties les plus importantes et plus innovantes de la Convention contre la corruption ». Il est rappelé, à cet égard, que « il ne peut y avoir de prévention, de confiance dans la primauté du droit et dans le processus de justice pénale, de gouvernance appropriée et efficiente, d'intégrité des agents publics ou de sentiment généralisé de justice et de conviction que la corruption ne paie pas, si le produit du crime n'est pas soustrait aux coupables et restitué à ses propriétaires légitimes. Toutes les sphères de la vie sociale — justice, économie, politique publique, paix et sécurité nationales et mondiales —

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 207, § 660.

*sont liées aux principaux objectifs de la Convention, qui culmine par le principe fondamental du recouvrement d'avoirs »*⁵⁶⁵.

La convention onusienne est innovante car, elle ne laisse que peu de marge de manœuvre aux États. Contrairement aux autres conventions qui attribuent la propriété des biens confisqués à l'État requis, la confiscation des produits de la corruption interroge sur le fait de savoir « *si les États acquièrent des droits fondamentaux de propriété du fait de la confiscation ou si les avoirs sont la propriété des États victimes qui en demandent le rapatriement* »⁵⁶⁶. La Convention fixe les principes fondamentaux qui régissent la disposition des avoirs, et notamment la question portant sur quand et dans quelle mesure les États victimes peuvent revendiquer la propriété de ces biens. Le texte onusien privilégie la restitution aux États parties requérants, mais, « *dans le même temps, [elle] reconnaît que les demandes des États parties requérants ont plus de poids dans certains cas que dans d'autres* »⁵⁶⁷. Il y a une obligation de démontrer que les fonds détournés appartenaient à un État. Elle donne l'exemple suivant : « *si de hauts fonctionnaires volent des fonds de la banque nationale ou détournent les bénéfices d'entreprises publiques ou des recettes fiscales vers un compte bancaire privé qu'ils contrôlent, on peut avancer qu'ils ont pris possession de fonds appartenant à l'État* »⁵⁶⁸. En outre, les demandes de restitution sont encadrées par une condition légale : fournir des preuves du droit de propriété antérieur ou de prétendre que l'État est la seule partie lésée par certaines infractions de corruption.

Toutefois, et malgré l'obligation de restitution, le principe de base perdure : l'État partie ayant confisqué les biens en dispose conformément aux dispositions de la Convention et à son droit interne. Il lui appartiendra le choix de les restituer à ses propriétaires légitimes antérieures. Il est intéressant de noter que la Convention distingue plusieurs situations en fonction des faits poursuivis, mais également par rapport au lien entre le dommage causé et les personnes physiques et/ou morales – dont les États – s'étant constituées victime. Selon cette classification l'obligation de restitution sera plus ou moins contraignantes. Malgré ce texte est le seul à prévoir une procédure de restitution des fonds. Aux termes de l'article cinquante-sept, plusieurs obligations pèsent sur les États requis : la restitution des biens confisqués à l'État partie requérant, dans les cas de soustraction de fonds publics ou de blanchiment de fonds publics soustraits, lorsque la confiscation a été exécutée conformément à l'article 55 et sur la base d'un

⁵⁶⁵ Guide législation pour l'application de la Convention des Nations unies contre la corruption, *op. cit.*, p. 241, § 765.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, § 768.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 244, § 779.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, § 780.

jugement définitif rendu dans l'État partie requérant – exigence à laquelle l'État partie requis peut renoncer ; la restitution des biens confisqués à l'État partie requérant, dans le cas du produit de toute autre infraction visée par la Convention, lorsque la confiscation a été exécutée conformément à l'article 55 de la Convention et sur la base d'un jugement définitif dans l'État partie requérant, lorsque ce dernier fournit des preuves raisonnables de son droit de propriété antérieur sur lesdits biens à l'État partie requis ou lorsque ce dernier reconnaît un préjudice à l'État partie requérant comme base de restitution des biens confisqués — là encore, l'État partie requis peut renoncer à demander des preuves du droit de propriété antérieur ; dans tous les autres cas, l'État partie requis doit envisager à titre prioritaire de restituer les biens confisqués non seulement à l'État partie requérant, mais aussi à ses propriétaires légitimes antérieurs, ou de dédommager les victimes de l'infraction⁵⁶⁹. Même si la restitution s'opère sous certaines conditions⁵⁷⁰, elle est « *une innovation majeure par rapport aux conventions antérieures dans lesquelles dominait l'idée que l'État partie ayant procédé à la confiscation avait un droit de propriété exclusif sur le produit* »⁵⁷¹.

112. La confiscation des avoirs des tiers et le droit à restitution. Mais, la procédure de restitution doit également prendre en compte, une fois encore, les tiers à la procédure. Aux termes par exemple de la législation française, le transfert de propriété s'opère au profit de l'État, « *sous réserve des droits des tiers* »⁵⁷². Selon la jurisprudence de la Cour d'appel de Nîmes⁵⁷³, la disposition posant la condition du délai de six mois ne s'applique pas aux tiers et, par conséquent, le délai ne leur est pas opposable. En d'autres termes, lorsque le bien est en possession de l'État, les tiers à la procédure peuvent faire une demande de restitution au-delà des délais fixés par la loi. Il est intéressant de constater qu'au moment de la mise en œuvre de la procédure de restitution des biens, le législateur est plus protecteur des droits des tiers que de ceux des propriétaires. Cette matière est relativement récente et il est, à cet égard, intéressant de constater à quel point la jurisprudence interne s'est employée à encadrer cette nouvelle procédure. Pour reprendre l'exemple français, la Cour de cassation s'emploie à contrôler si les

⁵⁶⁹ Une note interprétative indique que les alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de cet article s'appliquent uniquement aux procédures de restitution des avoirs et non aux procédures de confiscation, qui sont régies par d'autres articles de la Convention. L'État partie requis devrait envisager de renoncer à demander un jugement définitif dans les cas où ce jugement ne peut être obtenu du fait que l'auteur de l'infraction ne peut être poursuivi pour cause de décès, de fuite ou d'absence ou dans d'autres cas appropriés.

⁵⁷⁰ Certaines infractions exigent la condition de rapporter la preuve d'un droit de propriété antérieure.

⁵⁷¹ Guide législation pour l'application de la Convention des Nations unies contre la corruption, *op. cit.*, p. 245, § 785.

⁵⁷² Art. 41-4 CPP.

⁵⁷³ CA Nîmes, 29 mai 2007, RG n°07:0456, *JurisData* n°2007-361960.

droits des personnes concernées sont respectés. C'est ainsi que la responsabilité de l'État a pu être engagée dans une affaire où avait été décidée la destruction de scellés sans que la personne à laquelle la restitution avait été accordée n'ait été préalablement mise en demeure de les reprendre dans un délai de deux mois, traduisant « *l'inaptitude du service public de la justice à remplir sa mission* »⁵⁷⁴.

B. Le droit à réparation des victimes

113. « *Toute personne victime d'un dommage, quelle qu'en soit la nature, a droit d'en obtenir la réparation de celui qui l'a causé par sa faute et que le droit à réparation du préjudice éprouvé par la victime avant son décès, étant né dans son patrimoine, ce droit se transmet à ses héritiers* »⁵⁷⁵⁵⁷⁶. Le droit à réparation est un droit inhérent à la qualité de victime. Par ailleurs, le droit européen expose également : « *Lorsque, à la suite d'une infraction pénale, la victime demande réparation à la personne qui fait l'objet d'une mesure de confiscation (...), les États membres prennent les mesures nécessaires pour que la mesure de confiscation n'empêche pas ladite victime de chercher à obtenir réparation* »⁵⁷⁷. Autrement dit, le droit européen impose aux États membres de faire primer les droits des victimes au détriment de leurs droits sur les biens de confiscation. Ce droit est rappelé dans le règlement (UE) 2018/1805 qui précise qu'« *il ne devrait pas être porté atteinte, dans les affaires transfrontalières, au droit des victimes à réparation et à restitution. Les règles concernant la disposition de biens gelés ou confisqués devraient accorder la priorité à l'indemnisation et à la restitution des biens aux victimes. La notion de « victime » doit être interprétée conformément au droit de l'État d'émission, qui devrait également pouvoir prévoir qu'une personne morale peut être une victime aux fins du présent règlement. Le présent règlement devrait être sans préjudice des règles en matière d'indemnisation et de restitution des biens à la victime dans le cadre de procédures nationales* »⁵⁷⁸. Pour le droit européen le droit à restitution des victimes prévaut sur le droit de l'État à se voir transférer les droits de propriété d'un bien confisqué⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 2008, *Bull. civ.* I, n°196, n°07-18.239. Voir également M. Franck I. Commentaire de la DECISION n°2014-406 QPC du 9 juillet 2014.

⁵⁷⁵ V. Ass. Plén., 9 mai 2008, pourvoi n°05-87. 379, *Bull. crim.* 2008, Ass. plén., n°1 ; Ass. Plén., 9 mai 2008, pourvoi n°06-85. 751, *Bull. crim.* 2008 ; Crim., 20 mai 2008, pourvoi n°06-88. 261, *Bull. crim.* 2008, n°123.

⁵⁷⁶ <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/reparation.php> (consulté le 27 août 2015).

⁵⁷⁷ DIRECTIVE 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne (JO L 127, 29.4.2014, p. 39–50), art. 8.10.

⁵⁷⁸ Cons. 45, règlement (UE) 2018/1805, *op. cit.*

⁵⁷⁹ Art. 29, *ibid.*

114. Le gel des biens en rapport avec le crime en vue de garantir la réparation de la victime. La mesure de gel et *in fine* celle de confiscation peuvent permettre de garantir, au-delà de la punition, la réparation de la victime. La directive établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité ne contient aucune disposition relative à cette possibilité⁵⁸⁰. Il est fait seulement mention du droit des victimes d'obtenir qu'il soit statué sur l'indemnisation par l'auteur de l'infraction dans le cadre de la procédure pénale⁵⁸¹ et d'un droit à restitution. La directive expose à cet égard : « *Les biens restituables qui sont saisis au cours d'une procédure pénale devraient être restitués sans tarder à la victime de l'infraction, sous réserve de circonstances exceptionnelles (...). Le droit à restitution des biens devrait être sans préjudice de leur conservation légitime aux fins d'autres procédures judiciaires ou administratives* »⁵⁸².

De façon très spécifique, il est possible de retrouver l'idée – au sein des textes européens – selon laquelle les biens gelés et confisqués pourraient être utilisés à des fins d'aide aux victimes. La directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes⁵⁸³ expose cette possibilité, non pas dans le corps du texte, mais au sein des considérants. Ainsi, elle suggère que « *dans le cadre de la lutte contre la traite des êtres humains, il convient d'utiliser pleinement les instruments existants en matière de saisies et de confiscations des produits du crime (...). Il y a lieu d'encourager l'utilisation des instruments et produits des infractions visées dans la présente directive qui ont été saisis ou confisqués aux fins de financer l'assistance aux victimes et la protection de celles-ci, et notamment leur indemnisation ainsi que les actions transfrontalières de lutte contre la traite qui sont menées au niveau de l'Union par les services répressifs* »⁵⁸⁴. De façon ponctuelle, le législateur européen incite les États membres à donner, via la mise en œuvre de fonds, un objectif social aux avoirs gelés et confisqués.

⁵⁸⁰ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil (JO L 315, 14 novembre 2012, p. 57–73).

⁵⁸¹ Art. 16, *ibid.* : « 1. Les États membres veillent à ce que la victime ait le droit d'obtenir qu'il soit statué dans un délai raisonnable sur l'indemnisation par l'auteur de l'infraction dans le cadre de la procédure pénale, sauf dans le cas où le droit national prévoit que cette décision est prise dans le cadre d'une autre procédure judiciaire. 2. Les États membres promeuvent les mesures destinées à encourager l'auteur de l'infraction à offrir une indemnisation adéquate à la victime ».

⁵⁸² Cons. 48, *ibid.*

⁵⁸³ DIRECTIVE 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil (JO L 101, 15 avril 2011, p. 1–11).

⁵⁸⁴ Cons. 13, *ibid.*

§2. La reconnaissance d'un droit à indemnisation des victimes dans la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime

115. Le droit à indemnisation des victimes dans le cadre de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. En revanche le droit à indemnisation doit être distingué du droit à la restitution des biens. La directive 2014/29/UE prévoit que « *les États membres veillent à ce que, sur décision d'une autorité compétente, les biens restituables qui ont été saisis au cours de la procédure pénale soient restitués à la victime sans tarder, sauf si la procédure pénale exige qu'il n'en soit pas ainsi. Les conditions ou règles de procédure régissant la restitution de ces biens à la victime sont fixées par le droit national* »⁵⁸⁵. Ce droit est certes conditionné par la reconnaissance du statut de victime, mais il n'est pas conditionné par l'obtention de la condamnation pénale et ce, pour une raison simple : les biens dont la propriété est celle de la victime ont fait l'objet au cours de la procédure d'une décision de gel à des fins probatoires rappelant que le gel, et notamment le gel à des fins probatoire, peut également porter sur les biens appartenant aux victimes de l'infraction. Il est à cet égard essentiel de rappeler que les infractions contre les biens n'opèrent pas un transfert de propriété. La victime demeure le propriétaire des biens, seule sa jouissance a été perturbée. Par ailleurs la directive prévoit que les tiers, y compris les victimes, sont en droit de faire valoir leur titre de propriété ou d'autres droits de propriété, ouvrant l'accès à une éventuelle restitution.

Cette partie invite à distinguer les victimes directes de l'infraction, ainsi que les ayants droits (A), des tiers-créanciers (B) qui bénéficient de droit sur le bien.

A. Le droit à une juste indemnisation des victimes directes de l'infraction

116. La notion de victime en droit européen. En droit européen « *toute personne physique ayant subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique, mentale, ou émotionnelle ou une perte matérielle, qui a été directement causé par une infraction pénale* », ainsi que « *les membres de la famille d'une personne dont le décès résulte directement d'une infraction pénale et qui ont subi un préjudice du fait du décès de cette personne* » sont des victimes au sens de la Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil⁵⁸⁶. Pour

⁵⁸⁵ Art. 15, directive 2012/29/UE, *ibid.*, ainsi que l'art. 8.5, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁵⁸⁶ Art. 2. 1, a), directive 2012/29/UE, *op. cit.*

exercer son droit à restitution ou son droit au gel des biens en vue de son éventuelle indemnisation, la victime doit se porter partie civile et disposer à cet égard de la capacité à agir. Disposent généralement de cette capacité la personne majeure, le mineur émancipé, le majeur placé sous sauvegarde de justice, une personne étrangère physique ou morale ou encore le majeur placé sous curatelle qui a la faculté d'introduire une action relative à ses droits patrimoniaux avec l'assistance de son curateur, mais également le mineur victime qui doit être représenté par son administrateur légal ou son tuteur⁵⁸⁷, les collectivités territoriales représentées par l'exécutif de la collectivité concernée et les personnes morales représentées par le mandataire légalement qualifié. Il est intéressant de noter que la directive 2012/29/UE exclut de son champ d'application les personnes morales. La victime doit en outre avoir subi un préjudice directement causé par l'infraction. La directive précise sur ce point qu' « *une personne devrait être considérée comme une victime indépendamment du fait que l'auteur de l'infraction ait été identifié, appréhendé, poursuivi ou condamné et abstraction faite de l'éventuel lien de parenté qui les unit* ». En d'autres termes la reconnaissance du statut de victime ne devrait pas être conditionnée par la condamnation pénale. Cependant l'absence de condamnation peut-elle ouvrir à la victime son droit à indemnisation ? Généralement, « *toute personne victime d'un dommage, quelle qu'en soit la nature, a droit d'en obtenir la réparation de celui qui l'a causé par sa faute et que le droit à réparation du préjudice éprouvé par la victime avant son décès, étant né dans son patrimoine, ce droit se transmet à ses héritiers* »⁵⁸⁸,⁵⁸⁹. Mais ce droit à réparation est conditionné par la condamnation de l'auteur des faits. La directive 2012/29/UE précise que « *les États membres veillent à ce que la victime ait le droit d'obtenir qu'il soit statué dans un délai raisonnable sur l'indemnisation par l'auteur de l'infraction dans le cadre de la procédure pénale, sauf dans le cas où le droit national prévoit que cette décision est prise dans le cadre d'une autre procédure judiciaire* »⁵⁹⁰. La réparation est liée à la condition que l'auteur des faits ait été identifié et condamné. L'indemnisation est liée à la reconnaissance du dommage par une autorité judiciaire ou un tribunal.

⁵⁸⁷ « *Si la victime est un enfant, l'enfant ou, sauf si cela n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant, le titulaire de l'autorité parentale agissant en son nom devrait être habilité à exercer les droits énoncés dans la présente directive* » (cons. 21, directive 2012/29/UE, *ibid.*)

⁵⁸⁸ V. Ass. Plén., 9 mai 2008, pourvoi n°05-87. 379, Bull. crim. 2008, Ass. plén., n°1 ; Ass. Plén., 9 mai 2008, pourvoi n°06-85. 751, Bull. crim. 2008 ; Crim., 20 mai 2008, pourvoi n°06-88. 261, Bull. crim. 2008, n°123.

⁵⁸⁹ <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/reparation.php> (consulté le 27 août 2015).

⁵⁹⁰ Art. 16, directive 2012/29/UE, *op. cit.*

B. Les droits des tiers de bonne foi détenant un droit de propriété sur le bien

117. L’opposabilité des mesures de gel et de confiscation aux tiers ayant un droit sur le bien. La décision judiciaire de gel doit être notifiée au propriétaire du bien, ainsi qu’aux tiers ayant des droits sur le bien, qui selon les termes de la directive 2014/42/UE sont en droit de faire valoir leur titre de propriété ou d’autres droits de propriété, y compris dans le cas d’une confiscation des avoirs des tiers – cette disposition vise les créanciers des tiers concernés par la mesure de confiscation⁵⁹¹. Le droit européen est néanmoins silencieux quant aux recours susceptibles d’être exercés par cette catégorie de tiers non-directement concernée par la mesure de gel et/ou de confiscation, laissant aux États une marge d’appréciation. En droit français, les tiers ayant un droit sur le bien doivent se voir notifier la décision de gel et/ou de confiscation, et ces personnes disposent d’un droit de recours devant la chambre de l’instruction pouvant être exercé dans un délai de dix jours à compter de la notification. L’appel n’étant pas ici suspensif. Mais, l’opposabilité est conditionnée par l’accomplissement de formalité de publicité, qui est obligatoire et non circonscrite dans des délais. Toutefois, « *il est préférable qu’elle intervienne le plus tôt possible puisque c’est elle qui détermine la date du début de l’opposabilité aux tiers* »⁵⁹², et le rang des créanciers. La publication de la décision de gel se fait auprès du bureau des hypothèques. En effet, « *l’inscription d’une sûreté ou d’une hypothèque dans les registres fonciers est assez simple et permettra d’annoncer qu’un actif foncier est sujet à une procédure de confiscation à tout acheteur potentiel auquel le suspect tenterait de vendre son bien* »⁵⁹³. L’inscription de la mesure de gel et/ou de confiscation sur un tel registre est essentiel car, elle permet d’assurer la publicité nécessaire à l’information de toute personne intéressée par le bien ou ayant un droit sur ce dernier sans nécessairement procéder à un travail d’inventaire de ces personnes. En outre, « *tout manquement à l’obligation d’une telle inscription sur un titre est susceptible de gêner voire de détruire les efforts des autorités vers une confiscation : même avec une mesure de contrôle en place, un suspect pourrait transférer un actif foncier vers un acheteur de bonne foi contre rémunération, et ce dernier pourrait alors revendiquer le statut de propriétaire de bonne foi* »⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ Art. 8.9, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁵⁹² L. Besombes, « *Le patrimoine d’origine criminelle* », *op. cit.*, p. 264-265.

⁵⁹³ J-P. Brun, L. Gray, C. Scott et K. M. Stephenson, « *Manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis. Un guide pour les Praticiens* », *op. cit.* p. 112

⁵⁹⁴ *Ibid.*

118. Les sûretés pouvant grever un bien sur lequel pèse une décision de gel et/ou de confiscation. Les sûretés sont des techniques juridiques destinées à assurer le règlement des créances pour le cas où le débiteur ne disposerait pas de liquidités ou de biens d'une valeur suffisante pour désintéresser ses créanciers, et elles comprennent le gage, le droit de rétention, le nantissement, les privilèges ou encore les hypothèques, et peuvent porter des biens meubles, des créances ou des biens ou des droits immobiliers. Le droit européen ne définit pas ces mécanismes. Il rappelle que la notion de bien inclut « *des documents pouvant donner lieu à des créances et qui se trouvent normalement en possession de la personne concernée par les procédures pertinentes* »⁵⁹⁵. La définition large de la notion de bien permet d'inclure ce type de techniques juridiques. En droit français, les sûretés ne font pas obstacles à la mesure de gel des biens immeubles, puisque « *jusqu'à la mainlevée de la saisie pénale de l'immeuble ou la confiscation de celui-ci, la saisie porte sur la valeur totale de l'immeuble, sans préjudice des privilèges et hypothèques préalablement inscrits ou des privilèges visés à l'article 2378 du code civil et nés antérieurement à la date de publication de la décision pénale* »⁵⁹⁶. Cependant en la matière il est important rappeler que les droits des tiers priment de la procédure de recouvrement des avoirs, dès lors que les sûretés en question sont des privilèges et hypothèques préalablement inscrits ou des privilèges visés à l'article 2378 du code civil et nés antérieurement à la date de publication de la décision pénale.

Doivent être cités les privilèges spéciaux et généraux. Il s'agit de « *véritables hypothèques qui bénéficient seulement d'un classement plus favorable en raison de la qualité de la créance garantie* »⁵⁹⁷. Le privilège spécial est un droit réel accessoire, qui permet à son titulaire de bénéficier d'un droit de préférence et d'un droit de suite et ce, à partir de l'instant où « *ils sont rendus publics par une inscription au fichier immobilier de la manière déterminée* » par le Code civil⁵⁹⁸. Certes, « *les privilèges spéciaux ne prennent pas rang à la date de leur inscription, mais à une date antérieure, c'est-à-dire à la date de la naissance de la créance garantie* »⁵⁹⁹. Mais pour qu'elle soit légale, « *la publicité est obligatoire et doit être réalisée dans les délais légaux, mais elle n'est pas attributive de rang, celui-ci étant fixé à la date du fait générateur du privilège* »⁶⁰⁰. Les privilèges généraux sont également générateurs d'un droit de préférence, les rendant opposables à l'État. Rappelons que « *l'hypothèque est un*

⁵⁹⁵ Cons. 12, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁵⁹⁶ Art. 706-151 CPP.

⁵⁹⁷ P. Delebecque, F-J. Pansier et V. Brémond, Privilèges.-Privilèges spéciaux immobiliers, J.-Cl. Civil code, fasc. unique, n° 1.

⁵⁹⁸ Art. 2370 CC.

⁵⁹⁹ P. Delebecque, F-J. Pansier et V. Brémond, *loc. cit.*

⁶⁰⁰ *Ibid.*

droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation »⁶⁰¹. Elle « porte sur le droit qu'a le constituant sur cet immeuble (propriété, usufruit, droit de construire ...), ou plus exactement sur la valeur économique de ce droit, sa contre-valeur en argent, que l'hypothèque donne le pouvoir de faire apparaître, pour se la faire attribuer. Or la dépossession n'est pas indispensable à cet effet. Donc l'hypothèque ne l'entraîne pas »⁶⁰². L'hypothèque – comme les privilèges – permet au créancier d'être titulaire d'un droit de préférence et d'un droit de suite rendant l'hypothèque opposable à l'État si les formalités liées à la publicité ont été accomplies.

Entrent également dans la catégorie des biens susceptibles d'être confisqués les biens indivis. « *L'indivision est la situation juridique d'un bien ou d'un ensemble de biens sur lesquels s'exercent conjointement plusieurs droits de même nature sans division, ni localisation matérielle des parts individuelles de chacun des indivisaires. Une seule chose, le bien indivis, est l'objet de droits identiques exercés par plusieurs personnes, les indivisaires* »⁶⁰³. En d'autres termes, l'indivision est la situation juridique où deux ou plusieurs disposent d'un droit de propriété sur le même bien et disposent des mêmes droits. Il se pose la question de savoir dans le cas d'une indivision les conséquences de celle-ci sur les mesures de gel et de confiscation, peut-elle y faire obstacle ? Au stade de la saisie, l'indivision pose la question suivante : est-il possible de circonscrire la saisie à la part indivise détenue par la personne concernée ? La réponse semble ici négative en raison de la nature juridique de l'indivision. Circonscrire la saisie à la part indivise « *revient à oublier que les co-indivisaires disposent d'un droit de propriété non seulement sur chacune des parts ou fraction abstraites dont ils sont propriétaires, mais aussi sur la totalité du bien indivis [...]. En conséquence, chacun des indivisaires étant réputé disposer d'un droit de propriété sur la totalité du bien indivis, il est impossible de circonscrire la saisie à la part indivise* »⁶⁰⁴. Par conséquent, la saisie d'un bien indivis peut-elle être prononcée ? La réponse est négative en présence d'un tiers de bonne foi. En revanche, la réponse est positive si le tiers est de mauvaise foi. En outre, seule la personne concernée peut décider de sortir de l'indivision, puisque nul ne peut être contraint d'y rester, et la saisie pourra alors porter sur la quote-part indivise. Mais, afin de protéger ces avoirs la personne peut également faire le choix de rester dans l'indivision, rendant impossible la saisie. Seul un créancier peut provoquer le partage, et l'autorité judiciaire ne peut être comparée à une telle catégorie de personne⁶⁰⁵. Par conséquent, le seul moyen de procéder à une saisie sera la

⁶⁰¹ Art. 2393 CC.

⁶⁰² Mouly et F. Jacob, Hypothèques.-Définition. Caractères. Effets, J.-Cl. Civil Code, fasc. unique, n°37.

⁶⁰³ J.-B. Donnier, Successions.-Indivision.-Notions générales, J.-Cl. Civil Code, fasc. 10.

⁶⁰⁴ L. Besombes, « *Le patrimoine d'origine criminelle* », *op. cit.*, p. 222.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 223.

saisie en valeur. Concernant la confiscation, l'indivision peut poser une difficulté quant à l'application du principe de personnalité des peines. Ce principe veut que la confiscation ne porte que sur la quote-part du bien indivis détenue par la personne concernée. « *En d'autres termes, la captation ne pourra être exécutée que si la décision vise expressément, clairement et précisément la quote-part abstraite détenue par le condamné* »⁶⁰⁶. La confiscation des biens indivis renvoie également à la question de la confiscation du domicile conjugal. Il est intéressant de noter que rien dans les textes ne s'y oppose. Il est légalement possible de le confisquer. Cependant, cette potentialité interroge quant aux limites qui entourent une décision de gel ou une décision de confiscation. L'une des rares limites posées par la directive 2014/42/UE vise le cas où la mesure placerait la personne concernée dans une situation dans laquelle il lui serait très difficile de survivre⁶⁰⁷. Le règlement quant à lui ne formule aucune limite de la sorte. En revanche, il précise que « *dans des situations exceptionnelles, lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire, sur la base d'éléments de preuve précis et objectifs, que l'exécution d'une décision de gel ou d'une décision de confiscation entraînerait, dans les circonstances particulières de l'espèce, une violation manifeste d'un droit fondamental pertinent énoncé dans la Charte* », il peut être fait obstacle à l'exécution de la décision concernée⁶⁰⁸. Reste à connaître quel article pourrait être ici invoqué pour garantir aux personnes concernées par une mesure de gel ou une mesure de confiscation que celle-ci ne les placera pas dans une situation dans laquelle il leur serait difficile de survivre. Il reste également à définir au niveau européen l'expression suivante : une situation dans laquelle il serait difficile à la personne concernée par la mesure de gel ou la mesure de confiscation de survivre. Toutefois, il semble que ces questions devraient être tranchées par les juges au regard des cas qu'ils ont à connaître, rappelant le rôle de la jurisprudence dans la construction de garde-fous dans la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 344.

⁶⁰⁷ Cons. 18, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁶⁰⁸ Cons. 34, règlement (UE) 2018/1805, *op. cit.*

CONCLUSION - CHAPITRE 2

119. Le rôle de la jurisprudence dans l'encadrement du respect des droits et libertés fondamentales de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

Contrairement à la confiscation des instruments et des produits du crime, les nouvelles formes de confiscation développées ces dernières années n'imposent pas qu'une condamnation ait été prononcée pour une infraction spécifique ou qu'un lien entre l'infraction et les biens ait été démontré. Elles sont détachées des infractions condamnées (la confiscation élargie), des personnes condamnées (la confiscation des avoirs des tiers) ou encore de toute procédure de condamnation (la confiscation non fondée sur une condamnation). Par ailleurs, la condamnation et le lien entre l'infraction et les biens ne sont plus des éléments décisifs pour prononcer la confiscation, ce qui soulève un certain nombre d'interrogations, notamment lorsque ces modes de confiscation sont mis en œuvre dans le cadre de procédures pénales. Il se pose alors la question de leur compatibilité avec le respect des droits et libertés fondamentales dans le cadre d'une procédure pénale, et notamment avec le respect des principes de présomption d'innocence, d'individualisation de la peine ou d'égalité, ainsi que le respect des droits de propriété ou celui à un procès équitable et à un recours effectif devant un tribunal indépendant et impartial. Sur ce point, « *le droit des droits de l'homme n'a pas encore fourni de réponse ferme à toutes les questions relatives à la comptabilité des nouvelles formes de confiscation avec les droits fondamentaux* »⁶⁰⁹. La CEDH – qui connaît un contentieux important en la matière et qui demeure sur ces questions une source de référence – a sur ce thème une approche casuistique, qui ne permet pas d'extraire de sa jurisprudence « *un cadre solide pour évaluer la conformité des régimes de confiscation* »⁶¹⁰. Pour autant, la Cour de Strasbourg à travers les arrêts qu'elle a rendus fournit les premiers éléments de réflexion sur la compatibilité des nouveaux modes de confiscation avec le respect des droits et libertés fondamentales dans le cadre d'une procédure pénale, qui peuvent être approfondis et affinés par l'analyse de la jurisprudence interne des États membres qui fixe quant à elle, et dans le cadre de son droit interne, les limites juridiques des nouvelles formes de confiscation. Ainsi, sur la décennie qui vient de s'écouler, il est intéressant d'observer, par exemple, la jurisprudence de la Cour de

⁶⁰⁹ M. Simonato, "Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains", ERA Forum (2017).

⁶¹⁰ *Ibid.*

cassation française⁶¹¹. Cette dernière a été saisie à de nombreuses reprises, ce qui lui a permis de préciser le cadre juridique de la confiscation et du recouvrement des produits du crime. Il est notamment intéressant de constater qu'elle a statué à de nombreuses reprises sur des questions portant sur la phase de gestion des produits du crime et a contribué à renforcer les garanties des personnes concernées durant cette étape cruciale, qui s'est progressivement judiciairisée. Enfin, les cours constitutionnelles des États membres ont également été saisis. Certaines d'entre elles ont prononcé des décisions contraires aux dispositions européennes. Par exemple, le Conseil Constitutionnel français a jugé que le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers était contraire à la Constitution⁶¹².

Parallèlement à la CEDH, la CJUE, depuis quelques années, est saisie de cas portant sur ce thème. Elle a eu à se prononcer sur la confiscation civile, ainsi que sur sa conformité avec le droit européen⁶¹³, mais également sur les régimes d'application de la confiscation élargie et de la confiscation des avoirs des tiers⁶¹⁴. Par exemple, sur la confiscation des avoirs des tiers, elle a précisé que ce mécanisme n'est pas contraire au droit européen s'il est établi l'existence d'un transfert de produits à un tiers ou d'une acquisition de tels produits par un tiers, ainsi que la connaissance du tiers que ce transfert ou cette acquisition avait pour but d'éviter la confiscation. Toutefois, elle a précisé qu'est contraire à la réglementation européenne le fait qu'un tiers n'a pas la possibilité de se constituer partie à l'instance, pour ce qui concerne la procédure de confiscation. Il est intéressant de noter que le juge de l'UE opère ici une distinction entre la procédure classique et la procédure de confiscation.

⁶¹¹ Cf. Bibliographie, Jurisprudence, Cour de cassation.

⁶¹² V. décision n° 2021-932 QPC, 23 septembre 2021 ; décision n° 2021-899 QPC, 23 avril 2021.

⁶¹³ CJUE, 19 mars 2020, « *AGRO In 2001* », aff. C-234/18, : JurisData n° 2020-004975 ; CJUE, 14 janvier 2021, *Okrazhna prokuratura - Haskovo et Apelativna prokuratura - Plovdiv/OM*, C-393/19.

⁶¹⁴ CJUE, 21 octobre 2021, *Okrazhna prokuratura – Varna*, aff. jointes C-845/19 et C-863/19.

CONCLUSION - TITRE 2

120. La reconnaissance de garanties procédurales, le signe que les mécanismes de confiscation portent gravement atteinte aux droits des personnes concernées. Les mécanismes de confiscation présentés attestent d'un durcissement de la répression, qui ne peut que s'accompagner de la prise en compte de la question des garanties procédurales. Il y a actuellement une volonté de généraliser la détection la plus précoce des avoirs et des patrimoines, de mettre à la disposition de la justice des outils simples pour prendre des mesures conservatoires sur les biens et de renforcer l'efficacité de la législation permettant d'obtenir la confiscation de biens d'origine illicite ou présumée illicite, appartenant à un condamné ou à un tiers. Cet axe de la répression, qui concentre les moyens sur la recherche du caractère licite ou illicite des biens, a conduit à fragiliser les droits et libertés fondamentales des personnes concernées par les mesures de gel et de confiscation. Il est intéressant de noter qu'il y a eu un basculement ou un leurre. Ces dispositifs sont politiquement prévus pour lutter contre les formes graves de criminalité. Mais, le maintien des dispositions de la décision-cadre 2005/212/JAI conduit à les appliquer dans les États membres à toutes les infractions pour lesquelles une peine d'un an d'emprisonnement au moins est requis. Ils sont ainsi généralisés et requièrent qu'une réflexion plus approfondie sur les droits des personnes concernées par les mesures de gel et de confiscation, ainsi que sur leur statut soit menée. Les précisions apportées par la jurisprudence sont en la matière indispensables pour encadrer cette nouvelle procédure.

Ces précisions sont d'autant plus nécessaires que le droit européen a amorcé une scission entre la condamnation pénale et la mesure de confiscation. Désormais, le lien avec un comportement criminel donné n'est plus un facteur décisif pour prononcer la confiscation. Cette reconnaissance des garanties est d'autant plus importante dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale où le non-respect des droits fondamentaux est un motif de non-reconnaissance et de non-exécution des décisions de gel et de confiscation. Par conséquent, s'interroger sur les droits des personnes concernées par les mesures de gel et de confiscation à l'échelle européenne et sur les limites de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime participent à renforcer l'efficacité de ce système.

CONCLUSION – PARTIE 1

121. La construction d'un modèle de confiscation et de recouvrement des produits du crime afin de rendre les décisions de gel et de confiscation effectives. Depuis deux décennies le gel et la confiscation des produits du crime ont été identifiés comme des instruments efficaces dans la lutte contre la criminalité organisée⁶¹⁵. Dans le cadre de l'espace européen un travail important a été menée afin de permettre une circulation des décisions de gel et de confiscation et de les rendre effectives. Cependant, ce travail ne s'est pas réalisé sans difficulté. Il existe une pluralité de modèle de confiscation et de recouvrement des produits du crime à travers l'UE. Ces modèles sont parfois incompatibles entre eux. Par conséquent, le législateur européen a dû dépasser les particularités nationales, par le biais d'une succession de textes législatifs, pour construire progressivement un modèle européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Il est intéressant de noter que, dans le cadre qui nous occupe, le terme d'harmonisation est peu adapté, puisque ce modèle résulte de l'adoption de normes supranationales. Elles n'ont pas pour but d'harmoniser les législations nationales, mais d'imposer un modèle européen, des définitions juridiques européennes détachées des conceptions nationales. Les États se voient ainsi imposer la vision, la norme européenne. L'exemple le plus significatif de cette tendance amorcée par l'UE est l'adoption d'un règlement. Les États membres n'ont pas à transposer, c'est-à-dire à intégrer dans leur système répressif, les dispositions européennes. Par l'adoption de la directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805 des étapes importantes ont été franchies dans la construction d'un modèle de confiscation et de recouvrement des produits du crime, mais également dans la construction d'un droit pénal européen.

Toutefois, cette construction n'est pas achevée. Comme la Commission dans son dernier rapport d'évaluation portant sur la directive 2014/42/UE plusieurs aspects de la procédure doivent être approfondis, tels que la confiscation sans condamnation pénale ou les questions institutionnelles délaissées dans les premiers temps par l'UE. L'un des prochains défis est semble-t-il la définition de normes institutionnelles capables de garantir l'exécution effective des décisions de gel et de confiscation dans l'UE et de prendre en charge de manière adéquate les produits du crime.

⁶¹⁵ V. S. Montaldo, « *Directive 2014/42/EU and Social Reuse of Confiscated Assets in the EU: Advancing a Culture of Legality* », *New Journal of European Criminal law*, vol. 6, Issue 2, 2015; P. Faraldo Cabana, « *Improving the Recovery of Assets resulting from Organised Crime* », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 22, (2014) 13-32.

PARTIE 2. LA CONSTRUCTION D'UN CADRE INSTITUTIONNEL AUX FINS DE CONFISCATION ET DE RECOUVREMENT DES PRODUITS DU CRIME DANS L'UNION EUROPÉENNE

122. L'étude de la question institutionnelle dans le processus de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Dans notre étude, le cadre institutionnel doit être entendu comme l'ensemble des institutions qui ont une compétence pour connaître et mettre en œuvre les dispositions adoptées dans la directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805. Cette partie est consacrée à l'étude des acteurs institutionnels mis en place, créés aux fins de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Au-delà des conséquences que le développement et la diffusion de la sanction de confiscation ont eu sur le cadre juridique de cette mesure, ces derniers ont également eu des conséquences sur le cadre institutionnel, qui doit désormais être reconsidérer à la lumière des exigences nées de ladite procédure. L'étude de celle-ci nous a amené à constater une inadaptation des acteurs institutionnels classiques, ainsi que de leurs compétences avec les exigences que posent la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime dans l'UE. Pour certains auteurs, l'un des derniers obstacles à la mise en place d'un cadre effectif de confiscation et de recouvrement des produits du crime en UE est « *la faiblesse des capacités institutionnelles de mise en pratique des instruments de confiscation des biens* »⁶¹⁶. Ce constat renvoie à l'inadaptation des schémas traditionnels institutionnels, d'une part, et à la nécessité de construire un cadre institutionnel qui soit à la mesure du cadre juridique qui a été adopté en la matière, d'autre part.

Ce constat renvoie, là encore, à un processus de sectorisation du droit pénal et de la procédure pénale. Autour de la sanction de confiscation s'est construit un nouvel écosystème juridique et institutionnel, dont l'objectif est de garantir l'exécution d'une sanction prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ou autres.

123. La non-reconnaissance d'un modèle institutionnel européen aux fins de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Cette question est peu traitée par les textes européens. Certes, l'UE impose aux États membres de désigner ou de mettre en place des organes ou services chargés de dépister et d'identifier les produits du crime ou de gérer de

⁶¹⁶ M. Fazekas et E. Nanopoulos, « *The Effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation* », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 24 (2016), p. 39-64.

manière adéquate les biens gelés. Cependant, le droit européen ne dispose pas d'une compétence particulière pour imposer aux États membres un quelconque modèle institutionnel capable de mettre en œuvre et ce, de la façon la plus optimale possible, les dispositions adoptées dans la directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805. Cette question est laissée à la libre discrétion des États membres. Or, cette marge d'appréciation peut constituer un obstacle au recouvrement des produits du crime dans l'UE. L'étude des systèmes nationaux montrent une grande disparité entre les modèles institutionnels européens mis en place aux fins de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Il est intéressant, à ce propos, de noter que plus un État membre a investi cette question, cet objectif qui est de « *garantir que le crime ne paie* », en adoptant des dispositions normatives et des dispositifs institutionnels développés, plus le taux de recouvrement des produits du crime est important⁶¹⁷. À l'opposé, lorsque ces questions sont désinvesties par un État membre, le taux de recouvrement des produits du crime demeure bas. Ce constat soulève également une autre problématique, celle de la création au sein de l'UE d'espaces territoriaux où il serait plus difficile de procéder à la confiscation et au recouvrement des produits du crime dans l'UE. Ils constitueraient des zones vers lesquelles les produits de la délinquance pourraient être acheminés. Il est important de souligner que, au même titre que l'harmonisation des législations est indispensable pour faciliter la coopération judiciaire entre les États membres et satisfaire l'objectif européen de lutter contre la criminalité grave transfrontalière, la désignation ou la mise en place d'autorités, d'institutions disposant de compétences similaires est également essentielle à la coopération judiciaire en matière pénale et ce, en vue de la faciliter et de garantir à terme l'exécution effective des décisions de confiscation dans l'UE. Une première étape a été franchie avec l'adoption des bureaux de recouvrement des avoirs, dont le rôle est de faciliter l'échange d'informations (Titre 1). Mais, pour s'assurer de l'efficacité de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime, une étape supplémentaire doit être désormais franchie : la mise en place de changements structurels, c'est-à-dire des changements liés aux habitudes de travail et aux priorités du système de justice⁶¹⁸, par la mise en place de nouveaux organes judiciaires tels que les bureaux de gestion des avoirs, orientés vers les exigences nées de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime (Titre 2).

⁶¹⁷ V. financé dans le cadre Prevention of and Fight Against Crime Programme par la Commission européenne, DG Justice, Liberté et Sécurité. URL: http://www.projectceart.org/white_paper_assets_recovery/index.html.

⁶¹⁸ M. Fazekas et E. Nanopoulos, *op. cit.*

TITRE 1. LE DÉVELOPPEMENT DU RÔLE DES BUREAUX DE RECOUVREMENT
DES AVOIRS DANS L'ÉCHANGE D'INFORMATIONS

TITRE 2. LA MISE EN PLACE D'ORGANES SPECIALISÉS AUX FINS DE GESTION
DES PRODUITS DU CRIME

TITRE 1. LE DÉVELOPPEMENT DU RÔLE DES BUREAUX DE RECOUVREMENT DES AVOIRS DANS L'ÉCHANGE D'INFORMATIONS

124. Une spécialisation des structures ayant pour fonction de faciliter l'entraide répressive et la coopération judiciaire. L'un des exemples qui peut être cité pour illustrer la spécialisation des organes mis en place pour faciliter l'entraide répressive et la coopération judiciaire est les bureaux de recouvrement des avoirs (BRA).

Au sein de la décision 2007/845/JAI, les BRA sont désignés comme des points de contact. Les points de contact permettent de fournir aux autorités compétentes les informations utiles, faciliter le traitement des demandes de coopération judiciaire, ainsi que d'entretenir des contacts étroits avec les autorités compétentes concernées par la coopération judiciaire en matière pénale. Dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, le RJE rassemble les Points de contact désignés parmi les autorités centrales chargées de la coopération internationale ou toutes autres autorités compétentes ayant des responsabilités spécifiques dans le domaine de la coopération judiciaire internationale dans les États membres. Leur mission est d'aider à créer des contacts directs entre les autorités compétentes, de fournir les informations légales et pratiques nécessaires à la préparation d'une demande effective de coopération judiciaire et améliorer la coopération judiciaire. Chaque État membre peut désigner un ou plusieurs points de contact et désigner un correspondant national pour le RJE chargé des aspects techniques du RJE. Ils sont des « *intermédiaires actifs chargés de faciliter la coopération judiciaire (en matière pénale) entre les États membres* »⁶¹⁹ et sont, à cet égard, à la disposition des autorités judiciaires nationales, des points de contact européens, ainsi que des autorités judiciaires et autorités compétentes des autres États membres. Ce sont des acteurs incontournables de la coopération judiciaire en matière pénale en UE. Les BRA ont une fonction comparable aux points de contact composant le RJE, mais dont la fonction est exclusivement centrée sur la facilitation des échanges d'informations aux fins d'identification et de dépistage des biens en rapport avec le crime. L'échange d'informations est le cœur de leur action. Cet échange peut être fait sur demande ou de manière spontanée, « *dans les limites de la législation nationale applicable et sans qu'une demande soit présentée à cet effet* »⁶²⁰,

⁶¹⁹ Décision 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen [JOUE L 348, 24.12.2008, p. 130].

⁶²⁰ Art. 4, *ibid.*

lorsque les BRA « *jugent nécessaires à l'exécution de la mission d'un autre bureau* »⁶²¹ aux fins de faciliter le dépistage et l'identification des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime.

125. La fonction des BRA dans le système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Les BRA ont une fonction particulière dans le système de confiscation et de recouvrement des produits du crime, puisqu'ils ont pour mission d'instaurer « *une coopération étroite entre les autorités compétentes des États membres chargées de dépister les produits illicites et autres biens susceptibles de faire l'objet d'une confiscation et il convient de prendre des dispositions permettant une communication directe entre ces autorités* ». Ils ont pour fonction de faciliter la recherche des produits du crime dans l'Union, en permettant une communication directe entre les autorités compétentes chargées de dépister et d'identifier les produits du crime. Ce sont des points de contact⁶²², dont la fonction est de faciliter l'échange d'informations (Chapitre 1). Toutefois, le texte les charge d'une seconde fonction : l'échange des « *bonnes pratiques relatives aux moyens d'améliorer l'efficacité de l'action des États membres visant à dépister et à identifier les produits du crime et les autres biens en rapport avec le crime* »⁶²³ (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA FACILITATION DE L'ÉCHANGE D'INFORMATIONS

CHAPITRE 2. LA FACILITATION DE L'ÉCHANGE DES « *BONNES PRATIQUES* »

⁶²¹ *Ibid.*

⁶²² Art. 1.2, décision 2007/845/JAI, *op. cit.*

⁶²³ Art. 6, *ibid.*

CHAPITRE 1. LA FACILITATION DE L'ÉCHANGE D'INFORMATIONS

126. Le recours à une procédure standardisée pour faciliter l'échange d'informations entre BRA aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime. La procédure requise par la décision 2007/845/JAI impose de répondre à l'objectif suivant : garantir « *l'accès rapide à des informations et à des renseignements précis et actualisés essentiel pour permettre aux services répressifs de dépister et de prévenir la criminalité et les activités criminelles et d'enquêter sur elles, notamment dans un espace au sein duquel les contrôles aux frontières intérieures ont été supprimés* »⁶²⁴. Dans le système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime en UE, l'échange d'informations est une étape cruciale pour garantir la reconnaissance et l'exécution ultérieures des décisions de gel et de confiscation. Elle permet de préparer, de planifier et d'éviter les écueils liés à la mise en œuvre de la procédure judiciaire de confiscation et de recouvrement des produits du crime dans l'UE. Parmi ces écueils peuvent être cités, à titre non exhaustif, les certificats incomplets ou incorrects de gel et de confiscation ou encore l'impossibilité de procéder au gel ou à la confiscation desdits biens en raison de l'application du principe *ne bis in idem* ou d'une enquête en cours dans l'État d'exécution. Par conséquent, il s'agit d'une étape préalable et préparatoire aux procédures de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation. L'échange d'informations est une étape de prospection afin de garantir l'exécution rapide des demandes ultérieures de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation. C'est la raison pour laquelle l'UE a adopté la décision-cadre 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006, qui fixe « *les règles en vertu desquelles les services répressifs des États membres peuvent échanger d'une manière efficace et rapide des informations et des renseignements afin de mener des enquêtes pénales ou des opérations de renseignement en matière pénale* ».

127. Le recours aux fondamentaux mis en place par la procédure d'échange d'informations encadrée par la décision-cadre 2006/960/JAI. La décision-cadre 2006/960/JAI doit faciliter et accélérer de façon efficiente l'échange d'informations entre autorités compétences en créant une communication dite « *horizontale* » ou « *directe* » entre

⁶²⁴ Cons. 4, décision-cadre 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne [JOUE L 386, 29.12.2006, p. 89-100].

les autorités des États membres. Ce texte est un instrument indispensable, puisqu'il constitue la « *base juridique générale* » utilisée pour l'échange d'informations entre les États membres aux fins des enquêtes et des opérations de renseignement menées en matière pénale. Cette procédure est basée sur deux principes essentiels : le principe de l'accès équivalent (section 1) et le principe de finalité déterminée (section 2).

SECTION 1. LE PRINCIPE DE L'ACCÈS ÉQUIVALENT

128. Le principe de disponibilité ou de l'accès équivalent dans le cadre d'une procédure d'échange d'informations. Toutes (s) demande(s) d'échange d'informations à des fins de dépistage et d'identification des produits du crime fondée(s) sur la décision 2007/845/JAI doit répondre aux exigences posées par la décision-cadre 2006/960/JAI ou « *initiative suédoise* », qui standardise la procédure d'échange d'informations entre les services répressifs compétents européens. Ce texte pose avant tout le principe de l'accès équivalent⁶²⁵, « *en vertu duquel les conditions applicables aux échanges transfrontaliers de données ne devraient pas être plus strictes que celles régissant l'accès national* »⁶²⁶. En d'autres termes, « *ce principe est au domaine de la coopération policière ce qu'est le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires à la coopération judiciaire* »⁶²⁷. Il va au-delà de ce que permet le principe de réciprocité dans le domaine de l'entraide pénale et de la coopération judiciaire, qui repose sur la « *promesse que l'État requérant fait à l'État requis de lui fournir le même type d'aide à l'avenir si l'État requis le lui demandait* »⁶²⁸. Ainsi, il peut être considéré comme « *une promesse libre* ». Comme le souligne un juge d'instruction Suisse, J-B Schmid, il est fondé sur la nécessité d'honorer les promesses car, « *il y a toujours une prochaine fois. En coopération internationale comme dans tout domaine, il est dans l'intérêt de toutes les parties de tenir les promesses faites* »⁶²⁹. Le principe de l'accès équivalent n'impose pas de fournir une aide équivalente, mais de permettre un accès équivalent aux informations souhaitées dans un État

⁶²⁵ Il est intéressant ici de préciser que la proposition de la décision-cadre se fondait au départ sur le principe de disponibilité introduit dans le programme de La Haye [« *Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne* », adopté par le Conseil en 2004 [JO C 53, 3.03.2005, p.1]], faisant suite aux attentats terroristes de mars 2004 à Madrid. Le principe de disponibilité peut se définir comme suivant : « *les informations détenues par les services répressifs des États membres doivent être « disponible » pour les services répressifs des autres États membres, c'est-à-dire que ces derniers doivent pouvoir y accéder « dans les mêmes conditions que les services répressifs de l'État membre qui détient les informations* » » [D. FLORE, « *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne* », Larcier, Bruxelles, coll. Europe(s), 2e éd. décembre 2014, p. 446, § 829].

⁶²⁶ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Présentation générale de la gestion de l'information dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice, du 20 juillet 2010 [COM(2010) 385 final], p. 12. De plus, la décision-cadre 2006/960/JAI rappelle ce principe de l'accès équivalent, en interdisant à un État membre de subordonner à un accord ou à une autorisation judiciaire l'échange entre son service répressif compétent et le service répressif compétent d'un autre État membre, et ce, alors même que le service répressif compétent national peut y avoir accès sans autorisation. Cependant, si une telle autorisation est requise par le droit national de l'État membre requis, le service répressif compétent requis doit obtenir l'accord. En outre, les informations et renseignements obtenus d'un autre État membre ou d'un pays tiers sont soumis au principe de spécialité, ce qui signifie que le service répressif compétent requis ne transmette ces informations qu'avec l'accord de l'État membre ou du pays tiers qui les a communiqués [Décision-cadre 2006/960/JAI, *op. cit.*, art. 3.3 et 3.4].

⁶²⁷ D. Flore, *op. cit.*

⁶²⁸ UNODC, « *Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition* », 2012.

⁶²⁹ *Ibid.*

requis à des autorités étrangères. En revanche, ce principe n'impose pas que les BRA européens disposent d'un égal accès aux informations demandées (§2), ce qui constitue un obstacle à la procédure d'échange d'informations (§1).

§1. Les conditions de mise en œuvre de la procédure d'échange d'informations

129. Une mise en œuvre strictement encadrée par la décision-cadre 2006/960/JAI. Cependant, la mise en œuvre d'un tel principe, pour être pleinement efficace, suppose le respect de conditions dites fondamentales, telles que « *l'échange d'informations ne peut avoir lieu que pour permettre l'accomplissement de tâches légales ; l'intégrité des données à échanger doit être garantie ; il faut protéger les sources d'informations et garantir la confidentialité des données à tous les stades de l'échange et par la suite ; des normes communes d'accès aux données et des normes techniques communes doivent être appliquées ; le contrôle du respect de la protection des données doit être assuré, de même qu'un contrôle approprié avant et après l'échange ; les particuliers doivent être protégés contre les utilisations abusives des données et disposent d'un droit de rectification des données inexactes* ». Il ressort de cette liste non-exhaustive que l'application de ce principe répond à des conditions de mises en œuvre strictes, dont l'obligation de recourir à des autorités répressives compétentes (A) et l'obligation de motiver la demande d'échange d'informations (B).

A. L'expression d'autorités répressives compétentes dans le cadre d'une procédure d'échange d'informations

130. Une information délivrée par une autorité répressive compétente. Dans la décision-cadre 2006/960/JAI, le principe de l'accès équivalent est illustré par l'interdiction faite à un État membre de subordonner à un accord ou à une autorisation judiciaire l'échange entre son service répressif compétent et le service répressif compétent d'un autre État membre, alors même que le service répressif compétent national peut y avoir accès sans autorisation. Cependant, si une telle autorisation est requise par le droit national de l'État membre requis, le service répressif compétent requis doit obtenir l'accord. En outre, les informations et renseignements obtenus d'un autre État membre ou d'un pays tiers sont soumis au principe de spécialité. Ce principe signifie que le service répressif compétent requis ne peut transmettre ces

informations qu'avec l'accord de l'État membre ou du pays tiers qui les a communiqués⁶³⁰. Mais, il est également illustré par les conditions auxquelles sont soumises les procédures d'échange d'informations.

131. Les contours de l'expression d'autorité répressive compétente dans la décision-cadre 2006/960/JAI. La demande d'échange d'informations doit être formulée par un service répressif compétent, qui s'entend comme « *un service national de police, de douane ou autre qui est autorisé par le droit national à dépister et à prévenir les infractions ou les activités criminelles, à enquêter à leur propos, et à exercer l'autorité publique et à prendre des mesures coercitives dans le cadre de ces activités* »⁶³¹. Concrètement, cela signifie que le service en charge de la demande doit disposer de prérogatives de puissance publique lui permettant et ce, dans le cadre des compétences que le droit national lui confère, de mener des enquêtes pénales⁶³² ou des opérations de renseignement en matière pénale⁶³³. L'expression de « *service répressif compétent* » interroge le statut juridique des BRA. Sont-ils des services répressifs compétents au sens de la décision-cadre 2006/960/JAI ou doivent-ils simplement faire office de points de contact – transmettre l'information au service répressif compétent ? Il ressort de la lecture de la décision 2007/845/JAI que le rôle principal des BRA est de faciliter l'échange d'informations sur les questions en lien avec le dépistage et l'identification des produits du crime. Aucune disposition n'a trait à une quelconque fonction d'investigation. Cependant, le renvoi explicite à la procédure d'échange d'informations décrite dans la décision-cadre 2006/960/JAI tend à appuyé la thèse selon laquelle les BRA seraient des services répressifs compétents. En outre, la décision 2007/845/JAI précise que « *les États membres devraient disposer de bureaux nationaux de recouvrement des avoirs ayant des compétences* »⁶³⁴ pour dépister les produits illicites et autres biens susceptibles de faire l'objet d'une confiscation « *et veiller à ce que lesdits bureaux soient en mesure d'échanger rapidement des informations* »⁶³⁵.

⁶³⁰ Décision-cadre 2006/960/JAI, *op. cit.*, art. 3.3 et 3.4.

⁶³¹ Art. 2, a), décision-cadre 2006/960/JAI, *op. cit.*

⁶³² L'expression « *enquête pénale* » est définie par la décision-cadre 2006/960/JAI comme « *une étape procédurale dans laquelle des mesures sont prises par les services répressifs ou judiciaires compétents, y compris les parquets, afin d'établir et d'identifier des faits, des suspects et des circonstances ayant trait à un ou plusieurs actes criminels précis constatés* » [art. 2, b, décision-cadre 2006/960/JAI, *ibid.*].

⁶³³ L'expression « *opération de renseignement* » est définie par la décision-cadre 2006/960/JAI comme « *une étape procédurale, qui n'a pas encore atteint le stade de l'enquête pénale, au sein de laquelle un service répressif compétent est autorisé par le droit national à recueillir, traiter et analyser des informations sur la criminalité ou des activités criminelles en vue d'établir si des actes criminels précis ont été commis ou pourraient l'être* » [art. 2, c, décision-cadre 2006/960/JAI, *ibid.*].

⁶³⁴ Art. 1.1, décision 2007/845/JAI, *op. cit.*, art. 1.1

⁶³⁵ *Ibid.*

Ces dispositions peuvent sous-entendre que les BRA au-delà de leur fonction de point de contact pourraient être considérés comme de véritables services répressifs de dépistage et d'identification des produits criminels. Plus précisément, ils devraient constituer de véritables pôles spécialisés autour des questions du dépistage et d'identification des produits criminels. C'est ainsi que la Commission européenne dans sa communication « *Garantir que le crime ne paie pas* » définit largement ce que devrait être la fonction des BRA. Elle précise que « *les BRA devraient avoir une structure pluridisciplinaire réunissant des spécialistes des services policiers, judiciaires, fiscaux, sociaux et douaniers, ainsi que de tout autre service compétent* »⁶³⁶, faisant de ces derniers de véritables centres d'expertise dans le domaine du dépistage et de l'identification des produits du crime. Elle précise que « *ses représentants* » ou les agents détachés dans le BRA « *devraient être en mesure d'exercer leurs pouvoirs habituels et de révéler des informations à l'intérieur du bureau de recouvrement des avoirs sans être liés par le secret professionnel* »⁶³⁷. Selon la commission européenne, les BRA disposeraient de pouvoirs d'investigation leur permettant d'« *accéder à toutes les bases de données pertinentes, y compris celles contenant l'information financière (idéalement, les registres administrés par les banques centrales au niveau national), afin d'identifier et de dépister les avoirs d'origine criminelle ; ils devraient disposer des pouvoirs coercitifs nécessaires pour obtenir ces informations. Ils devraient avoir le pouvoir de geler provisoirement des avoirs (par exemple, pour une durée minimum de 72 heures), afin d'empêcher la disparition des produits du crime entre l'identification de ceux-ci et l'exécution d'une décision judiciaire de gel ou de confiscation. Ils devraient également pouvoir mener des enquêtes conjointes* »⁶³⁸. Cependant, ce modèle européen demeure un idéal à atteindre. Les BRA européens sont très hétérogènes⁶³⁹. Et, certains d'entre eux peuvent être considérés comme des « *services répressifs compétents* » au sens de la décision-cadre 2006/960/JAI. Mais, tous n'entrent pas dans cette catégorie, rappelant qu'une partie des BRA européens ne sont que des « *intermédiaires actifs* » et ne peuvent traiter la demande d'échange d'informations.

⁶³⁶ Communication de la Commission du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2008 intitulée « *Produits du crime organisé* » : *garantir que le «crime ne paie pas* » » [COM(2008) 766 final].

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ *Ibid.*

⁶³⁹ V. en ce sens le rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 8 de la décision 2007/845/JAI du Conseil du 6 décembre 2007 relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime, du 12 avril 2011 [COM(2011) 176 final]. Il liste les BRA européens, et montre ainsi la disparité des systèmes européens en matière. Certes, le rapport reconnaît qu'une grande majorité des BRA ont été créés dans des services répressifs. Cependant, certains ont également été créés dans des services judiciaires, et principalement auprès de procureurs, et dans des services pluridisciplinaires, tels que CFR.

B. L'obligation de motiver la demande d'échange d'informations

132. Une demande d'échange d'informations motivée. Les demandes d'échange d'informations doivent être motivées. En d'autres termes, la demande doit être étayée d'éléments factuels qui « *donnent lieu à croire qu'un autre État membre détient des informations et des renseignements utiles* »⁶⁴⁰. Ces éléments doivent être détaillés, préciser « *à quelles fins ces informations et renseignements sont sollicités* » et indiquer « *le lien entre ces fins et la personne qui fait l'objet de ces informations et de ces renseignements* »⁶⁴¹. Pour faciliter cette démarche, la décision-cadre 2006/960/JAI a édité un formulaire dit « *initiative suédoise* »⁶⁴². Ce formulaire doit comprendre les circonstances de la commission de l'infraction, telles que le moment, le lieu et le degré d'implication de la personne au sujet de laquelle les informations sont demandées, la nature de l'infraction, les fins auxquelles la demande est formulée, le lien entre les faits pour lesquels la demande est formulée et la personne qui fait l'objet de ces renseignements, l'identité, si elles sont connues, de la ou des personne(s) faisant l'objet de l'enquête pénale, les raisons de penser que ces informations se situent dans l'État membre requis et les restrictions quant à l'utilisation de ces informations.

Cependant, il ressort du rapport relatif à la mise en œuvre de la décision 2007/845/JAI que les BRA recourent généralement à d'autres voies de communication, tels que : le réseau *Camden Assets Recovery Inter-Agency Network* (CARIN), les officiers de liaison d'Interpol, Europol, le réseau des officiers de liaison des services de répression nationaux, les cellules de renseignement financier ou encore les officiers de liaison de l'initiative de coopération pour l'Europe du Sud-est. La motivation et la précision des informations requises dans le formulaire dit « *initiative suédoise* » constitue un obstacle à son utilisation. Certaines informations peuvent ne pas avoir été portées à la connaissance des services d'enquête ou du BRA de l'État membre d'émission. Par conséquent, cet outil peut apparaître comme inadapté au regard de l'objectif poursuivi. Il convient de ne pas oublier que les produits de l'infraction peuvent avoir été transformés, dissimulés ou encore transférés dans un autre État. Par conséquent, le bien décrit dans le formulaire peut ne plus correspondre à ce qu'il est devenu dans les faits. Le formulaire dit « *initiative suédoise* » apparaît ici comme un outil trop restrictif, à la différence d'autres mécanismes internationaux bénéficiant d'une certaine souplesse, tels que la commission rogatoire internationale. Il convient également de préciser que ce formulaire n'est dédié qu'à

⁶⁴⁰ Art. 5.1, décision-cadre 2006/960/JAI, *op. cit.*

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² V. le certificat à l'annexe B de la décision-cadre 2006/960/JAI, *ibid.*

l'échange d'informations. Ce qui parallèlement signifie que toutes demandes de transfert des produits du crime doivent être fondées sur un autre mécanisme européen de coopération. Or, la commission rogatoire internationale permet également de formuler la demande d'échange d'informations, ainsi que la demande de transfert des produits du crime dans une seule et même demande. Par ailleurs, et pour marquer définitivement la relative inefficacité de ce formulaire, le rapport de la Commission européenne relève que les États membres ont convenu du caractère non-obligatoire du formulaire « *initiative suédoise* »⁶⁴³.

133. Une demande motivée par le fait que le(s) bien(s) recherché(s) constitue(nt) le produit d'une infraction ou un autre bien en rapport avec le crime. À ces conditions s'ajoutent celles adoptées dans décision 2007/845/JAI : des indications précises sur les biens visés ou recherchés, tels que les comptes bancaires, les biens immobiliers, voitures, bateaux de plaisance et autres biens de grande valeur, sur les personnes physiques ou morales qui sont présumées être en cause, en fournissant les noms, adresses, dates et lieux de naissance ou la date d'immatriculation au registre, les actionnaires, l'adresse du siège, ainsi que sur la nature de la procédure⁶⁴⁴⁶⁴⁵. Ainsi, la demande d'échange d'informations est justifiée par le fait que les autorités répressives recherchent le produit de l'infraction, ainsi que les autres biens en rapport avec le crime. Ces deux catégories de bien imposent d'être définies afin de déterminer les données qui peuvent être échangées dans le cadre de la cette procédure.

134. La notion de produit du crime. L'expression « *produit du crime* » revêt au sein de la procédure des avoirs criminels une dimension importante, puisqu'elle constitue le cœur de cette procédure. Elle est la matérialisation de l'objectif politique « *garantir que le crime ne paie pas* ». Par conséquent, il apparaît indispensable de procéder à la définition des contours de l'expression « *produit du crime* ». La directive 2014/42/UE définit le « *produit du crime* » comme suivant : « *tout avantage économique tiré, directement ou indirectement, d'infractions pénales ; il peut consister en tout type de bien et comprend tout réinvestissement ou toute transformation ultérieurs des produits directs et tout autre gain de valeur* »⁶⁴⁶. Le produit du crime « *renvoie à la chose que découle de la commission de l'infraction* »⁶⁴⁷. Cette notion est donc intimement liée à la commission d'une infraction. Pour être saisissable ou confiscable un bien doit avoir une origine criminelle, le bien

⁶⁴³ *Ibid.*

⁶⁴⁴ La clause relative à la nature de la procédure est une condition limitative.

⁶⁴⁵ Art. 3.2, décision 2007/845/JAI, *op. cit.*

⁶⁴⁶ Art. 2.1, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁶⁴⁷ L. Besombes, « *Le patrimoine d'origine criminelle* », *op. cit.*, p. 111.

doit par conséquent être lié directement ou indirectement à la commission d'une infraction nécessitant qu'un lien certain entre le bien et l'infraction poursuivie soit prouvé. L'absence de lien entre le bien et l'infraction fait obstacle à la confiscation et ce, même si la culpabilité de la personne mise en cause a pu être établie. En d'autres termes, seul le lien qui unit le bien à un crime permet de qualifier ce dernier de « *bien d'origine criminelle* », et d'être gelé et confisqué. Cependant une question demeure : le produit de l'infraction constitue-t-il toujours le bien qui découle directement de l'infraction ?

La notion de produit en droit européen a connu avec l'adoption de la directive 2014/42/UE une évolution. La décision-cadre 2005/212/JAI définissait le terme de produit comme suivant : « *tout avantage économique tiré d'infractions pénales* »⁶⁴⁸. Elle appelait à davantage de clarification car, celle-ci semblait limitée aux biens découlant de la commission de l'infraction. Le texte adopté en 2014 clarifie la notion en précisant que le terme de produit doit être compris comme tout avantage économique tiré directement ou indirectement de la commission d'une infraction et ce, conformément aux dispositions de la Convention des Nations unies contre la CTO ou encore de la Convention n°198 du Conseil de l'Europe qui précisent également que le produit de l'infraction consistent en tout avantage économique tiré directement ou indirectement de la commission d'une infraction. La notion de produit doit être également rapprochée de la notion de profit, qui peut se définir comme « *tout bien, service, avantage ou bénéfice faisant partie du patrimoine d'une personne qui a été acquis (légalement ou non) directement ou indirectement du fait de la participation de cette personne à la commission d'une infraction* »⁶⁴⁹. Cette notion n'apparaît pas dans la directive 2014/42/UE. Cependant elle semble être employée par des États posant la question suivante : ces deux notions recouvrent-elles une réalité juridique similaire ou imposent-elles de rechercher des bénéfices de nature différente ? Le terme de profit est régulièrement utilisé dans les études sur la criminalité organisée. En effet « *la notion de profit est une caractéristique intrinsèque de l'organisation criminelle. Il n'existe en effet pas d'organisation criminelle qui ne soit constituée autrement que pour la recherche du profit criminel. Or, le profit constitue en même temps un espace commun pour la sphère de l'illicite et la sphère du licite c'est-à-dire le monde de l'entreprise, de la finance, lui-même mû par la recherche du profit* »⁶⁵⁰. Mais est-ce à dire qu'elle doit se distinguer de la notion de produit. La réponse semble être ici négative et les deux

⁶⁴⁸ Art. 1^{er}, décision-cadre 2005/212/JAI, *op. cit.*

⁶⁴⁹ Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation, ONUDC.

⁶⁵⁰ J-F. Thony, « *Economie criminelle et blanchiment d'argent dans la mondialisation financière* », Rev. Agir, n° 31, septembre 2007, p. 1.

notions peuvent être employées de manière alternative. La notion de profit n'apparaît dans aucun des textes internationaux et européens ayant trait à la question de la captation des produits du crime, tous recourent au terme de produit. Même si ces deux notions sont analogues, équivalentes, il n'en demeure pas moins qu'en matière de gel et de confiscation le terme couramment utilisé et reconnu soit celui de produit. Il reste par conséquent à définir ce que recouvrent les notions de produit direct et de produit indirect de l'infraction.

Le produit direct de l'infraction renvoie « à l'existence d'un lien de causalité linéaire entre la commission de l'infraction et le profit que le délinquant en a retiré. Il embrasse toutes les richesses obtenues quelle qu'en soit la nature »⁶⁵¹, tout en précisant que cette notion inclut les produits directs réinvestis ou transformés ultérieurement. La définition de produit inclut également les produits ayant fait l'objet d'un blanchiment d'argent pouvant se définir comme suivant : « la conversion ou le transfert de biens, dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une activité criminelle, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite de ces biens ou d'aider toute personne impliquée dans une telle activité à échapper aux conséquences juridiques des actes qu'elle a commis ; le fait de dissimuler ou de déguiser la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété réels de biens ou des droits qui y sont liés, dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une telle activité ; l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens, dont celui qui s'y livre sait, au moment où il les réceptionne, qu'ils proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une telle activité »⁶⁵². De même entrent dans cette catégorie le produit « mêlé à des biens acquis légitimement, à concurrence de la valeur estimée des produits qui y ont été mêlés »⁶⁵³. Cette disposition couvre également le produit indirect de l'infraction, qui quant à lui « embrasse toutes les formes d'enrichissement susceptibles d'avoir un lien avec la commission des faits »⁶⁵⁴. Ce dernier renvoie à la notion de bénéfice ou plus précisément aux richesses « créées par l'objet ou l'avantage économique tirés de la commission d'une infraction »⁶⁵⁵. Plus exactement les produits indirects visent « les revenus ou autres avantages dérivés des produits du crime, ou dérivés des biens en lesquels ces produits ont été transformés ou convertis ou des biens auxquels ils ont été mêlés »⁶⁵⁶. Ce qui pose la question de l'évaluation de ces bénéfices,

⁶⁵¹ E. Camous, « Peines criminelles et correctionnelles – Confiscation ».

⁶⁵² Art. 3, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal, le 21.12.2016, COM(2016) 826 final.

⁶⁵³ Cons. 11, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁶⁵⁴ E. Camous, « Peines criminelles et correctionnelles – Confiscation ».

⁶⁵⁵ L. Besombes, « Le patrimoine d'origine criminelle », *op. cit.*, p. 121.

⁶⁵⁶ Cons. 11, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

celle-ci étant appropriée tant pour évaluer le produit indirect que pour évaluer le produit direct de l'infraction lorsqu'il s'agit d'une confiscation basée sur la valeur.

135. La notion de biens en rapport avec le crime. L'enquête aux fins d'identification et de dépistage des biens en rapport avec le crime cible les bénéfices tirés de la commission d'une infraction et les instruments ayant permis la commission de celle-ci.

Les bénéfices de l'infraction doivent être liés aux infractions sur lesquelles la confiscation est fondée. Cette évaluation peut se révéler difficile lorsque l'accusation ne parvient pas à poursuivre certaines infractions ou que la confiscation se limite aux avoirs en possession de la personne poursuivie⁶⁵⁷. Cependant le calcul des bénéfices – définis de façon large de manière à inclure la valeur totale des bénéfices liquides ou non reçus directement ou indirectement par un défendeur en conséquence d'une infraction⁶⁵⁸ – devrait inclure : la valeur des produits du crime ; la valeur des avoirs reçus en conséquence de la commission d'une infraction ; la valeur des bénéfices, services ou avantages accumulés directement ou indirectement tirés de la commission de l'infraction ; la valeur des bénéfices tirés directement ou indirectement d'activités illicites connexes ou antérieures⁶⁵⁹. Cette énumération nous amène

⁶⁵⁷ « Un inconvénient potentiel à la confiscation basée sur la valeur est que les bénéfices sont liés aux infractions qui constituent le fondement de la condamnation du défendeur. Cela constitue un problème dans les juridictions dans lesquelles l'accusation ne poursuit pas chaque infraction (à moins qu'elle n'y soit contrainte) ; elle peut préférer s'en tenir à la seule poursuite de chefs représentatifs de l'activité illicite générale du défendeur et qui offrent une gamme adéquate d'options de condamnation. Plusieurs méthodes sont apparues en réponse à ce problème, telles que : des qualifications qui saisissent l'essence d'un comportement criminel continu sur l'ensemble d'une période, lorsqu'autorisé, le fait de retenir une infraction de corruption commise entre [date] et [date] permettra in fine l'obtention d'une décision de confiscation portant sur tous les bénéfices tirés de ce « comportement délictueux » sur l'ensemble de la période ; des présomptions et la confiscation étendue, une présomption, enfoncée pour une seule infraction, peut permettre d'inférer que les bénéfices tirés pendant une période déterminée constituent des bénéfices de cette infraction, une telle présomption permettrait la confiscation d'avoirs qui peuvent avoir été dérivés d'autres infractions pour lesquelles le contrevenant n'a pas été poursuivi ou condamné. De même, des dispositions permettant au tribunal de confisquer des avoirs pour « activités illicites connexes » lui permettraient également d'inclure toute activité illicite liée ou similaire dans le calcul des bénéfices ». Enfin, « si un système juridique donné n'autorise de confiscation en valeur que pour le comportement pour lequel le défendeur est condamné, le praticien doit prendre soin de bien choisir les chefs au titre desquels le défendeur sera poursuivi (c'est-à-dire, s'efforcer de choisir ces derniers en fonction de la confiscation visée). De plus, toute décision d'abandonner ou de réduire la portée des poursuites doit être envisagée avec circonspection, parce que de telles décisions peuvent avoir des effets drastiques sur le calcul des bénéfices » (Manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis, rédigé par Brun J-P., GRAY L., SCOTT C. et STEPHENSON K. M., Programme StAR et du Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation des produits du crime, ONUDC, mai 2013).

⁶⁵⁸ « Les bénéfices peuvent inclure des avoirs légitimes comme des avoirs illégitimes ou illégaux – par exemple, des produits engendrés par des entreprises criminelles. La valeur des bénéfices illégitimes est difficile à estimer et ne peut l'être qu'à partir des preuves disponibles. Des plus utiles aux praticiens sont les systèmes de confiscation basée sur la valeur qui incorporent des procédures flexibles d'évaluation des bénéfices, telles que celles permettant l'évaluation sur la base de la valeur au marché noir et des inférences sur le moment où le crime a été commis à partir de reçus émis à une période donnée » (Manuel de recouvrement des biens mal acquis, *ibid.*).

⁶⁵⁹ « Dans certaines juridictions, l'existence de bénéfices peut être inférée de l'accroissement de la valeur des avoirs détenus par une personne entre l'avant et l'après de la commission d'une infraction » (Manuel de recouvrement des biens mal acquis, *ibid.*).

à comprendre que la notion de bénéfice et ce, même si cela n'est pas précisé explicitement par la directive 2014/42/UE, doit être comprise comme le bénéfice brut qui « *ne saurait être atténué par une quelconque perte de valeur ou une dissipation d'un avoir parce que la valeur du bénéfice criminel est « cristallisée » au moment où le bénéfice est généré* »⁶⁶⁰. Toutefois, les produits du crime ne sont pas les seuls biens visés. Est également visé pour les infractions les plus graves tout ou partie du patrimoine d'origine criminelle de l'individu. Il est important de distinguer cette notion de la confiscation générale qui permet de confisquer tout ou partie du patrimoine – au sens large du terme – du délinquant. Le droit européen à travers la mise en place du mécanisme de confiscation élargie permet certes de confisquer tout ou partie du patrimoine du délinquant, mais il se limite aux biens ayant une origine illicite. Ce mécanisme est malgré tout susceptible de transgresser certains principes fondamentaux du droit pénal et plus particulièrement le droit à la présomption d'innocence. En effet la confiscation élargie vise des biens n'ayant aucun lien avec l'infraction poursuivie est fondée sur une présomption d'illicéité des biens, ce qui concrètement signifie qu'elle instaure un renversement de la charge de la preuve au détriment du délinquant qui a l'obligation de rapporter la preuve de la licéité des biens. La présomption permet de dépasser l'obstacle probatoire en coupant « *le cordon ombilical qui lie l'infraction à l'enrichissement qui en a résulté* »⁶⁶¹ et de considérer que « *l'infraction commise est en quelque sorte le révélateur de cette présomption intellectuelle d'origine criminelle* »⁶⁶² car, « *le fait d'être reconnu coupable autorise à lui seul la confiscation de tout ou partie des biens que détient le condamné qu'elle qu'en soit l'origine, même légale* »⁶⁶³. La présomption instaurée par le législateur européen n'est pas irréfutable, ce qui signifie que le délinquant peut apporter la preuve de l'origine licite. La directive 2014/42/UE prévoit que « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour que toute décision de confiscation soit dûment motivée et communiquée à la personne concernée* »⁶⁶⁴ et « *prévoient la possibilité effective pour une personne à l'encontre de laquelle une confiscation est ordonnée d'attaquer la décision devant un tribunal* »⁶⁶⁵. Ces dispositions indiquent que la décision de confiscation et ce, quelle qu'elle soit – incluant la confiscation élargie – doit dûment motivée. Cela signifie que le juge pénal prend sa décision sur la base des circonstances de l'affaire et sur

⁶⁶⁰ Manuel de recouvrement des biens mal acquis, *ibid.*

⁶⁶¹ T. Ballot, « *Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption internationale* », RSC, n° 2, 2013, p. 321.

⁶⁶² L. Besombes, « *Le patrimoine d'origine criminelle* », *op. cit.*, p. 141.

⁶⁶³ T. Ballot, « *Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption internationale* », *op. cit.*

⁶⁶⁴ Art. 8.6, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁶⁶⁵ *Ibid.*

le fondement d'éléments factuels concrets et de preuves disponibles, tels que la disproportion des revenus légaux de la personne condamnée⁶⁶⁶, nécessitant ainsi de rapporter des éléments accréditant la thèse que le patrimoine de la personne est, en tout ou partie, issu d'activités illégales. De plus, le texte européen garantit de pouvoir former un recours contre ladite décision, mais également de pouvoir « *contester les circonstances de l'espèce, y compris les éléments factuels concrets et les éléments de preuve disponibles sur la base desquels les biens concernés sont considérés comme des biens provenant d'activités criminelles* »⁶⁶⁷. Ce dernier point est la démonstration que la présomption d'illicéité des biens est réfragable. Il est à rappeler qu'en la matière la CEDH ne fait pas obstacle à la mise en place de présomption et ce, si, et seulement si, celle-ci peut être renversée par une preuve contraire⁶⁶⁸. En outre ce mécanisme ne contrevient pas au principe de présomption d'innocence puisque ce dernier intervient suite à une décision de condamnation pénale – rappelons à cet égard que le mécanisme de confiscation élargie ne peut être prononcé qu'après qu'une condamnation définitive n'ait été prononcée. Pour la Cour « *le droit à être présumé innocent [...] ne vaut qu'en rapport avec l'infraction précise dont le prévenu est accusé* »⁶⁶⁹. Si le prononcé de la mesure est détaché de toute accusation de nature pénale, celle-ci est jugé conforme aux dispositions de la Convention en ce que l'article six, paragraphe deux de la CESDH relatif à la protection du droit à la présomption d'innocence est inapplicable en l'espèce. Donc « *en tant que telle la présomption qui consisterait à faciliter la preuve du caractère illicite des avoirs aux fins de confiscation ne semble pas contrevenir au principe de présomption d'innocence du moment où celle-ci est circonscrite au prononcé de la peine et n'intervient donc pas dans le processus d'imputation d'une infraction à une personne. En d'autres termes, il ne s'agit pas de présomptions de culpabilité à proprement parler dès lors que ces présomptions ne mettent pas à la charge de la personne poursuivie la preuve de son innocence, sa responsabilité pénale ayant déjà été établie* »⁶⁷⁰.

Sont également visés les biens utilisés à finalité criminelle ou les instruments de l'infraction c'est-à-dire tous les « *biens employés ou destinés à être employés, de quelque façon que ce soit, en tout ou en partie, pour commettre une ou des infractions pénales* »⁶⁷¹. Il est intéressant de noter dès à présent que les instruments de l'infraction peuvent être soumis à un double régime juridique : celui régissant le gel à des fins probatoires et celui régissant le gel et

⁶⁶⁶ Art. 5.1, *ibid.*

⁶⁶⁷ Art. 8.8, *ibid.*

⁶⁶⁸ CEDH, arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 40.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, § 35.

⁶⁷⁰ T. Ballot, « *Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de ma corruption internationale* », *op. cit.*

⁶⁷¹ Art. 2.3, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

la confiscation des produits du crime. Le gel des instruments est selon les termes de la directive 2014/42/UE « *sans préjudice de la possibilité qu'un bien spécifique soit considéré comme un élément de preuve tout au long de la procédure, pour autant qu'il soit finalement mis à disposition aux fins de l'exécution effective de la décision de confiscation* »⁶⁷². En d'autres termes, les instruments ayant permis la commission de l'infraction ne sont pas soumis à restitution si une décision de confiscation est effectivement prise. Par conséquent les biens placés sous scellés devront être intégrés à la décision de confiscation s'il est établi que les biens présumés sont ceux ayant été employés ou destinés à être employés pour commettre l'infraction poursuivie. Tout comme la notion de produit, celle d'instrument implique qu'un lien de causalité direct soit établi. À titre d'exemple la Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et les substances psychotropes de 1988 précise que doivent être confisqués au titre d'instruments de l'infraction les stupéfiants, substances psychotropes, matériels et équipements ou autres instruments utilisés ou destinés à être utilisés de quelque manière que ce soit pour les infractions établies par la présente convention⁶⁷³. Cette définition est la plus précise puisqu'après la Convention des Nations unies contre la CTO et contre la corruption disposent seulement que doivent être confisqués les « *biens, matériels ou autres instruments utilisés ou destinés à être utilisés pour les infractions établies* » conformément aux conventions ; laissant aux États membres et aux juridictions nationales une importante marge d'appréciation quant à ce que recouvre le terme d'instrument. Et il semble en aller de même pour le droit européen qui définit largement ce terme. Laisant supposer qu'entre dans la définition d'instrument le patrimoine du délinquant. Rappelons à cet égard que les mécanismes de confiscation n'ont pas qu'une finalité répressive, mais également préventive. À cet égard la confiscation des instruments de l'infraction joue un rôle important en ce qu'elle permet d'éviter que le patrimoine du délinquant ne serve à commettre de nouvelles infractions et/ou à être réinvesti dans l'économie licite. La lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme en sont la parfaite illustration. La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal rappelle que « *les organisations terroristes et la criminalité organisée ont besoin de financements – pour entretenir leurs réseaux criminels, recruter de nouveaux membres et commettre des actes terroristes proprement dits* »⁶⁷⁴. Et qu'il est par conséquent capital d'adopter des mesures

⁶⁷² Cons. 28, *ibid.*

⁶⁷³ Art. 5.1, b), Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et les substances psychotropes, *op. cit.*

⁶⁷⁴ Il existe une proximité entre les individus et les groupes impliqués dans des actes terroristes et les réseaux de criminalité organisée. « *Les individus et les groupes impliqués dans des actes terroristes utilisent des réseaux*

« permettant de couper l'accès des organisations terroristes à leurs sources de financement, de compliquer la tâche des terroristes qui veulent éviter d'être découverts lorsqu'ils utilisent ces fonds, et d'exploiter toutes les informations pertinentes tirées des transactions financières »⁶⁷⁵. Et également de lutter contre « les activités des criminels et des organisations criminelles sont conçues pour générer des gains »⁶⁷⁶. Le blanchiment de capitaux permet à ceux qui y recourt d'utiliser « les gains générés par une multitude d'activités transfrontières illégales – telles que le trafic de stupéfiants, la traite des êtres humains, le trafic illégal d'armes, la corruption – dans le but d'acquérir, de convertir ou de transférer des biens, tout en dissimulant la véritable nature de leur origine, en vue d'utiliser le produit de ces crimes dans l'économie légale » et leur « permet [...] de tirer profit de leurs activités illégales et de continuer à fonctionner »⁶⁷⁷. Donc agir sur le patrimoine des délinquants à travers les mécanismes de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme « contribue à lutter contre les incitations financières qui motivent les actes criminels »⁶⁷⁸. Le patrimoine des délinquants doit être, et tout particulièrement dans le cadre du terrorisme et de la criminalité organisée, analysé comme des instruments à part entière. Confisquer des biens acquis de manière licite : l'exemple de la lutte contre le financement du terrorisme. Ce patrimoine et ce, contrairement à la notion de produit qui ne vise que les biens ayant une origine présumée ou non illicite, peut avoir une origine légale. Et c'est le cas plus particulièrement du financement du terrorisme, qui peut s'entendre comme « le fait de fournir ou de réunir des fonds, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, avec l'intention que ces fonds soient utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre [...] [ou] de contribuer à la

criminels ou commettent eux-mêmes des actes criminels afin de financer leurs activités, pour se servir ensuite de systèmes de blanchiment de capitaux dans le but de convertir ou acquérir des fonds, ou d'en dissimuler l'origine illicite, pour financer leurs agissements. L'attrait de la criminalité organisée s'en trouve ainsi considérablement accru. Un grand nombre des cellules terroristes qui opèrent en Europe se procurent des fonds auprès de sources de nature criminelle telles que le trafic de stupéfiants, le trafic de biens culturels ou les demandes de prêts frauduleuses. Les grandes organisations terroristes recourent également à des activités criminelles sous différentes formes dans le but de financer des activités terroristes. En outre, les terroristes peuvent tirer parti d'organisations criminelles à des fins logistiques, en se procurant de faux documents ou des armes à feu auprès de ces groupes, lesquels peuvent à leur tour blanchir le produit de ces opérations. Un cadre juridique de l'UE renforcé contribuerait donc à combattre plus efficacement le financement du terrorisme et à réduire la menace que représentent les organisations terroristes en entravant leur capacité à financer leurs activités » (COM(2016) 826 final, op. cit.).

⁶⁷⁵ COM(2016) 826 final, *ibid.*

⁶⁷⁶ COM(2016) 826 final, *ibid.*

⁶⁷⁷ COM(2016) 826 final, *ibid.*

⁶⁷⁸ « Selon des estimations des Nations unies, le montant total des produits du crime à l'échelle mondiale a atteint près de 2 100 milliards d'USD en 2009, soit 3,6 % du PIB mondial. Le produit des activités criminelles réalisées dans les principaux marchés illicites au sein de l'Union européenne pour lesquelles des preuves sont disponibles a été estimé à 110 milliards d'euros. Le montant actuellement en cours de recouvrement dans l'UE ne représente qu'une faible part des produits estimés du crime » (COM(2016) 826 final, *ibid.*).

commission »⁶⁷⁹ d'une infraction de terrorisme. Contrairement au blanchiment de capitaux qui présuppose que les fonds blanchis soient le produit d'une infraction dite sous-jacente, le financement du terrorisme est punissable et confiscable et ce, peu importe l'origine licite ou illicite des biens. Ce qui est puni c'est la finalité, le résultat c'est-à-dire de financer intentionnellement directement ou indirectement une activité terroriste. Le patrimoine prend une coloration d'illégalité en raison de l'intention de la personne d'attribuer tout ou partie de ses fonds à la commission d'une infraction de terrorisme. Par conséquent la notion d'instrument permet d'étendre le champ des biens saisissables et confiscables à un patrimoine et aux biens le composant licites. En outre il convient de préciser qu'il n'est pas nécessaire que pour l'infraction de financement du terrorisme soit constituée, et *in fine* que les mesures de gel et de confiscation soient prises, que « *les fonds soient effectivement utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre l'une de ces infractions ou de contribuer à la commission d'une telle infraction, pas plus qu'il n'est nécessaire que l'auteur de l'infraction sache pour quelle infraction ou quelles infractions spécifiques les fonds seront utilisés* »⁶⁸⁰. L'infraction est consommée à partir du moment où la personne attribue tout ou partie de son patrimoine en vue ou dans l'espérance que des activités terroristes et ce, quelles qu'elles soient, soient commises. Doit être également envisager le cas particulier de l'incrimination de participation à une organisation criminelle, qui permet de pouvoir cibler les décideurs des organisations criminelles, qui font rarement l'objet d'enquêtes et de poursuites, et de procéder à la confiscation de tout ou partie de leur patrimoine⁶⁸¹. L'incrimination de criminalité organisée est l'une des plus complexes à définir, mais elle peut se comprendre en droit européen comme « *le fait pour toute personne de participer activement, d'une manière intentionnelle et en ayant connaissance soit du but et de l'activité générale de l'organisation criminelle, soit de son intention de commettre les infractions en cause, à ses activités criminelles, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, en recrutant de nouveaux membres, ainsi que par toute forme de financement de ses activités, en sachant que cette participation contribuera à la réalisation des activités criminelles de cette organisation* »⁶⁸² ou encore « *le fait pour toute personne de conclure avec une ou plusieurs personnes un accord visant à exercer une activité qui, si elle aboutit, reviendrait à commettre les infractions* [dans le cadre

⁶⁷⁹ Art. 11, Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil [JOUE L 88, 31.3.2017, p. 6–21].

⁶⁸⁰ Art. 11.2, directive (UE) 2017/541, *ibid.*

⁶⁸¹ COM(2008) 766 final, *op. cit.*

⁶⁸² Art. 2, a), décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée [JOUE L 300, 11.11.2008, p. 42–45].

d'une organisation criminelle⁶⁸³ ou d'association structurée⁶⁸⁴], même lorsque cette personne ne participe pas à l'exécution proprement dite de l'activité »⁶⁸⁵. L'incrimination de participation à une organisation criminelle permet également de cibler le patrimoine des délinquants et ce, quel que soit son origine, même licite, ayant fourni des informations ou des moyens matériels, en recrutant de nouveaux membres ou toute forme de financement de ses activités, en sachant que cette participation contribuera à la réalisation des activités criminelles de cette organisation. Là encore les mesures de gel et de confiscation porteront sur l'instrument de l'infraction c'est-à-dire tout ou partie du patrimoine appartenant au délinquant affecté à la commission d'activités criminelles, peu importe ladite activité. Cette mesure permet entre autres de cibler les décideurs de l'organisation criminelle. Les incriminations de financement de terrorisme et de participation à une organisation criminelle amènent enfin à préciser le terme de complicité. « Or les cas de participation à un groupement criminel ou à une bande organisée [ainsi que de financement de terrorisme], il arrive qu'une personne décide d'apporter à un agent une aide en vue de faciliter la réalisation d'une infraction déterminée »⁶⁸⁶. Le complice ne prend pas part de façon directe à l'exécution des éléments constitutifs de l'infraction, il ne participe que de manière incidente voire accessoire à la commission des faits. Cependant la sanction qui leur est imputée est égale à celle applicable à l'auteur de l'infraction si trois conditions sont réunies. « Pour que la complicité soit punissable ; il faut qu'existent : un fait principal punissable ; un acte matériel défini par la loi ; une intention »⁶⁸⁷. L'acte de complicité emprunte sa criminalité à l'acte de l'auteur principale, ce qui signifie que « l'on ne saurait réprimer une complicité apportée à l'accomplissement d'un acte qui n'est pas sanctionné par la loi pénale »⁶⁸⁸ et « si l'auteur principale du crime ou du délit envisagé n'a pas pour le moins franchi le seuil de commencement d'exécution qui caractérise la tentative »⁶⁸⁹. En outre la complicité peut être caractériser par l'aide apportée aux actes préparatoires suivis d'un commencement d'exécution, constitutifs d'une tentative. L'acte matériel de complicité

⁶⁸³ S'entend par « organisation criminelle », « une association structurée, établie dans le temps, de plus de deux personnes agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel » (Art. 1, 1), décision-cadre 2008/841/JAI, *ibid.*)

⁶⁸⁴ S'entend par « association structurée », « une association qui ne s'est pas constituée au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée » (Art. 1, 2), décision-cadre 2008/841/JAI, *ibid.*)

⁶⁸⁵ Art. 2, b), décision-cadre 2008/841/JAI, *ibid.*

⁶⁸⁶ B. Boulloc et H. Matsopoulou, « Droit pénal général et procédure pénale », 19^{ème} éd., Sirey, coll. Manuel Intégral concours, 2014, p. 180.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 182.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ *Ibid.*

nécessite quant à lui un acte positif, et non pas une simple abstention ou une omission, et être antérieur à la commission de l'infraction – il peut s'agir d'une provocation assortie de don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir ; de la fourniture d'instructions ; d'aide ou d'assistance donnée au stade des actes préparatoires – ou concomitante à l'infraction – il peut s'agir d'une aide à la dissimulation des produits de l'infraction – ou encore de l'aide ou l'assistance apportée par l'intermédiaire d'un autre complice. Et l'ensemble de ces faits doivent avoir été réalisés avec la conscience que l'aide apportée à la commission de l'infraction perpétrée par l'auteur principal. La répression de la tentative. Pour conclure la définition de la notion d'instrument du crime vise les « *biens employés ou destinés à être employé, de quelque façon que ce soit, en tout ou en partie, pour commettre une ou des infractions pénales* »⁶⁹⁰. L'expression destinés à être employé renvoie aux notions de tentative, d'infraction manquée et l'infraction impossible punissables au même titre qu'une infraction constituée. « *Une infraction est souvent le résultat d'une série de réflexions, de résolutions et de préparations. Sans doute, en faut-il pas attendre que l'infraction soit consommée pour déclencher la répression, mais on doit se demander à partir de quel moment les pouvoirs publics sont autorisés à poursuivre l'auteur d'une infraction consommée et quelle peine ils peuvent* »⁶⁹¹. La tentative se caractérise dans un premier temps par un commencement d'exécution, une absence de désistement volontaire et une intention coupable. Le point le plus délicat s'agissant de la tentative demeure la définition du commencement d'exécution. En la matière la simple intention ne suffit pas, de même que les manifestations verbales ou écrites par lesquelles la personne extériorise son intention de commettre une infraction. Demeure la question du passage des actes préparatoires – qui sont nécessairement des actes équivoques et constitutifs de ce fait d'une tentative – au commencement d'exécution. Sur ce point deux théories s'opposent. Une théorie objective qui s'attache uniquement aux actes commis, « *seuls constituent un commencement d'exécution les actes qui font partie soit des éléments constitutifs de l'infraction, tels qu'ils sont définis par la loi, soit des circonstances qui peuvent en renforcer la répression* »⁶⁹², les autres actes doivent être considérés comme des actes préparatoires. Et une théorie subjective qui s'attache à l'intention de l'auteur, « *il y a commencement d'exécution, dès qu'on se trouve en présence d'un acte positif, extérieur, non équivoque, qui, quoique ne constituant pas l'élément matériel de l'infraction, est assez proche moralement de celle-ci, pour que l'on puisse considérer comme infiniment probable le fait que l'agent serait allé jusqu'au bout de son dessein si rien ne l'avait*

⁶⁹⁰ Art. 2.3, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁶⁹¹ B. Bouloc et H. Matsopoulou, « *Droit pénal général et procédure pénale* », *op. cit.*, p. 99-100.

⁶⁹² *Ibid.*, p. 101.

empêché »⁶⁹³. La jurisprudence est hésitante entre les deux théories et ce, en raison de « *l'ambiguïté de certains actes, de certaines attitudes, de certaines démarches* »⁶⁹⁴. Enfin, sont aussi punissables l'infraction manquée – l'action n'a pas été suspendue, elle s'est développée en totalité, mais l'acte ou les actes volontairement accomplis n'ont pas procuré le résultat recherché – et l'infraction impossible – elle est irréalisable, soit par un manque d'objet, soit à raison de l'inadéquation des moyens employés. Dans ces trois cas, la peine encourue est identique à celle qui aurait été encourue si l'infraction avait été consommée.

⁶⁹³ *Ibid.*

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 102.

§2. *L'inégal accès des bureaux de recouvrement des avoirs aux informations demandées*

136. L'inégal accès des BRA aux informations demandées, une entrave à l'exercice de leur mission. Selon les termes de la décision 2007/845/JAI, les BRA ont une mission principale : celle de faciliter l'échange d'informations sur les questions relatives à l'identification et aux dépistages des produits du crime. En ce sens, les BRA constituent une innovation majeure, puisque pour la première fois il est demandé aux États de mettre en place un organe ou de désigner un service spécifiquement chargé de recouvrer les produits du crime. Ils ne sont pas à proprement parler des organes ou des services chargés d'identifier et de dépister les produits du crime et ce, pour une raison principale : les BRA européens sont très hétérogènes⁶⁹⁵. Cette hétérogénéité est un point sensible, puisqu'elle peut constituer un obstacle à l'échange d'informations.

⁶⁹⁵ Les BRA suivants ont été désignés en application de l'article 8, paragraphe 1, de la décision 2007/845/JAI : l'Autriche a désigné l'office fédéral de la police judiciaire (Bundeskriminalamt – Referat «Vermögensabschöpfung») ; la Belgique a désigné l'Organe central pour la saisie et la confiscation (Central Office for Seizure and Confiscation – COSC), institué par la loi du 26 mars 2003 ; la Bulgarie a désigné deux BRA : la commission pour la détermination des biens provenant d'activités criminelles (CEPACA qui a ultérieurement changé de dénomination pour devenir CEPAlA) et le bureau du procureur général ; Chypre a désigné la cellule de lutte contre le blanchiment de capitaux (MOKAS-FIU Cyprus) ; la République tchèque a désigné la cellule de lutte contre la corruption et la délinquance financière (UOKFK) du service de coopération internationale, et a édicté la loi n° 273/2008 ; le Danemark a désigné le procureur général chargé de poursuivre les formes graves de délinquance économique (Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet) ; l'Estonie a désigné la Division V du service d'enquête de la direction centrale de la police judiciaire ; la Finlande a désigné le bureau national d'enquête de la division des renseignements en matière criminelle/centre de transmissions ; la France a désigné la Plateforme d'identification des avoirs criminels (PIAC) et a désigné en 2010 un autre BRA : l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) ; l'Allemagne a désigné deux BRA : l'office fédéral de la police judiciaire (Bundeskriminalamt Referat SO 35 «Vermögensabschöpfung») et le ministère de la justice (Bundesamt für Justiz) ; la Grèce a désigné la cellule de lutte contre la délinquance économique et financière au sein du ministère des finances, conformément à la loi n° 3842/2010 ; la Hongrie a désigné le Bureau national d'enquêtes (Nemzeti Nyomozó Iroda) ; l'Irlande a désigné le Bureau des avoirs d'origine criminelle, institué par la loi de 2005 portant création du Bureau des avoirs d'origine criminelle (Criminal Assets Bureau Act of 2005) ; la Lettonie a désigné le service «Police économique» de la direction centrale de la police judiciaire de la police d'État ; la Lituanie a désigné deux BRA : la police judiciaire (Lietuvos kriminalines policijos biuras) et le bureau du procureur général (Lietuvos Respublikos generaline prokuratūra) ; le Luxembourg a désigné le Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, Section éco-fin ; les Pays-Bas ont désigné le Bureau de confiscation des avoirs d'origine criminelle, relevant du ministère public (Bureau Onnemingswetgeving Openbaar Ministerie – BOOM) ; la Pologne a désigné la cellule de recouvrement des avoirs, Bureau des affaires criminelles, état-major de la police ; la Slovaquie a désigné la cellule du renseignement financier du bureau de lutte contre la criminalité organisée du présidium des forces de police ; l'Espagne a désigné deux BRA : le centre du renseignement contre la criminalité organisée (CICO) et le parquet spécial de lutte contre le trafic de stupéfiants (Fiscalia Especial Antidrogas), rattachés au ministère de la justice ; la Suède a désigné deux BRA : le service national de police du renseignement en matière criminelle et le bureau national de la délinquance économique (Ekobrottsmyndigheten) ; le Royaume-Uni a désigné deux BRA : l'agence de lutte contre la grande criminalité organisée (Serious Organised Crime Agency – SOCA) pour l'Angleterre, le Pays de Galles et l'Irlande du Nord et l'agence écossaise de lutte contre la criminalité et le trafic de stupéfiants (Scottish Crime and Drug Enforcement Agency – SCDEA) pour l'Écosse ; Malte a fait savoir que la brigade financière nationale serait désignée comme BRA national ; le Portugal a signalé qu'un groupe nommé sous l'autorité du ministre de la justice avait été chargé de créer la structure du futur BRA ; la Roumanie a précisé qu'un BRA serait institué sous la responsabilité du ministère de la justice ; la Slovénie a signalé qu'elle envisageait d'instituer un BRA placé sous la responsabilité du ministère public ; l'Italie a indiqué qu'elle envisageait d'établir un BRA placé sous la responsabilité du ministère de l'intérieur (Rapport de la

137. Le caractère sensible des données échangées au stade de l'identification et du dépistage des biens en rapport avec le crime. Les données visées sont essentiellement des données à caractère patrimonial de la personne suspectée⁶⁹⁶. Les services répressifs compétents ont pour la majorité d'entre eux un accès direct aux « *fichiers criminels* »⁶⁹⁷. Cependant, il convient de noter qu'ils n'ont en réalité qu'une utilité minimale en matière de dépistage et d'identification des biens en rapport avec le crime. Les données indispensables sont en l'espèce les données financières et patrimoniales. En effet, comme le souligne la communication de la Commission européenne de 2008 - « *Garantir que le crime ne paie pas* » -, « *les BRA devraient pouvoir accéder à toutes les bases de données pertinentes, y compris celles contenant l'information financière (idéalement, les registres administrés par les banques centrales au niveau national)* ». L'accès aux données financières demeure le cœur du dispositif de traçage des biens en rapport avec le crime. C'est la raison pour laquelle un certain nombre d'études mettent en avant l'importance pour les autorités répressives compétences, ainsi que pour les BRA d'accéder à aux bases de données détenues par les banques, institutions financières, dont

Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 8 de la décision 2007/845/JAI du Conseil du 6 décembre 2007 relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime, 12 avril 2011, COM(2011) 176 final).

⁶⁹⁶ Plusieurs documents soulignent l'importance d'accéder à ces sources d'information. Peuvent être cités le Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime de l'ONU/DC qui cite les documents et les données comptables, les informations provenant de sources librement accessibles, les informations provenant de sources gouvernementales, les informations fiscales, les informations sur les voyages, les registres publics sur les biens, les archives judiciaires, les entreprises de service public, internet, les informations provenant de sources gouvernementales spécialisées telles que les cellules de renseignement financier, les informations des gouvernements relatives à la sécurité nationale et au financement présumé du terrorisme ; le Manuel de recouvrement des Biens Mal Acquis du programme StAR souligne le besoin d'accéder aux informations financières qui peuvent provenir de sources diverses, telles qu'internet, agences gouvernementales, institutions financières dont les e-banques, les fournisseurs de services financiers, les sociétés de conseil juridique et comptable, les trusts et fournisseurs de service aux sociétés et fiducies, d'agents immobiliers, de marchands d'art, de sociétés concurrentes, de voyagistes et autres programmes de fidélité, entreprises, proches, employés et associés des suspects, et les informations provenant de sources publiques et d'agences gouvernementales, comme les cellules de renseignements financiers, les autorités migratoires et frontalières, les douanes, les autorités fiscales, les agences d'audit, les commissions ou bureaux d'éthique ou de déontologie, les registres de propriétés foncières et des immatriculations, les registres de sociétés et commissions d'autorisation, l'état civil, les archives judiciaires et les données concernant l'accès aux services publics ; le rapport « *Assessing the effectiveness of EU Member State practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* » quant à lui souligne que les obstacles à la détection et à l'identification peut relever dans les États membres de l'absence de registre national des comptes bancaires, mais également la possibilité d'accéder rapidement aux registres fiscaux, fonciers, des immatriculations ou encore de l'état civil.

⁶⁹⁷ L'expression « *fichiers criminels* » peut se définir comme l'ensemble des « *fichiers automatisés créés aux fins de faciliter la recherche des infractions et de leurs auteurs* [...] ». Ce sont des outils d'investigation au service des enquêtes pénales jouant le rôle d'une mémoire » [PRADEL J., « *Procédure pénale* », 17e éd., coll. Référence, Cujas, Paris, 2013, p. 395, § 449]. Parmi les principaux fichiers français peuvent être cités, par exemple : le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) ; le fichier automatisé des empreintes digitales (FAED) ; le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles et violentes (FIJAIS) ou encore les fichiers automatisés de la police nationale et de la gendarmerie nationale ou le système de traitement des infractions constatées (STIC).

les e-banques ou encore les fournisseurs de services financiers. Pour autant, ces données ne permettent à elles seules de pouvoir identifier et dépister de façon efficiente les biens en rapport avec le crime. En effet, les services répressifs compétents doivent pouvoir accéder à d'autres bases de données, dont celles provenant des professions juridiques. Peuvent être à cet égard cités les sociétés de conseil juridique et comptable, les trusts et fournisseurs de service aux sociétés et fiducies ou encore les notaires et avocats. Les bases de données provenant des professions liées à la vente, à savoir les agents immobiliers, les marchands d'art, de même que les voyagistes. Mais également, toutes données provenant de source gouvernementale, c'est-à-dire les informations provenant de sources publiques et d'agences gouvernementales, comme les cellules de renseignement financier, les autorités migratoires et frontalières, les douanes, les autorités fiscales, les agences d'audit, les commissions ou bureaux d'éthique ou de déontologie, les registres de propriétés foncières et des immatriculations, les registres de sociétés et commissions d'autorisation, l'état civil, les archives judiciaires ou encore les données concernant l'accès aux services publics⁶⁹⁸.

138. L'inégal accès des BRA aux bases de données nécessaires à l'exercice de leur mission. Cependant, le rapport relatif à la mise en œuvre de la décision 2007/845/JAI relève que « *la plupart de ces bureaux n'ont pas accès (directement ou indirectement) à toutes les bases de données utiles qui leur permettraient de remplir leur fonction plus efficacement* »⁶⁹⁹. De grandes disparités existent entre les États membres de l'UE. En effet, tous les BRA n'ont pas un accès identique aux bases de données. De même, tous les États membres ne disposent pas de registres identiques. Ainsi, le rapport mentionne que si tous les BRA ont accès aux registres du commerce⁷⁰⁰. Tous n'ont pas accès à un registre foncier centralisé ou à un registre national des comptes bancaires⁷⁰¹ car, tous les États membres n'en disposent pas⁷⁰². De plus, le rapport souligne que l'accès aux informations financières est « *la difficulté la plus importante* »⁷⁰³ à laquelle les BRA sont confrontés, alors même qu'actuellement l'accès à ces informations financières et patrimoniales constitue le cœur de la procédure de dépistage et d'identification des produits du crime, puisque les marchés financiers et instruments financiers offrent aux

⁶⁹⁸ Éléments extraits du Manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis, rédigé par Brun J-P., GRAY L., SCOTT C. et STEPHENSON K. M., Programme StAR et du Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation des produits du crime, ONUDC, mai 2013.

⁶⁹⁹ Rapport COM (2011) 176 final, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ Le rapport COM (2011) 176 final soulignait que seul un BRA, en 2011, pouvait accéder à un registre national des comptes bancaires, et seulement cinq États membres possédaient un tel registre.

⁷⁰² Rapport COM (2011) 176 final, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁰³ *Ibid.*

délinquants des perspectives importantes de blanchiment de capitaux, d'une part, et de dissipation des biens en rapport avec le crime, d'autre part⁷⁰⁴. Ce constat est d'autant plus préoccupant qu'il impacte directement la mission centrale des BRA : accéder et échanger rapidement des informations pertinentes dans le processus de recherche des produits du crime. Il convient en effet de rappeler que les délais posés dans la décision-cadre 2006/960/JAI dépendent étroitement des facilités d'accès des BRA ou des autorités répressives compétentes aux informations. La décision-cadre 2006/960/JAI impose aux services répressifs compétents de répondre aux demandes d'échange d'informations, soit dans les huit heures suivant la demande, soit entre une semaine à quatorze jours suivant la demande. Il est intéressant de noter que le délai varie en fonction d'un critère, celui de l'urgence. L'urgence est établie sur la base de deux critères : l'infraction, d'une part, et la possibilité d'accéder directement aux informations demandées, d'autre part. En effet, si l'infraction visée dans la demande est l'une des trente-deux infractions inscrites dans la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen⁷⁰⁵ et si les services répressifs compétents requis ont un accès direct aux informations demandées, le délai pour transmettre l'information est de huit heures⁷⁰⁶. Cependant, si les conditions énoncées ne sont pas réunies ou si la demande impose une charge disproportionnée au service requis, celui-ci peut reporter la transmission des informations, qui devra intervenir au plus tard dans un délai de trois jours⁷⁰⁷. Dans les autres cas, la réponse peut intervenir dans le délai d'une semaine à quatorze jours. Plus précisément, si les services répressifs compétents requis ont un accès direct à l'information, le délai est d'une semaine⁷⁰⁸. En revanche, si ces mêmes services ne disposent pas d'un accès direct aux informations, le délai est de quatorze jours⁷⁰⁹ afin qu'ils puissent recourir aux services compétents pour fournir ces informations. Il est important ici de souligner un élément : l'absence de disposition en cas d'impossibilité pour les services répressifs compétents de répondre dans les délais impartis. Certes, les services répressifs compétents devront préciser les raisons de cet empêchement, « *mais la décision-cadre ne détermine pas ce qui arrive ensuite et ne fixe en particulier pas de nouveau délai* »⁷¹⁰,

⁷⁰⁴ V. sur le rôle de la mondialisation sur l'économie criminelle : GAYRAUD J-F., « *Dans les eaux glacées du crime organisé* », Etudes 10/2013 (Tomes 419), p. 295-306 ; ROUDAUT M-R., « *Marchés criminels. Acteur global* », coll. Questions judiciaires, Puf, Paris, 2010 ; DASQUE J-M., « *Géopolitique du crime international* », Ellipses, Paris, 2008.

⁷⁰⁵ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre [JOUE L 190, 18.7.2002, p. 1–20], art. 2.2.

⁷⁰⁶ Décision-cadre 2006/960/JAI, *op. cit.*, art. 4.1.

⁷⁰⁷ FLORE D., *op. cit.*, p. 449, § 835.

⁷⁰⁸ Décision-cadre 2006/960/JAI, *op. cit.*, art. 4.3.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, art. 3.4.

⁷¹⁰ FLORE D., *op. cit.*, p. 449, § 835.

contrairement aux demandes dites urgentes. Par conséquent, plus les États membres élargiront les possibilités d'accès direct à certains registres aux services répressifs compétents, et en l'espèce aux BRA, plus l'exigence de rapidité prévue dans la décision 2007/845/JAI sera respectée⁷¹¹.

⁷¹¹ V. décision 2007/845/JAI, *op. cit.*, cons. 4.

SECTION 2.

LE PRINCIPE DE FINALITÉ DÉTERMINÉE

139. Le principe de finalité déterminée, un élément du respect au droit pour chaque personne à la protection des données à caractère personnel la concernant. Il est indispensable de rappeler que l'octroi à un accès direct aux informations financières et patrimoniales porte atteinte au droit pour chaque personne à la protection des données à caractère personnel la concernant. Tant la décision 2007/845/JAI que la décision-cadre 2006/960/JAI rappellent de façon générale qu'il revient à chaque État membre de veiller à ce que les règles établies en matière de protection des données soient appliquées dans le cadre de la procédure d'échange d'informations⁷¹², et de ne pas appliquer aux données provenant d'un autre État membre un traitement moins protecteur que celui qui est mis en œuvre dans le droit interne⁷¹³. Cependant, la protection des données échangées dans le cadre des textes susmentionnés semble également se matérialiser à travers l'application du concept de « *finalité déterminée* ». Cela signifie concrètement que les informations échangées sur le fondement juridique de la décision 2007/845/JAI et de la décision-cadre 2006/960/JAI ne pourront être utilisées par les services répressifs compétents qu'à des fins d'informations. Cela signifie *a contrario* que ces informations ne pourront pas être utilisées à des fins probatoires. En effet, il convient à cet égard de rappeler que l'utilisation des systèmes européens d'échange d'informations est strictement délimitée par leur finalité⁷¹⁴. Comme le souligne la

⁷¹² *Ibid.*, art. 5.1 et décision-cadre 2006/960/JAI, *op. cit.*, art. 8.1. Une précision doit être apportée à cet égard, puisque la réglementation européenne relative à la protection des données à caractère personnel a fait l'objet récemment d'une refonte. Ainsi, 3 nouveaux textes ont été adoptés : Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE [*JOUE* L 119, 4.5.2016, p. 1-88]; Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquête et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil [*JOUE* L 119, 4.5.2016, p. 89-131]; Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière [*JOUE* L 119, 4.5.2016, p. 132-149]. En outre, il convient de souligner que la décision 2007/845/JAI fait également explicitement référence à la réglementation issue du Conseil de l'Europe, puisqu'elle précise que « *les données à caractère personnel traitées dans le cadre de l'application de la présente décision sont protégées conformément à la convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel et, pour les États membres qui l'ont ratifiée, conformément à son protocole additionnel du 8 novembre 2001 concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données. Les principes énoncés dans la recommandation R(87) 15 du Conseil de l'Europe visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police devraient également être pris en compte lors du traitement par les services répressifs de données à caractère personnel obtenues au titre de la présente décision* » [Décision 2007/845/JAI, *op.cit.*, art. 5.2].

⁷¹³ *Ibid.*, art. 5.2.

⁷¹⁴ Pour exemple V. les communications suivantes : COM (2010) 385 final, *op. cit.*, p. 26 et COM (2012) 735 final, *op. cit.*, p. 7. Ainsi, la communication COM (2010) 385 final souligne que « *la plupart des instruments [...]*

communication de la Commission – « *Présentation générale de la gestion de l'information dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice* » - « *un système d'information unique et global au niveau de l'UE, aux objectifs multiples, permettrait d'atteindre le degré le plus élevé d'échange d'informations. La création d'un tel système serait toutefois synonyme de restriction illégitime et abusive des droits des personnes à la protection des données et au respect de la vie privée et engendrerait de très grandes difficultés concernant sa mise au point et son fonctionnement* »⁷¹⁵. À l'opposé, l'UE a privilégié une approche sectorielle. Cela a « *donné naissance à plusieurs instruments et systèmes d'information dont la taille, la portée et la finalité sont variables* »⁷¹⁶. Pour la Commission, « *la structure compartimentée de la gestion de l'information [...] est plus propice à garantir le respect du droit à la vie privée que tout autre système centralisé* »⁷¹⁷. La décision-cadre 2006/960/JAI mentionne explicitement que la finalité des échanges est de nature policière⁷¹⁸, et non de nature judiciaire. Toutefois, elle apporte un tempérament à cette exigence. Elle précise que les services répressifs compétents peuvent déroger à cette finalité si, et seulement si, le service répressif compétent obtient l'accord de l'État membre qui a communiqué les informations concernées⁷¹⁹. Par ailleurs, il est également intéressant de relever que le formulaire dit de « *l'initiative suédoise* » contient une case réservée à la finalité de l'information transmise. Cette limitation sous-entend également l'obligation pour les services répressifs compétents de recourir, soit à la décision-cadre 2003/577/JAI - l'application du principe de reconnaissance aux décisions de gel -, soit la directive 2014/41/UE - concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale -, soit à

poursuivent chacun un objectif spécifique: EURODAC vise à améliorer le fonctionnement du système de Dublin; le système API, à améliorer les contrôles aux frontières; l'initiative suédoise, à renforcer les enquêtes pénales et les opérations de renseignement; la convention Naples II, à contribuer à la prévention et à la détection de la fraude douanière, ainsi qu'aux poursuites et à la répression en la matière; le SID, à contribuer à la prévention des infractions graves aux lois nationales, ainsi qu'aux enquêtes et aux poursuites en la matière, en renforçant l'efficacité de la coopération entre les administrations douanières nationales; l'ECRIS, les CRF et les BRA, à rationaliser le partage transfrontalier de données dans des domaines particuliers; et la décision de Prüm, la directive sur la conservation des données, le TFTP et le système PNR, à lutter contre le terrorisme et les formes graves de criminalité ». Il existe cependant deux exceptions à cet état de fait : le système d'informations Schengen (SIS II) et le système d'informations visas SIV. En effet, « *l'objectif initial du VIS était de faciliter les échanges transfrontaliers de données sur les visas, mais il a ensuite été étendu à la prévention du terrorisme et des formes graves de criminalité et à la lutte contre ces phénomènes* ». « *Le SIS et le SIS II [quant à eux] visent à assurer un niveau élevé de sécurité dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice, ainsi qu'à faciliter la circulation des personnes au moyen des informations qu'ils permettent de transmettre* ». Mais, à l'exception de ces deux systèmes d'information européens, l'échange d'informations est régi par le principe de finalité, seul à même de garantir la protection des données à caractère personnel. Par ailleurs, le règlement Europol rappelle que « *la limitation de la finalité est un principe fondamental du traitement des données à caractère personnel : elle contribue notamment à la transparence, à la sécurité juridique et à la prévisibilité* ».

⁷¹⁵ Communication COM (2010) 385 final, *op. cit.*, p. 4.

⁷¹⁶ *Ibid.*

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ Décision-cadre 2006/960/JAI, *op. cit.*, art. 1.4.

⁷¹⁹ *Ibid.*

un accord bilatéral avec l'État requis, pour pouvoir utiliser ces informations dans le cadre d'une procédure judiciaire. Par conséquent, la décision 2007/845/JAI à travers la lecture du concept de finalité limitée est un instrument juridique restreint dans son application, ainsi que dans ces conditions d'application, imposant de recourir à des instruments de coopération judiciaire aux fins d'utilisation des données échangées à des fins probatoires (§1), ainsi qu'à des réseaux informels de communication (§2).

§1. *Le recours à des instruments de coopération judiciaire aux fins d'utilisation des données échangées à des fins probatoires*

140. Pour les informations obtenues dans le cadre de l'application de la décision 2007/845/JAI aient une quelconque valeur probatoire dans une procédure criminelle ou autres que pénales, elles doivent être obtenues aux moyens d'instruments dits de coopération judiciaire, nécessitant la supervision d'une autorité judiciaire compétente, tels que la directive 2014/41/UE⁷²⁰ (A) et les équipes communes d'enquête (ECE) (B).

A. La décision d'enquête européenne en matière pénale

141. Un dispositif d'échange d'informations fondé sur une demande de mise en œuvre de techniques d'investigation. Dépister et identifier les produits du crime supposent de rapporter les éléments de preuve tendant à établir un lien avec l'infraction poursuivie ou les activités criminelles de la personne poursuivie. Cela impose également de recourir à un certain nombre de techniques d'investigation, telles que la surveillance physique, les fouilles, la surveillance postale, les auditions, les mesures de surveillance bancaire, les mandats de perquisition et de saisie, les injonctions de divulguer ou de communiquer, la surveillance électronique ou encore les opérations d'infiltration. Appliqués à la criminalité transnationale, se pose alors la question de l'application de ces techniques d'investigation sur le territoire national d'un autre État membre.

Traditionnellement le droit applicable en matière de coopération demeure celui de l'État membre sur lequel les mesures d'investigation sont réalisées. À cet égard, « *il est impératif que les praticiens déterminent quelles techniques sont autorisées par la loi et s'assurent que toutes*

⁷²⁰ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale [JOUE L 130, 1.5.2014, p. 1-36].

les obligations légales, protocoles et procédures sont respectés »⁷²¹. Mais les techniques envisagées doivent également respecter la réglementation de l'État membre d'émission, puisque « *le fait de s'éloigner des obligations légales, protocoles et procédures, ou de violer les droits de la défense, peut se révéler catastrophique pour un dossier : cela peut conduire à l'invalidation ou l'inadmissibilité des preuves découvertes au moyen de telles techniques – et potentiellement de l'ensemble de l'enquête* »⁷²². Il y a donc une double exigence. Pour la pallier le droit européen a adopté un texte tendant à faciliter l'exécution de telles mesures d'investigation sur le territoire d'un autre État membre : la directive 2014/41/UE concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Ce texte permet de « *faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre dans le but d'obtenir des éléments de preuve* »⁷²³. L'objectif est de permettre le transfert « *sans retard indu* » des éléments de preuve obtenus ou déjà en possession de l'État d'exécution à l'État d'émission. La décision d'enquête européenne permet non seulement de faire exécuter sur le territoire d'un autre État membre une mesure d'enquête⁷²⁴, mais elle offre également la possibilité de requérir toutes preuves qui se trouvent déjà en possession de cet autre État membre⁷²⁵. La décision

⁷²¹ D. FLORE, *op. cit.*, p. 557, § 976.

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ Art. 1.1., directive 2014/41/UE, *op. cit.*

⁷²⁴ Art. 13, directive 2014/41/UE, *op. cit.* Il convient ici d'apporter une précision quant à cette possibilité d'obtenir des preuves en possession ou non de l'État membre d'émission. Le 18 décembre 2008 a été adoptée la décision-cadre 2008/978/JAI, remplacée par la directive 2014/41/UE, relative au mandat d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales [JOUE L 350, 30.12.2008, p. 72-92]. Cet instrument possédait un inconvénient : le mandat européen d'obtention de preuve ne pouvait porter que sur des objets, documents et données en possession de l'État d'émission.

⁷²⁵ Il est impératif de souligner que contrairement à la décision-cadre 2008/978/JAI, la directive 2014/41/UE, restreignait les mesures d'investigation susceptibles d'être menées sur le territoire de l'État membre d'exécution. Elle excluait, ainsi, la possibilité « *de mener des interrogatoires, de prendre des dépositions ou de procéder à d'autres types d'auditions de suspects, de témoins, d'experts ou de toute autre personne ; de procéder à un examen ou de prélever du matériel biologique ou des données biométriques directement sur le corps d'une personne, y compris des échantillons d'ADN ou des empreintes digitales ; de recueillir des informations en temps réel en faisant, par exemple, intercepter les communications, de procéder à une surveillance discrète ou de surveiller les comptes bancaires ; d'analyser des objets, des documents ou des données existants ; et d'obtenir des données de communication conservées par les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou un réseau de communication public* » [D. Flore, *op. cit.*, p. 555, § 973]. Toutefois, une atténuation était portée à ces interdictions. En effet, la décision-cadre prévoit que, « *si le mandat européen d'obtention de preuves ne peut être émis pour réaliser l'une des mesures énumérées, il peut par contre l'être pour obtenir des objets, documents ou données qui résulteraient de telles mesures, si celles-ci avaient déjà en possession ces objets, documents ou données* » [D. Flore, *op. cit.*, p. 555, § 974. V. à cet égard la décision-cadre 2008/978/JAI, *op. cit.*, art. 4.4]. Pour autant, et comme le souligne D. Flore, cette disposition peut générer une « *situation paradoxale* », puisque « *il pourrait pousser l'autorité judiciaire qui a besoin de ces éléments à demander informellement à l'autorité judiciaire de l'État qui est en mesure de prendre la mesure d'enquête de bien vouloir y procéder dans le cadre de sa procédure nationale* » [D. Flore, *op. cit.*, p. 555, § 974]. De plus, une seconde atténuation a été apportée à l'interdiction de prendre des dépositions. Ainsi, peuvent être interrogées toutes personnes se trouvant présentes au cours de l'exécution du mandat européen d'obtention de preuves et ayant un lien avec l'objet du mandat [Art. 4.6, décision-cadre 2008/978/JAI, *op. cit.*]. Ce qui signifie en revanche que les autorités de l'État d'exécution recourent, et ce, en toute logique, aux mesures de perquisition et de saisie.

d'enquête européenne « est une décision judiciaire qui a été émise ou validée par une autorité judiciaire »⁷²⁶, c'est-à-dire « un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur compétent(e) dans l'affaire concernée ou toute autre autorité compétente définie par l'État d'émission qui, dans le cas d'espèce, agit en qualité d'autorité chargée des enquêtes dans le cadre de procédures pénales, compétente pour ordonner l'obtention de preuves conformément au droit national⁷²⁷ »⁷²⁸. Elle est donc soumise à un contrôle judiciaire. Elle peut être émise aux fins des procédures pénales qui sont engagées par une autorité judiciaire, ou à engager devant celle-ci, concernant une infraction pénale conformément au droit de l'État d'émission ; dans des procédures engagées par des autorités administratives relatives à des faits qui sont punissables selon le droit, et lorsque la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente, notamment en matière pénale ; dans des procédures engagées par des autorités judiciaires pour des faits qui sont punissables selon le droit de l'État d'émission au titre d'infractions aux règles de droit, et lorsque la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente, notamment en matière pénale et en lien avec les procédures visées portant sur des faits ou des infractions pouvant engager la responsabilité d'une personne morale ou entraîner une peine à son encontre dans l'État d'émission. Enfin et ce, contrairement à la décision-cadre 2008/978/JAI qui restreignait les mesures d'investigation susceptibles d'être menées sur le territoire de l'État membre d'exécution⁷²⁹, la directive couvre toutes les mesures

⁷²⁶ Art. 1.1, directive 2014/41/UE, *op. cit.*

⁷²⁷ Avant d'être transmise à l'autorité d'exécution, la décision d'enquête européenne est validée, après examen de sa conformité aux conditions d'émission prévues par la présente directive, en particulier les conditions prévues à l'article 6, paragraphe 1, par un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur dans l'État d'émission. Lorsque la décision d'enquête européenne a été validée par une autorité judiciaire, cette dernière peut également être considérée comme une autorité d'émission aux fins de la transmission de la décision d'enquête européenne.

⁷²⁸ Art. 2, c), directive 2014/41/UE, *op. cit.*

⁷²⁹ Elle excluait, ainsi, la possibilité « de mener des interrogatoires, de prendre des dépositions ou de procéder à d'autres types d'auditions de suspects, de témoins, d'experts ou de toute autre personne ; de procéder à un examen ou de prélever du matériel biologique ou des données biométriques directement sur le corps d'une personne, y compris des échantillons d'ADN ou des empreintes digitales ; de recueillir des informations en temps réel en faisant, par exemple, intercepter les communications, de procéder à une surveillance discrète ou de surveiller les comptes bancaires ; d'analyser des objets, des documents ou des données existants ; et d'obtenir des données de communication conservées par les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou un réseau de communication public » [D. Flore, *op. cit.*, p. 555, § 973]. Toutefois, une atténuation était portée à ces interdictions. En effet, la décision-cadre prévoit que, « si le mandat européen d'obtention de preuves ne peut être émis pour réaliser l'une des mesures énumérées, il peut par contre l'être pour obtenir des objets, documents ou données qui résulteraient de telles mesures, si celles-ci avaient déjà en possession ces objets, documents ou données » [D. Flore, *op. cit.*, p. 555, § 974. V. à cet égard la décision-cadre 2008/978/JAI, *op. cit.*, art. 4.4]. Pour autant, et comme le souligne D. Flore, cette disposition peut générer une « situation paradoxale », puisque « il pourrait pousser l'autorité judiciaire qui a besoin de ces éléments à demander informellement à l'autorité judiciaire de l'État qui est en mesure de prendre la mesure d'enquête de bien vouloir y procéder dans le cadre de sa procédure nationale » [D. Flore, *op. cit.*, p. 555, § 974]. De plus, une seconde atténuation a été apportée à l'interdiction de prendre des dépositions. Ainsi, peuvent être interrogées toutes personnes se trouvant présentes au cours de l'exécution du mandat européen d'obtention de preuves et ayant un lien avec l'objet du mandat [Art. 4.6, décision-cadre 2008/978/JAI, *op. cit.*]. Ce qui signifie en revanche que les autorités de l'État d'exécution recourent, et ce, en toute logique, aux mesures de perquisition et de saisie.

d'investigation. Elle met davantage « *l'accent [...] sur la mesure à exécuter plutôt que sur l'élément de preuve à obtenir* »⁷³⁰, ce qui présente un important avantage dans le cadre des enquêtes aux fins d'identification des produits du crime. Seuls les actes pris dans le cadre des ECE et l'obtention des preuves recueillies dans le cadre des ECE sont exclus de son champ d'application de la directive⁷³¹. Elle pourrait ainsi être émise « *en vue d'obtenir des « renseignements » concernant un compte déterminé* » ; en vue de procéder à des perquisitions ; en vue de procéder à des auditions par téléconférence ou vidéoconférence ; en vue de procéder à des enquêtes discrètes ; ou encore de recourir à l'ensemble des techniques d'interception des télécommunications. Cette liste n'est pas exhaustive, ce qui laisse la possibilité aux enquêteurs de recourir à tout acte d'investigation susceptibles de participer au dépistage et à l'identification des produits du crime. Pour conclure, la décision d'enquête européenne tranche la délicate question du droit applicable. Elle précise que « *l'autorité d'exécution respecte les formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission, sauf si la présente directive en dispose autrement et sous réserve que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution* »⁷³². L'autorité d'exécution doit en principe respecter les formalités et procédures prévues par l'autorité d'émission, ce qui trouve une explication dans le fait que « *l'autorité d'émission est la mieux placée pour décider, en fonction de sa connaissance des éléments de l'enquête concernée, des mesures d'enquête auxquelles il y a lieu de recourir* »⁷³³. Cependant, la directive émet certains tempéraments à ce principe. Le premier tempérament apporté concerne le recours à la décision d'enquête européenne, puisqu'elle conditionne son utilisation à deux éléments : l'émission de la décision d'enquête européenne doit « *être nécessaire et proportionnée* » et les mesures d'enquête indiquées auraient pu être ordonnées dans les mêmes conditions dans le cadre d'une procédure nationale similaire⁷³⁴. La directive ensuite ne dépossède pas l'autorité compétente de l'État

⁷³⁰ D. FLORE, *op. cit.*, p. 557, § 976. V. également sur ce thème : D. Flore, « *Une décision d'enquête européenne en matière pénale* » in « *La preuve en droit pénal. Approche scientifique et juridique de quelques aspects actuels du droit national et européen de la preuve en matière pénale* », Actes du colloque de l'UBLDP du 27 septembre 2011, La Charte, p. 113.

⁷³¹ Les ECE sont exclues du champ d'application de la directive 2014/41/UE, car « *le cadre juridique existant est plus favorable à la collecte des preuves que les règles de la reconnaissance mutuelle, puisque les éléments de preuve s'échangent librement entre les membres de l'équipe* » [D. Flore, *op. cit.*, p. 558, § 976. V. également la directive 2014/41/UE, *op. cit.*, art. 3]. Sont applicables ici la décision-cadre 2002/465/JAI du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête [JOUE L 162, 20.6.2002, p. 1-3] et l'art. 13 de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE. Toutefois, il convient de noter que la directive couvre toutes les demandes d'entraide entre une ECE et un État membre n'ayant pas participé à sa création.

⁷³² Art. 9.2, directive 2014/41/UE, *op. cit.*

⁷³³ Cons. 10, *ibid.*

⁷³⁴ Art. 6.1, *ibid.* Ce critère peut rapprocher de la condition de « *double incrimination* » imposée dans le cadre des textes relatifs à l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires.

d'exécution de toutes marges de manœuvre, puisque « l'autorité d'exécution devrait, chaque fois que cela s'avère possible, recourir à un autre type de mesure d'enquête si la mesure indiquée n'existe pas dans son droit interne ou s'il n'était pas possible d'y recourir dans le cadre d'une procédure nationale similaire »⁷³⁵. L'autorité d'exécution demeure en mesure de refuser l'exécution d'une décision d'enquête européenne. Et au-delà de la liste exhaustive des motifs de non-exécution ou de non-reconnaissance d'une décision d'enquête européenne, une raison supplémentaire et moins avouable que les motifs de non-exécution ou de non-reconnaissance pourrait être avancée : le coût. En effet, la question financière ne constitue pas « un motif supplémentaire de refus, et ne devrait en aucun cas être utilisé de manière abusive pour retarder ou entraver l'exécution d'une décision d'enquête européenne »⁷³⁶. Mais si « l'autorité d'exécution estime que les coûts d'exécution de la décision d'enquête européenne peuvent être considérés comme étant exceptionnellement élevés⁷³⁷, elle peut consulter l'autorité d'émission sur le point de savoir si les coûts pourraient être partagés, et selon quelles modalités, ou si la décision d'enquête européenne pourrait être modifiée »⁷³⁸. « Dans des circonstances exceptionnelles, si aucun accord ne peut être dégagé [...], l'autorité d'émission peut décider de retirer la décision d'enquête européenne en tout ou en partie ou de maintenir la décision d'enquête européenne, et de supporter la part des coûts considérée comme étant exceptionnellement élevée »⁷³⁹. En d'autres termes, les questions budgétaires peuvent faire obstacle à la coopération.

B. Les équipes communes d'enquête

142. Le recours à des moyens d'investigation dits opérationnels. Un certain nombre d'opérations sur le territoire d'un autre État membre peuvent être menées de manière unilatérale ou de manière commune en coordination avec les services d'investigation relevant du territoire sur lequel se déroulent les opérations. Ces instruments semblent mettre en place un « *embryon de droit de l'intervention sur territoire étranger* »⁷⁴⁰ afin d'éviter que « *l'action policière ne soit contrecarrée par l'existence de frontières nationales, à l'intérieur de l'espace de justice*

⁷³⁵ Art. 10.1, *ibid.*

⁷³⁶ Cons. 23, *ibid.*

⁷³⁷ La directive 2014/41/UE expose que peuvent être considérés comme des coûts exceptionnellement élevés, à titre d'exemple : des avis complexes émis par des experts, de vastes opérations policières ou par des activités de surveillance menées durant une longue période [Cons. 23, *ibid.*].

⁷³⁸ Art. 21.2, *ibid.*

⁷³⁹ Art. 21.3, *ibid.*

⁷⁴⁰ D. Flore, *op. cit.*, p. 440, § 827.

européen »⁷⁴¹. Des mécanismes de coopération opérationnelle ont ainsi été adoptés dans le cadre de l'UE permettant aux services d'investigation d'intervenir sur un territoire étranger. Toutefois, et « *compte tenu du caractère dérogatoire de cette possibilité d'action en dehors du territoire national à l'égard du principe de territorialité du droit pénal* »⁷⁴², les pouvoirs d'intervention des agents étrangers, ainsi que les règles régissant leur action sont soumis à un double encadrement législatif : le droit européen et le droit national de l'État membre sur le territoire duquel se déroulent les interventions.

143. Les équipes communes d'enquête, un instrument d'investigation commun. Parmi les instruments les plus importants dans les enquêtes aux fins d'identification des produits du crime, les ECE doivent avoir une place particulière. Parallèlement aux moyens unilatéraux d'action, l'UE a développé des moyens d'action communs impliquant la participation d'agents provenant d'au moins deux États membres, tel que les opérations conjointes⁷⁴³ et les ECE⁷⁴⁴. Les ECE peuvent être mises en place lorsqu'une procédure d'enquête menée par un État membre intéresse également d'autres États membres. Les faits à l'origine des investigations peuvent nécessiter le recours à une action coordonnée et concertée entre plusieurs États membres. La mondialisation de la criminalité organisée a pour conséquence de rendre plusieurs États membres compétents à connaître d'une même infraction. Face à ce constat, il apparaît primordial que les États, et principalement dans un espace tel que l'UE, mutualisent leurs moyens d'investigation dans la perspective de garantir une répression plus efficace des infractions transfrontalières. Par ailleurs, la mutualisation des moyens d'investigation est mentionnée au sein même de la décision 2002/465/JAI, qui rappelle que les ECE peuvent être créées pour détecter des infractions, concernant d'autres États membres, lorsque « *il y a lieu d'effectuer des enquêtes difficiles et impliquant la mobilisation d'importants moyens* »⁷⁴⁵. La mutualisation des compétences et des moyens prend ici une nouvelle dimension, puisqu'elle devient un instrument juridique à disposition des services d'investigation. Et au-delà de la

⁷⁴¹ *Ibid.*

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ Les opérations conjointes ont pour objectif le maintien de l'ordre et la sécurité publics, ainsi que la prévention des infractions pénales, ce qui concrètement signifie qu'elles relèvent de la police administrative. Or, dépister et identifier les produits illicites relèvent de la compétence de la police judiciaire, en ce qu'ils impliquent la commission d'une infraction. Par conséquent, les opérations conjointes peuvent être dès à présent écartées, puisqu'elles n'auront que peu d'impacts sur la procédure de dépistage et d'identification des produits du crime. Seules les équipes communes d'enquête ayant pour mission d'effectuer des enquêtes pénales ont un réel intérêt dans la recherche des produits de l'infraction.

⁷⁴⁴ Décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête [*JOUE L* 162, 20 juin 2002, p. 1-3].

⁷⁴⁵ Art. 1.1, a), *ibid.*

mutualisation des moyens, ces derniers bénéficient également de sources d'information et de moyens d'intervention issus d'agences européennes⁷⁴⁶. Concernant ECE, elles sont soumises à un double encadrement législatif : européen et national. Il est clairement rappelé au sein de la décision-cadre 2002/465/JAI que les « *membres détachés* »⁷⁴⁷, ainsi que les membres issus de l'État membre d'intervention mènent les « *opérations conformément au droit de l'État membre sur le territoire duquel l'équipe intervient* »⁷⁴⁸. À cet égard, les « *membres détachés* » sont par principe habilités à être présents lorsque des mesures d'enquête sont prises dans l'État membre d'intervention, sauf lorsque, pour des raisons particulières et dans le respect du droit de l'État membre d'intervention, le responsable de l'équipe en décide autrement⁷⁴⁹. De même, les « *membres détachés* » peuvent également se voir confier « *la tâche de certaines mesures d'enquête* », mais seulement après avoir obtenu le consentement des autorités compétentes de l'État membre d'intervention et de l'État membre ayant procédé à l'envoi des « *membres détachés* »⁷⁵⁰. Certes, les « *membres détachés* » sont placés sous la tutelle des autorités de l'État membre d'intervention, ne leur laissant que peu de marge de manœuvre. Mais, les ECE permettent de faciliter et d'accélérer l'échange d'informations, dans les limites de leurs compétences et de leur droit national⁷⁵¹. De même, toutes les informations obtenues de manière régulière dans le cadre de l'ECE peuvent être utilisées par les autorités compétentes de l'État membre concerné « *aux fins pour lesquelles l'équipe a été créée ; pour détecter, enquêter et poursuivre d'autres infractions pénales sous réserve du consentement préalable de l'État membre où l'information a été obtenue*⁷⁵² [...] ; pour prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique [...] ; à d'autres fins, pour autant que cela ait été convenu par les États membres qui ont créé l'équipe »⁷⁵³. En d'autres termes, les informations recueillies peuvent être à terme utilisées dans un ou des État(s) membre(s) à des fins probatoires. À cela s'ajoute la possibilité de recourir si nécessaire à des mesures d'investigation dans un des États

⁷⁴⁶ Tel qu'Europol. il est intéressant de noter que la Commission européenne souhaitait également confier à cette même institution un rôle de coordination des BRA pour faciliter l'échange rapide d'informations. En effet, elle relevait qu'en 2007 le *Criminal Assets Bureau* avait aidé dans cent trente-trois enquêtes visant à dépister des produits du crime et a offert ses compétences spécialisées à divers bureaux de recouvrement des avoirs.

⁷⁴⁷ Expression utilisée dans la décision-cadre 2002/465/JAI pour nommer les « *membres de l'équipe commune d'enquête provenant d'États membres autre que celui sur le territoire duquel l'équipe intervient* ».

⁷⁴⁸ Art. 1.3, b), décision-cadre 2002/465/JAI, *op. cit.*,

⁷⁴⁹ Art. 1.5, *ibid.*

⁷⁵⁰ Art. 1.6, *ibid.*

⁷⁵¹ Art. 1.9, *ibid.*

⁷⁵² Le texte prévoit également que l'État membre sur le territoire duquel l'équipe intervient peut opposer son refus, « *dans les cas où une telle utilisation représenterait un danger pour les enquêtes pénales menées dans l'État membre concerné* ».

⁷⁵³ Art. 1.10, décision-cadre 2002/465/JAI, *op. cit.*

membres ayant créé l'ECE⁷⁵⁴. Ces mesures devront être mises en œuvre dans l'État membre en question comme si elles avaient été prises par les autorités répressives nationales. Sur les questions probatoires, la décision-cadre 2002/465/JAI semble être plus souple que la décision d'enquête européenne, d'où l'exclusion des ECE de son champ d'application. Enfin, l'efficacité des investigations menées dans le cadre des ECE est par ailleurs mesurable. Eurojust, lors de la publication des rapports annuels, rend compte de l'activité des ECE et le constat peut être fait d'une utilisation de plus en plus fréquente⁷⁵⁵.

§2. *Les réseaux informels de communication aux fins d'échange d'informations*

144. Des réunions d'experts/professionnels favorisant l'entraide répressive et la coopération judiciaire par la mise en place d'une communication directe entre les autorités compétentes. L'accès rapide aux informations portant sur le bien est un enjeu fondamental de l'échange d'informations, mais cette question couvre également un autre volet : celui de l'accès à la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime mise en place dans un État membre donnée. C'est également un enjeu essentiel à la réussite d'une demande d'entraide répressive et de coopération judiciaire. Des réseaux de professionnels, d'experts permettent ainsi aux autorités compétentes des États membres d'accéder aux éléments légaux leur permettant de rédiger de manière efficace leur demande d'entraide répressive et de coopération judiciaire dans le but d'obtenir une réponse favorable à celle-ci. Le réseau CARIN est en la matière un réseau clé.

145. La place centrale du réseau CARIN dans la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Le réseau CARIN est « *un réseau global de praticiens et d'experts ayant pour objectif d'améliorer la connaissance mutuelle des méthodes et techniques utilisées dans les domaines de l'identification, du gel, de la saisie et de la confiscation transfrontières des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime* »⁷⁵⁶. Il convient de préciser à cet égard que le réseau CARIN est un des canaux de communication privilégié par les États membres dans leurs échanges d'informations, comme le souligne tant le rapport de la Commission européenne de 2011, ainsi que l'étude « *Assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and*

⁷⁵⁴ Art. 1.7, *ibid.*

⁷⁵⁵ V. les rapports annuels d'Eurojust.

⁷⁵⁶ Cons. 5, décision 2007/845/JAI, *op. cit.*

confiscation of criminal assets »⁷⁵⁷. Les autorités compétentes de vingt-et-un États membres reconnaissent utiliser le réseau CARIN et considèrent ce réseau comme utile à la coopération à des fins de recherche des produits du crime. En outre, il est le canal de communication utilisé par les BRA. Par ailleurs, cette fonction est explicitement rappelée dans la décision 2007/845/JAI, qui précise que « *la présente décision complète le réseau CARIN en fournissant une base juridique aux échanges d'informations entre les bureaux de recouvrement des avoirs de tous les États membres* »⁷⁵⁸. Concrètement, il offre aux autorités compétentes des États membres plusieurs avantages⁷⁵⁹. C'est un système de communication souple. C'est un réseau informel de praticiens, composé de représentants des forces de l'ordre et de l'autorité judiciaire spécialisées dans le domaine de l'identification de patrimoine criminel. Il permet un contact direct entre les autorités compétentes. Cet aspect est important, puisque le recours à des intermédiaires peut constituer un « *obstacle* » à l'échange d'informations, comme l'étude « *Assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* » le souligne. Il apparaît que les professionnels semblent préférer recourir à des mécanismes de coopération dits bilatéraux, offrant un contact direct. La structure du réseau CARIN offre cette possibilité de communication directe entre les autorités compétentes concernées. En outre, il dispose d'un canal de communication sécurisé. Les échanges ont lieu grâce à la plateforme *Financial Crime Information Centre* (FCIC) d'Europol⁷⁶⁰. Cette plateforme fournit ainsi un support technique aux services de police et aux services judiciaires. Elle semble en outre être privilégiée par les autorités compétentes sur ces questions, puisque la grande majorité des échanges opérés dans le cadre de cette plateforme ont concerné des procédures de recouvrement des produits du crime et elle enregistrait en 2014 environ 1 100 membres observateurs du réseau CARIN. Elle contient à cet égard une zone spécifiquement dédiée au réseau CARIN et accessible à tous les utilisateurs de la plateforme afin de les sensibiliser à la question du recouvrement des produits du crime. Cependant, le manuel CARIN précise également qu'au sein de ce réseau doit être mise en place une zone fermée et exclusivement dédiée aux membres et observateurs du réseau CARIN afin qu'ils puissent communiquer en

⁷⁵⁷ Rapport, « *Assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* », *op. cit.*

⁷⁵⁸ *Ibid.* Sur ce point, il est également intéressant de constater que le rapport de la Commission européenne de 2011 [Rapport COM (2011) 176 final, *op. cit.*] souligne que « *la décision a également vocation à appuyer le réseau CARIN* », marquant de la sorte un lien quasi juridique entre le réseau CARIN et la décision 2007/845/JAI relative aux BRA.

⁷⁵⁹ COM (2011) 176 final, *op. cit.*

⁷⁶⁰ Manuel CARIN, « *Camden Asset Recovery Inter-Agency Network (CARIN). The History, Statement of Intent, Membership and Functioning of CARIN* », *op. cit.*, annexe 1.

toute confidentialité. Enfin, c'est un réseau entièrement dédié à la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Il dispose des connaissances et des compétences nécessaires pour permettre aux autorités compétentes d'émettre et de reconnaître de façon efficace une demande d'échange d'informations ou d'exécution d'une décision judiciaire de gel ou de confiscation. Ainsi, la plateforme, citée ci-dessus, contient un dossier dit « ouvert »⁷⁶¹, qui contient un ensemble d'informations relatives à la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime adoptée dans chaque État membre du réseau CARIN. Chaque dossier comprend une liste des termes juridiques employés, ainsi que la traduction, des explications quant aux procédures applicables dans chaque État, une liste de sites à des fins de renseignement sur la législation en vigueur, une liste de cas étudiés, comprenant des points d'apprentissage, et également un journal d'actualité abordant les cas récents, des développements en lien avec la question du recouvrement des avoirs dans une perspective internationale et des notifications quant aux nouveaux documents disponibles sur le site CARIN, une fonction d'assistance, une section FAQ, un lien vers les études et rapports traitant de la question du recouvrement des avoirs criminels et les informations extraites des réunions du comité de direction du réseau CARIN. De plus, les membres du réseau ont la possibilité d'accéder à plus d'informations, comme une liste de contact des membres CARIN, un accès aux documents de travail réalisés par le comité de direction du réseau CARIN, ainsi que la possibilité pour le point de contact central de diffuser auprès des points de contact nationaux toutes les informations qu'il juge pertinentes et ce, via le site web. Il est intéressant de constater que cette plateforme qui ne tend en apparence qu'à procéder à de simples échanges d'informations, permet de diffuser plus largement et de manière plus approfondie les connaissances actuellement disponibles concernant la procédure de recouvrement des avoirs criminels et à améliorer la coopération entre les États membres par la diffusion des procédures applicables dans chaque État membre du réseau. En outre, le réseau Carin est en lien avec plusieurs autres organisations internationales⁷⁶² et les quatre autres réseaux internationaux regroupant les autorités compétentes en matière de recouvrement des produits du crime (ARINs)⁷⁶³. Sa situation sur l'échiquier international fait lui un moteur, un acteur clé de

⁷⁶¹ Le terme « ouvert » devrait ici être compris dans le sens où le dossier peut être alimenté continuellement.

⁷⁶² Parmi les membres du réseau CARIN, neuf organisations internationales en font partie : le groupe Egmont, Eurojust, Europol, la Cour Pénale Internationale, le Fond monétaire internationale, Interpol, l'Office européen anti-fraude, l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime et la Banque mondiale.

⁷⁶³ Les 4 réseaux sont : ARIN Asia Pacific (URL : <http://www.arin-ap.org/main.do>) ; ARIN Southern Africa (URL : <http://new.arinsa.org/>) ; ARIN West AFRICA ; Regional Asset Recovery Network of GAFISUD (URL : <http://www.gafilat.org/content/cooperacion/>). Il est intéressant de relever que ces quatre réseaux se sont construits à partir du modèle européen : le réseau CARIN.

l'échange d'informations sur les questions relatives au dépistage et à l'identification des produits du crime. Enfin, l'intérêt principal de ce réseau réside dans sa spécialisation. La base de données du réseau CARIN a pour objectif de rassembler divers documents dans une perspective d'approfondissement et d'amélioration du système de recouvrement des produits du crime. Mais, sa documentation n'explique pas à elle seule sa spécialisation. Le réseau est composé également d'un réseau d'agents spécialisés sur les questions liées au dépistage et à l'identification des produits du crime, mais également sur l'ensemble des questions touchant à la procédure de recouvrement des avoirs criminels. Elle se veut être une boîte à outils pour pallier les difficultés liées traditionnellement à la coopération judiciaire, dont notamment la méconnaissance des dispositions législatives applicables dans l'État requis. Le manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation invite les États demandeurs à examiner les capacités légales de l'État requis⁷⁶⁴. Par « *capacités légales* », l'ONUDC entend l'examen de la législation au moment où la demande est effectuée. Ainsi, le réseau CARIN propose une mise en commun des ressources législatives des États membres du réseau, ainsi que les informations légales nécessaires pour formuler une demande d'entraide répressive dans un État membre donné. La connaissance est une des clés de facilitation et d'accélération des procédures d'entraide répressive. C'est la raison pour laquelle l'ONU, ainsi que l'UE, en mettant en place les BRA, incitent sur la nécessité de mettre en place des autorités centrales « *dépositaire de toutes les informations concernant toutes les formes de coopération judiciaire internationale entre celui-ci et un autre État* »⁷⁶⁵, et de la nécessité qu'ils se réunissent dans des réseaux tels que le réseau CARIN ou la plateforme des BRA pour « *s'entretenir rapidement et régulièrement avec l'autorité centrale nationale compétente en matière d'entraide judiciaire et de pouvoir compter sur son aide* »⁷⁶⁶. De plus, il est intéressant de constater que le réseau CARIN fait lui-même partie de plusieurs organisations internationales, ainsi que dans les quatre autres réseaux internationaux regroupant les autorités compétentes en matière de recouvrement des produits du crime.

⁷⁶⁴ Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime, ONUDC, mai 2013.

⁷⁶⁵ *Ibid.*

⁷⁶⁶ *Ibid.*

CONCLUSION – CHAPITRE 1

146. La diffusion et le développement d'une enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime. Les BRA européens ont des structures hétérogènes. Mais, la majorité d'entre eux sont des services répressifs. Ce point est particulièrement intéressant à relever puisque le développement et la diffusion de la sanction de confiscation a conduit à redéfinir les enquêtes criminelles.

Parallèlement à l'enquête aux fins d'élucidation des faits s'est développé l'enquête aux fins d'identification des produits du crime ou l'enquête financière ou patrimoniale, qui se définit comme « *une enquête sur les affaires financières en relation avec une activité criminelle en vue : d'identifier l'étendue des réseaux criminels ou l'ampleur de la criminalité ; d'identifier et de tracer les produits de la criminalité, les fonds terroristes ou tout autre bien qui sont susceptibles d'être confisqués ; et de rapporter des éléments de preuve pouvant être utilisés dans le cadre de procédure pénale* »⁷⁶⁷. Il est important de souligner dès à présent que l'enquête financière n'est pas une enquête autonome, elle est et doit être intégrée à son double : l'enquête criminelle aux fins d'élucidation des faits. Longtemps « *jugée trop lourde, trop longue et trop complexe* »⁷⁶⁸, l'enquête financière connaît actuellement un nouvel essor. Des moyens d'investigations sont désormais centrés sur l'identification et le dépistage des produits du crime. Ils concernent tant des moyens de répression, que des instruments ayant pour objet « *la prévention, la transparence, le renseignement financier et l'échange d'information* »⁷⁶⁹. Il se dessine au fur et à mesure des textes une spécialisation de l'enquête à des fins d'identification des produits du crime. Le Conseil de l'UE a ainsi dans un projet de conclusions établi un plan d'action sur la voie à suivre en matière d'enquête financière, qui tend à terme à intégrer les enquêtes financières dans les politiques et les cadres d'action de l'UE. Cependant, le Conseil de l'UE fait le constat que ce type d'enquête est encore un domaine réservé à des experts spécialisés, « *plutôt qu'une méthode intégrée à utiliser au sein des services de police* »⁷⁷⁰. Par

⁷⁶⁷ Définition posée par le GAFI. “*an enquiry into the financial affairs related to a criminal activity, with a view to: identify the extent of criminal networks or the scale of criminality; identify and tracing the proceeds of crime, terrorist funds or any other assets that are, or may become, subject to confiscation; and develop evidence which can be used in criminal proceedings*”

⁷⁶⁸ B. Petit, « *Une nouvelle approche de la lutte contre la criminalité organisée : la prise en compte du volet financier des enquêtes* », AJ Pénal, AJ Pénal, n°3, mars 2012.

⁷⁶⁹ T. Cassuto, « *Exigences du droit de l'Union européenne en matière d'investigation financière* », AJ Pénal, n°12, décembre 2013.

⁷⁷⁰ Projet de conclusion du Conseil et plan d'action sur la voie à suivre en matière d'enquête financière du 21 mai 2016 (6915/2/16 REV 2).

conséquent, les BRA, en tant qu'expert, jouent un rôle dans la diffusion de ces nouvelles techniques d'enquête.

CHAPITRE 2. LA FACILITATION DE L'ÉCHANGE DES « *BONNES PRATIQUES* »

147. La promotion et la diffusion des « *bonnes pratiques* » aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime. Il est expressément mentionné dans la décision 2007/845/JAI que « *les États membres veillent à ce que les bureaux de recouvrement des avoirs échangent des bonnes pratiques relatives aux moyens d'améliorer l'efficacité de l'action des États membres visant à dépister et à identifier les produits du crime et les autres biens en rapport avec le crime qui sont susceptibles de faire l'objet d'un gel, d'une saisie ou d'une confiscation ordonné par une autorité judiciaire compétente* »⁷⁷¹. Aux termes de cette disposition, les BRA ont pour mission de diffuser les « *bonnes pratiques* » permettant d'améliorer l'efficacité de l'action des États membres.

Cependant, la décision 2007/845/JAI ne définit pas l'expression de « *bonnes pratiques* ». Il n'existe que peu de définitions de cette expression. L'ONU définit une « *bonne pratique* » comme suivant : « *une bonne pratique n'est pas uniquement une pratique qui est bonne, mais une pratique ayant fait ses preuves et permis d'obtenir de bons résultats, et qui est dès lors recommandées comme modèle* »⁷⁷². Cette définition renvoie à un indicateur de performance, un outil d'évaluation. Il s'agit d'un comportement à imiter. Les guides en sont une parfaite illustration. Ainsi, est une « *bonne pratique* » un comportement qui dans un milieu professionnel donné fait un consensus. Le Programme StAR a ainsi conçu des guides pratiques pour aider les États et les professionnels à confisquer et recouvrer les produits du crime. Par conséquent, les BRA, dans le cadre de cette mission, ont pour fonction d'émettre et de diffuser des bonnes pratiques pour améliorer la phase de dépistage et d'identification des produits du crime. Concrètement, cette fonction se traduit par deux rôles principaux : une activité d'analyse et d'expertise du système actuelle (section 1) et un rôle d'appui et de soutien technique auprès des autorités compétentes (section 2).

⁷⁷¹ Art. 6, décision 2007/845/JAI, *op. cit.*

⁷⁷² Définition extraite de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture.

SECTION 1. UN RÔLE D'ANALYSE ET D'EXPERTISE

148. Une mission d'analyse et d'expertise portant sur l'amélioration des moyens aux fins de dépistage et d'identification des produits du crime. Rappelons qu'un expert est une personne choisie pour ses connaissances éprouvées et chargée de faire des examens, constatations ou appréciations de fait. Par l'obligation qui leur ait faite, les BRA sont définis comme des experts sur les questions portant sur le dépistage et l'identification des biens en rapport avec le crime. Cette reconnaissance est étroitement liée au positionnement qu'ils ont dans le système européen de confiscation et de recouvrement des produits. Ils bénéficient d'une position centrale en tant que point de contact entre les autorités répressives compétentes des États membres, entre les agences européennes, telles qu'Eurojust ou Europol, et les autorités répressives compétentes nationales, entre les autorités législatives européennes et les autorités législatives nationales, mais également à travers les réseaux dont ils sont membres en tant qu'autorités centrales d'un État membre, soit une « *entité administrative désignée par un État comme point de contact central pour les questions de coopération internationale avec d'autres États* »⁷⁷³. Ils jouent un rôle d'intermédiaire actif dans l'échange d'informations. Ils disposent également des connaissances juridiques nationales, européennes et internationales et font partie de plusieurs réseaux leur ouvrant un accès rapide et à jour aux informations souhaitées. Cette position confère aux BRA une place prépondérante pour étudier et analyser le système actuel visant à dépister et à identifier les produits du crime et les autres biens en rapport avec le crime. Les BRA s'appuient sur deux structures au sein desquelles ils peuvent exercer cette mission d'analyse et d'expertise : les BRA (§1) et la plateforme des BRA (§2).

Il est intéressant de noter que cette mission a pour objectif d'influencer, de guider le travail futur du législateur, appuyant la thèse selon laquelle désormais l'expert fait la loi.

⁷⁷³ Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime, *op. cit.*

§1. Le rôle des bureaux nationaux de recouvrement des avoirs dans le perfectionnement de la phase de dépistage et d'identification des produits du crime

149. L'apport des BRA nationaux dans l'analyse et l'expertise du système européen de dépistage et d'identification des produits du crime. Les BRA nationaux jouent un rôle dans le cadre de l'évaluation de la politique européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Cette fonction peut être notamment assurée par la collecte des données statistiques nationales.

150. Le rôle central des données chiffrées aux fins d'évaluation d'une politique publiques. Le besoin de mesurer, de chiffrer l'efficacité d'une politique publique est le fruit d'un mouvement de gestion : le *Nouveau Management Public* (NMP) ou de la *Nouvelle Gestion Publique* (NGP), qui « repose sur un principe de base résumé dans la formule dite des « trois E », *Économie-Efficacité-Efficience*, l'objectif premier est d'atteindre les objectifs tout en réduisant les coûts. Les actions de l'État doivent en effet être traduites en objectifs définis dont les résultats seront mesurables à l'aune d'une utilisation optimale des moyens et des ressources ainsi que la satisfaction des usagers »⁷⁷⁴. Toutes les législations nationales désormais recourent à des outils de mesure permettant d'évaluer la performance de leur politique publique⁷⁷⁵ et, parmi ces outils de mesure, les statistiques tiennent une place à part entière. Dans son article « *Le New Public Management. Pragmatisme moderne ou idéologie politique ?* », M. Palacio souligne que « le NMP s'inscrit ainsi dans la prolongation d'un long processus qui est celui de ce que l'on a appelé le gouvernement par les chiffres et qui s'incarne dans la notion « moderne » de gouvernance »⁷⁷⁶. Les statistiques tiennent une place centrale dans les politiques publiques modernes. La Commission rappelle qu'« une base statistique solide est essentielle à la bonne évaluation des pratiques et politiques de confiscation ». Or, dans le domaine qui concerne notre étude, le recueil des données statistiques est un processus complexe, nécessitant d'être harmonisé (A) et centralisé (B).

⁷⁷⁴ M. Palacio, « *Le New Public Management. Pragmatisme moderne ou idéologie politique ?* », Les Cahiers 238 de la Sécurité et de la Justice, n° 32, p. 5- 11.

⁷⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁷⁶ V. sur ce thème de la gouvernance des chiffres l'ouvrage de A. Supiot, « *La gouvernance par les nombres. 240 Cours au Collège de France (2012-2014)* », coll. « *Poids et mesures du monde* », Fayard, 2015, 512 p. in M. Palacio, « *Le New Public Management. Pragmatisme moderne ou idéologie politique ?* », *ibid.*

A. L'harmonisation des données statistiques collectées

151. Des systèmes européens de collecte des données hétérogènes. L'harmonisation des données à collecter est indispensable pour pouvoir juger de manière objective de l'efficacité de la politique européenne. Les données collectées et transmises doivent être identiques pour tous les États membres. Il est intéressant à cet égard de mentionner l'étude d'Europol réalisée en 2016 qui note parmi les difficultés rencontrées pour chiffrer le taux de recouvrement des produits du crime sur le territoire la disparité des données transmises par les États membres, conduisant à interpréter et à utiliser avec précaution les chiffres avancés.

Tous les États membres ne disposent pas d'un système de collecte de données ou encore les données collectées sont partielles. Ce dernier point touche particulièrement les décisions de confiscation, puisque ces données sont généralement conservées par les juridictions de jugement, qui ne les font pas systématiquement remonter vers un organe centralisé, soit en raison de son inexistence, soit en raison d'une impossibilité matérielle. En outre, les méthodes de collecte des données varient d'un État membre à un autre. Certains États ont opté pour une approche sectorielle, une classification par rapport à un bien, par rapport à une infraction, par rapport à la notion de bénéfices – il s'agit des profits tirés de la commission d'une infraction – ou par rapport à la notion de dommage – il s'agit de valeur des biens confisqués au profit de la victime. Enfin, l'estimation de la valeur des biens peut varier d'un État membre à un autre, notamment pour l'estimation des biens meubles ou immeubles. Doit s'ajouter à ces disparités le fait qu'un certain nombre de biens sont exclus des méthodes de comptage, tels que les biens restitués à la victime à l'issue de la procédure ou les biens dits dangereux, illicites ou nuisibles. Ces biens sont intégrés aux données relatives au gel, mais ne sont pas comptabilisés par la suite dans les chiffres relatifs aux biens confisqués. Ces disparités nuisent à l'évaluation globale de la politique européenne.

152. Des politiques publiques construites sur des données statistiques. Les études menées en amont de la proposition de directive relative au gel et à la confiscation des produits du crime de 2012 sont exclusivement construites sur des données chiffrées, des statistiques ou encore des tableaux établissant des comparaisons chiffrées entre les États membres⁷⁷⁷ et ce, afin d'établir

⁷⁷⁷ V. les études menées en amont de l'adoption de la proposition de directive de 2012 : « *Study for an impact 242 assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets* », *op. cit.* et le rapport, « *Assessing the effectiveness of EU Member States' Practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* », *op. cit.*

dans quelle mesure une politique a été correctement appliquée, si les objectifs ont été atteints et quelles sont les difficultés liées à sa mise en œuvre. Les chiffres – notamment le taux de confiscation et de recouvrement des produits du crime – permettent ainsi de faire le constat de l'utilisation d'un système ou non de confiscation. Il a pu être constaté que le régime autrichien de confiscation introduit en 2002 n'a pratiquement jamais été utilisé, que la Hongrie n'a procédé qu'à la confiscation d'espèces et seulement cinq cent quatre-vingt-dix-huit décisions de confiscation ont été prononcées sur quatre-vingt-six mille sept cent cinq condamnations. En revanche, dans les États membres où la pratique de la confiscation est plus ancienne, il a été constaté un nombre plus élevé de décisions de confiscation, comme en Italie, aux Pays-Bas ou en Angleterre. « *En Italie, par exemple, la valeur des actifs confisqués a atteint environ 100 millions d'euros par an en 2007-2009, alors qu'elle dépassait largement les 100 GBP par an au Royaume-Uni* »⁷⁷⁸. Mais au-delà de la question de l'évaluation des instruments juridiques, les données statistiques permettent également de mieux appréhender et comprendre un phénomène criminel. Les données chiffrées permettent de comprendre un phénomène criminel en identifiant les délinquants, les infractions commises sur un territoire donné et en analysant les réponses législatives apportées par un État membre.

153. Une meilleure connaissance de la criminalité transnationale par la collecte de données chiffrées. Les données chiffrées permettent de cibler les moyens d'action les plus appropriés à mettre en place et de cartographier les zones géographiques les plus à risque en raison d'une législation plus souple, moins répressive susceptible de devenir une terre d'accueil des biens en rapport avec un crime. Enfin, un recueil plus précis des données chiffrées permettrait de déterminer avec davantage d'exactitude le chiffre des profits générés par la criminalité organisée sur le territoire de l'UE. En effet, « *de nombreux universitaires et institutions internationales ont tenté d'estimer le montant des produits de la criminalité générés par les groupes criminels organisés* »⁷⁷⁹. Mais ces chiffres sont basés sur des présomptions et des estimations. Certains auteurs utilisent le terme de « *chiffres mythiques* »⁷⁸⁰ car, les estimations sur lesquelles ces chiffres sont construits sont fondées sur des données et des méthodologies peu claires. Cependant l'UNODC estime les produits générés par la criminalité à

⁷⁷⁸ M. Fazekas et E. Nanopoulos, " *The effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation* ", European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 24 (2016), 39-64.

⁷⁷⁹ Étude, " *Does crime still pay ?* ", juillet 2016, Europol (URL : file:///C:/Users/csaumagn/Downloads/criminal_asset_recovery_in_the_eu_web_version_0.pdf) *Many scholars and international institutions have tried to estimate the amount of criminal proceeds generated by organised crime groups*

⁷⁸⁰ P. Reuter, (1984). The (continued) vitality of mythical numbers. The Public Interest, 75, pp 135–147.

2.1 trillions de dollars, soit 3,6% du PIB global par an. Quant aux activités de blanchiment d'argent elles seraient estimées à 1.6 trillions de dollars par an, soit 2,7% du PIB global pour l'année 2009. Le Fond Monétaire International quant à lui estime ce montant – des produits blanchis – entre 2% et 5% du PBI global, alors que l'UNDOC l'estime à moins 1%. Plus récemment le *Project Organised Crime Portfolio* (POCP) estimait que le marché illicite généré dans l'UE environs 110 billion d'euros, soit 0.9% du PIB de l'UE pour l'année 2010. Malgré ces quelques estimations, le manque de données disponibles ne permet pas de savoir avec certitude la part des produits du crime réinvestis dans le marché licite et réinvestis dans les activités illégales des groupes criminels organisés. Mais selon le Project OCP la part des produits saisis et confisqués ne représente qu'une infime partie des avoirs illicites. Europol estime que « *dans l'ensemble, compte tenu de l'absence d'estimations exactes des produits illicites des organisations criminelles et de la propension inconnue à mettre de l'argent dans le système judiciaire, il est difficile de comprendre si le système de recouvrement des biens est efficace pour recouvrer les produits de la criminalité* »⁷⁸¹.

154. L'harmonisation des données à collecter par les États membres de l'UE. Avant l'adoption de la directive 2014/42/UE aucune disposition commune n'existait en la matière. La communication de la Commission de 2008 soulignait seulement à cet égard que « *les données devraient être comparables d'un État membre à un autre* »⁷⁸², afin d'évaluer de façon efficace les systèmes européens de confiscation et de recouvrement des produits du crime. La directive 2014/42/UE est intervenue pour surmonter cet obstacle. Elle liste de façon exhaustive les données devant être recueillies par les États membres. Ainsi, « *les statistiques collectées [...] transmises chaque année à la Commission [...] comprennent le nombre de décisions de gel exécutées ; le nombre de décisions de confiscation exécutées ; la valeur estimée des biens gelés en vue d'une éventuelle confiscation ultérieure au moment du gel ; la valeur estimée des biens recouverts, au moment de la confiscation* »⁷⁸³. En revanche, la directive n'impose pas, mais incite les États membres à fournir une seconde série de données, « *pour autant qu'elles soient disponibles à un niveau national central dans l'État membre concerné* »⁷⁸⁴. Ces données concernent exclusivement les instruments européens de reconnaissance mutuelle des décisions

⁷⁸¹ Étude, “*Does crime still pay ?*”, *op. cit.* Citation : “*Overall, considering the lack of accurate estimates of the illicit proceeds of criminal organisations, and the unknown propensity to put money in the legal system, it is hard to understand if the asset recovery system is effective in recovering criminal proceeds*”.

⁷⁸² COM/2008/0766 final, *op. cit.*

⁷⁸³ Art. 11.1, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁷⁸⁴ Art. 11.2, directive 2014/42/UE, *ibid.*

de gel et de confiscation. Il est ainsi demandé aux États membres, dans la mesure de leurs possibilités, de fournir des données concernant « *le nombre de demandes de décisions de gel à exécuter dans un autre État membre ; le nombre de demandes de décision de confiscation à exécuter dans un autre État membre ; la valeur estimée des biens recouverts à la suite d'exécutions effectuées dans un autre État membre* »⁷⁸⁵. Mais, conscient de la charge supplémentaire que cela peut représenter pour les États membres, la directive rappelle que « *cela ne signifie pas que les États membres sont tenus de collecter effectivement ces données si cela entraîne pour l'État membre concerné une charge administrative disproportionnée ou des coûts élevés* »⁷⁸⁶.

L'Union tente d'harmoniser les données devant être recueillies par les États membres pour à terme permettre une évaluation plus juste des effets que produisent les mesures européennes de confiscation et de recouvrement des produits du crime sur la criminalité transfrontière grave. Cependant, cette mesure ne peut avoir de réels effets que si, et seulement si, elle s'accompagne d'un processus de centralisation des données statistiques recueillies afin de garantir un accès pratique, rapide et efficace à ces celles-ci.

B. La centralisation des données statistiques collectées

155. La désignation d'un organe chargé de gérer les données statistiques collectées. La directive 2014/42/UE définit des données communes à collecter. Pour autant, encore faut-il que les autorités en charge de les collecter puissent y accéder. Pour illustrer ce point, il semble pertinent de citer l'étude de 2009 « *Assessing the effectiveness of EU Member States' Practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* ». Elle a relevé de grandes disparités entre les États membres. Pour évaluer la mise en œuvre des politiques mises en place en matière de captation des produits du crime, l'étude a souhaité recueillir un certain nombre de données, telles que le nombre et/ou la valeur des avoirs gelés/saisis, le nombre et/ou la valeur des avoirs confisqués, le nombre et/ou la valeur des avoirs transférés à l'État ou aux communautés locales, le nombre d'enquêtes aux fins de confiscation menées, le nombre de jugements de condamnation à une peine de confiscation rendus, ainsi que les incriminations ayant donné lieu à une telle procédure. Le résultat de cette étude s'est avéré décevant, puisque la majorité des États ou des personnes interrogées ont été dans l'impossibilité de fournir ces éléments en raison, soit de l'absence purement et simplement de ces données, soit de la

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ Cons. 37, *ibid.*

confidentialité des données récoltées, soit de l'absence de registres nationaux, (les données pertinentes étant inscrites au sein de bases régionales), soit, enfin, les données sont certes disponibles, mais l'accès est, quant à lui, difficile. En revanche, l'étude a permis de mettre en évidence un élément : les États ayant fait le choix de mettre en place un corps spécifiquement dédié au recouvrement des avoirs criminels disposent d'un accès facilité aux données souhaitées. Enfin, face aux obstacles – l'absence de centralisation des données, l'absence d'harmonisation concernant les critères d'évaluation ou le manque d'accès aux données – l'étude d'Europol recommande la mise en place d'une gestion centralisée des données collectées en vue de faciliter l'accès aux données nécessaires à l'évaluation de la procédure européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Cela impose de désigner une structure, un organe compétent pour gérer les données statistiques.

156. La désignation des bureaux de recouvrement des avoirs comme autorité compétente de gestion des données statistiques. Faciliter l'accès aux données collectées impose de désigner une autorité chargée de centraliser les données statistiques. Certains États membres, tels que la France, font état d'un éparpillement des données à collecter à des fins statistiques, n'offrant pas une vision globale de la situation nationale. L'agence française de gestion des avoirs criminels relevait dans son dernier rapport que « *la situation actuelle se caractérise par un éparpillement des données qui ne permet ni à l'Agence, ni à qui que ce soit, de disposer d'une vision exhaustive en la matière* ». En outre, cela ne permet pas de satisfaire l'exigence posée à l'article onze de la directive 2014/42/UE. Il est intéressant de noter, à cet égard, que chaque service dispose de ses propres données statistiques. Ainsi, l'Agence dispose de statistiques concernant sa seule activité, les saisies et confiscations pénales en matière immobilière. En revanche, elle ne dispose pas d'un monopole sur les saisies et confiscations en matière mobilière. Elle n'a qu'une vision partielle des saisies et confiscations réalisées en France. Par conséquent, une partie des données lui échappe. Il est intéressant de noter que la gestion des données statistiques est ici délimitée par les compétences attribuées à une structure. Par conséquent, la centralisation pourrait imposer d'élargir les compétences d'un organe afin qu'ils disposent d'une base données statistiques qui soit la plus large possible, mais il pourrait être aussi question de créer une base centralisée de gestion des données statistiques qui soit rattachée à un organe chargé spécifiquement de traiter cette question. Cet organe pourrait être les BRA. Le rapport de 2011 mentionne que la majorité d'entre eux tenait à jour des statistiques, mais celles-ci ne concernaient que les données relatives aux échanges d'informations et seule la moitié des BRA disposait en 2011 d'un accès aux statistiques judiciaires concernant le gel et

la confiscation d'avoirs. La décision 2007/845/JAI ne prévoit pas l'obligation pour les BRA de collecter des données statistiques relatives à la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Cependant, tant le rapport de la Commission européenne de 2011 que la communication de la Commission européenne de 2008 tendent à en faire des pôles de centralisation des données à des fins statistiques. La communication de la Commission européenne exposait, à cet égard, que les BRA devraient recueillir toutes les statistiques appropriées sur les décisions de gel et de confiscation d'avoirs.

En 2017 et 2018, plusieurs États membres ont transmis des statistiques à la Commission européenne, à sa demande. L'étude des données transmises a permis de constater l'amélioration des pratiques relatives à la collecte des données, mais ces améliorations demeurent insuffisantes. La Commission précise que « *des progrès considérables sont encore nécessaires, notamment en ce qui concerne les données sur le nombre de demande de décision de gel et de confiscation à exécuter dans un autre État membre, ainsi que sur la valeur des biens recouverts à la suite de l'exécution de décisions dans un autre État membre* ». La Commission met l'accent sur la nécessité d'améliorer la coordination entre les acteurs qui interviennent dans le processus de confiscation et de recouvrement des produits du crime afin que « *les données fournissent une vue d'ensemble de la situation dans les États membres* ».

157. Le recours à Eurostat pour décrypter, analyser et comprendre les données transmises. Il demeure une question que les textes ne règlent pas, celle de l'analyse des chiffres transmis. Qu'indique-t-il ? Comment doivent-ils être interprétés ? Il est important de rappeler que les chiffres peuvent être soumis à des interprétations variées, notamment dans le domaine de la criminalité. Il est important que ces chiffres soient accompagnés d'explications portant sur les données collectées, les méthodes de collecte, le contexte dans lequel elles ont été collectées, ainsi qu'une grille d'interprétation des données. C'est la raison pour la Commission a indiqué la nécessité de recourir à l'expertise d'Eurostat pour évaluer la disponibilité et la qualité des données reçues.

La lecture d'une donnée chiffrée implique de suivre une méthodologie car, le risque est une mauvaise interprétation de celle-ci. Ainsi, il est intéressant de noter que l'étude d'Europol précise que selon les chiffres il y aurait la dernière année de l'évaluation un recul de la valeur des produits gelés. Pour l'année 2014, 87,6 millions d'euros ont été gelés, alors que pour les deux précédentes années le montant de la valeur des avoirs gelés s'élevait à plus 100 millions d'euros. Europol explique qu'il ne s'agit pas d'un net recul, mais au contraire cela démontre une bonne implantation du système de recouvrement des avoirs dans les États membres. Il est

également intéressant de relever l'exemple français. L'AGRASC a connu une augmentation significative en 2014 de la valeur des avoirs confisqués. Cette hausse était en grande partie dû au dispositif de rapatriement des soldes des comptes des tribunaux de grande instance vers le compte de l'AGRASC. Enfin, il est important de signaler que des affaires criminelles importantes peuvent influencer fortement le taux de confiscation et recouvrement des produits du crime. Ainsi, en 2019, le montant des biens confisqués s'élevait à de 253,4 millions d'euros, représentant une hausse de 603,9% en une année. Ce chiffre est le résultat de deux confiscations importantes s'élevant chacune à plus de 80 millions d'euros. Ces quelques éléments invitent à contextualiser les données chiffrées récoltées afin d'en comprendre la pleine portée, notamment lorsqu'ils ont vocation à être portée à la connaissance d'un large public à des fins d'informations et de prévention. En effet, ils attestent, comme le souligne le directeur de l'Agence française, Nicolas Bessone, « *de l'efficacité du système judiciaire* » et ont une dimension symbolique, « *puisque'il s'agit aussi de démontrer que personne n'a vocation à garder le produit du crime* ». Au-delà de leur utilité dans le cadre de l'évaluation de la performance d'une législation, les chiffres sont des outils politiques.

§2. *Le rôle de la plateforme des bureaux de recouvrement des avoirs dans le perfectionnement de la phase de dépistage et d'identification des produits du crime*

158. La mission de la plateforme des BRA. Les BRA européens sont réunis au sein de la plateforme des BRA. Depuis 2009, les BRA européens se rencontrent « *périodiquement* » dans le cadre d'une plateforme informelle⁷⁸⁷. Ils y abordent la question de la mise en œuvre de la législation européenne relative au dépistage et à l'identification des produits du crime dans les États membres. Elle s'inscrit dans ce que l'analyse d'impact de la proposition de directive relative au gel et à la confiscation des produits du crime dans l'UE recommande, soit la mise en place « *d'ateliers de transposition et d'autres réunions d'experts* » pour aborder les difficultés de mise en œuvre de la politique européenne⁷⁸⁸. La plateforme réunit les BRA désignés dans les États membres, ainsi que toutes les autorités jouant un rôle actif dans la mise en œuvre de la procédure de dépistage et d'identification des produits du crime.

Deux rôles principaux peuvent être attribués à la plateforme des BRA : l'évaluation des dispositifs européens visant à dépister et à identifier les biens en rapport avec le crime (A) et la

⁷⁸⁷ Art. 6, décision 2007/845/JAI, *op. cit.*

⁷⁸⁸ Document de travail des services de la Commission résumé de l'analyse d'impact accompagnant la proposition de directive du Parlement européenne et du Conseil concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne (SWD/2012/0032 - COD/2012/0036).

présentation des propositions visant à améliorer l'action des États membres à dépister et à identifier les biens en rapport avec le crime (B).

A. L'évaluation des dispositifs européens visant à dépister et à identifier les biens en rapport avec le crime

159. L'évaluation des politiques publiques. Toutes les politiques publiques font l'objet d'une évaluation en amont et en aval de la mise en œuvre des dispositions adoptées. La statistique constitue l'un des instruments privilégiés pour mesurer la performance des politiques. Or, cet outil fait défaut dans le domaine qui nous concerne. La directive 2014/42/UE rappelle que « *les sources de données fiables sur le gel et la confiscation des produits du crime restent rares* »⁷⁸⁹. Elle a ainsi imposé aux États membres « *de recueillir une série minimale de statistiques appropriées et comparables sur le gel et la confiscation des biens, le dépistage des avoirs et les activités judiciaires et d'aliénation des avoirs* »⁷⁹⁰. Ces données doivent permettre une évaluation objective de la politique européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Toutefois, l'UE dispose d'autres instruments pour évaluer ces politiques publiques, tels que les analyses d'impact et les rapports d'évaluation.

160. Le rôle de l'analyse d'impact dans le processus de décision d'un acte législatif européen. L'analyse d'impact est définie par la Commission européenne comme « *un ensemble d'étapes logiques à suivre lors de la préparation de propositions législatives. C'est un processus au cours duquel sont réunies, à l'intention des décideurs politiques, des informations sur les avantages et inconvénients des options politiques envisageables, par le biais d'un examen de leurs impacts potentiels* »⁷⁹¹. Concrètement, les analyses d'impact présentent l'objectif que poursuit le texte et proposent plusieurs options législatives, ainsi que leur incidence sur les droits nationaux. Rappelons que l'objectif général à long terme de la proposition de directive relative au gel et à la confiscation des produits du crime de l'UE est de « *réduire sensiblement les profits tirés de la criminalité organisée et les richesses qui en*

⁷⁸⁹ Cons. 36, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁷⁹⁰ *Ibid.*

⁷⁹¹ Commission européenne, « *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact* », *op. cit.* Pour approfondir V. 241 également sur ce thème la thèse de T. Delille, « *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne* », coll. de la Faculté de Droit, Larcier, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, 2013, 725 p.

*résultent, accumulées sur le territoire de l'Union »*⁷⁹². Parallèlement, l'Union définit des objectifs que nous pourrions qualifier de plus pragmatiques, puisqu'il s'agit d'objectifs à atteindre pour remplir l'objectif général à long terme. La Commission a défini quatre objectifs : « *l'amélioration de l'harmonisation des dispositions autorisant la confiscation, dans le respect des droits fondamentaux, d'avoirs d'origine criminelle [;] la création des règles harmonisées a minima habilitant les États membres, dans le respect des droits fondamentaux, à geler, gérer des avoirs d'origine criminelle dans l'attente de leur confiscation [;] de permettre aux États membres de procéder plus aisément au gel/à la saisie et à la confiscation d'avoirs dans un contexte transfrontière [;] et d'accroître l'utilisation des instruments de gel et de confiscation par les agents responsables des États membres »*⁷⁹³. Pour satisfaire ces objectifs et remédier aux insuffisances constatées, la Commission a présenté trois options législatives : une option non législative ; une option législative *a minima*, qui corrige les défauts du cadre juridique existant l'empêchant de fonctionner comme le législateur l'entendait ; et une option législative *a maxima*, qui dépassent les objectifs dudit cadre juridique, composée de deux sous options législatives *a maxima* l'une incluant, l'autre excluant, l'action de l'UE en matière de reconnaissance mutuelle. Il est intéressant de constater que ces différentes options sont analysées sous l'angle d'un rapport coût-bénéfice. Sont ainsi analysés l'incidence économique des mesures, la rentabilité à terme des mesures adoptées, mais également l'incidence sociale des mesures adoptées, soit leurs conséquences sur la criminalité organisée ou encore les capacités des mesures adoptées à rendre justice aux victimes et accroître la confiance des citoyens dans le système de justice pénale, ainsi que le respect de la question des droits fondamentaux. Une fois ce travail d'analyse fait, la Commission compare les différentes options et propose la solution qu'elle privilégie. Dans le domaine qui nous concerne, l'analyse d'impact privilégie l'option la plus aboutie, soit l'option *a maxima* incluant une action en matière de reconnaissance mutuelle. Cette option est pour la Commission celle qui « *améliorerait considérablement l'harmonisation des règles et l'exécution des décisions dans les États membres, notamment en modifiant les dispositions existantes régissant la confiscation élargie, en introduisant de nouvelles dispositions relatives, d'une part, à la confiscation sans condamnation et, d'autre part, à la confiscation des avoirs de tiers, et en instaurant la reconnaissance mutuelle de tous les types de décisions (dont celles rendues sans*

⁷⁹² Document de travail des services de la Commission résumé de l'analyse d'impact accompagnant la proposition de directive du Parlement européenne et du Conseil concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne, *op. cit.*

⁷⁹³ *Ibid.*

condamnation) »⁷⁹⁴. Il est intéressant de relever que l'UE s'est engagée par l'adoption de la directive 2014/42/UE et le règlement (UE) 2018/1805 dans cette voie. Une fois l'option mise en œuvre à travers l'adoption de textes législatifs, cette option est soumise à une évaluation et à un suivi à fins de constater les « *retombées des nouvelles mesures/législations adoptées au niveau européen ou national dans la plupart des pays* »⁷⁹⁵. C'est la raison pour laquelle les textes prévoient l'obligation pour la Commission de présenter au Parlement européen et au Conseil un rapport évaluant l'incidence du droit national en vigueur sur la confiscation et le recouvrement des avoirs, accompagné de propositions. Les rapports constituent le second outil d'évaluation des politiques publiques mises en œuvre.

161. Le rôle de la plateforme des BRA dans l'évaluation de la politique européenne aux fins de dépistage et d'identification des biens en rapport avec le crime. Afin de suivre la mise en œuvre de la proposition, la Commission doit établir des rapports de mise en œuvre basés sur les consultations des États membres, ainsi que des rapports d'évaluation qui serviront, dans le domaine qui nous concerne, à la « *modélisation du rapport coûts-avantages pour estimer l'actuelle et la future rentabilité des opérations de confiscation d'avoirs* ». Les rapports d'évaluation permettent de faire remonter à la Commission les défaillances du système adopté – c'est ainsi qu'ont été portées à la connaissance de la Commission les difficultés liées à la mise en œuvre des pouvoirs de confiscation élargis et à la reconnaissance mutuelle de ces décisions⁷⁹⁶ – et de proposer des solutions vers lesquelles les futurs textes devraient tendre. Toutefois, pour que ces rapports aient un réel intérêt, encore faut-il que la Commission dispose des données pertinentes. Or, les États membres ne font pas systématiquement remonter les données nécessaires au travail d'évaluation de la Commission, voire les données transmises varient d'un État membre à un autre, obstruant ainsi la vision générale souhaitée par la Commission. Pour pallier cette difficulté, les BRA – dans le cadre de l'évaluation de la décision 2007/845/JAI – se sont substitués aux États membres et ont fait remonter à la Commission les éléments pertinents. Pour illustrer cette idée, il convient de se référer au rapport de la Commission européenne de 2011 ayant pour objet de procéder à l'évaluation de la mise en œuvre de la décision 2007/845/JAI relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ *Ibid.*

⁷⁹⁶ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 8 de la décision 2007/845/JAI du Conseil du 6 décembre 2007 relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime, 12 avril 2011, COM(2011) 176 final.

des avoirs des États membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime⁷⁹⁷. Le rapport devait être construit, écrit sur les éléments communiqués par les États membres. La décision 2007/845/JAI prévoyait que les États membres communiqueraient, dans les délais impartis, au secrétariat général du Conseil et à la Commission les dispositions concernant leur droit national leur permettant de se conformer aux obligations, qui leur sont imposées par la présente décision⁷⁹⁸. Or, à la date fixée, peu d'informations ont été transmises au secrétariat général du Conseil et à la Commission. La grande majorité des informations obtenues pour l'élaboration du rapport résulte de la plateforme informelle des BRA. La Commission a relevé dans son rapport que « *les informations relatives à la mise en œuvre de ces dispositions ainsi qu'aux progrès réalisés par les États membres dans la désignation de BRA [ont été] recueillies lors des réunions de la plateforme informelle des bureaux de recouvrement des avoirs de l'UE* » qui s'est révélée particulièrement active⁷⁹⁹. En effet, « *lors des réunions de la plateforme des BRA tenues aux mois de mars et mai 2010, notamment, les BRA ont fait savoir à la Commission leur préférence pour l'établissement d'un rapport de mise en œuvre dont la portée irait au-delà des dispositions de la décision, intégrant également des aspects de la structure, les compétences des BRA désignés et l'accès aux informations qu'ils détiennent, les progrès réalisés sur la voie d'un système sécurisé d'échange d'informations et les principaux défis auxquels les BRA sont confrontés* »⁸⁰⁰. Cette déclaration souligne le rôle de la plateforme dans l'élaboration du rapport d'évaluation. Elle s'est ainsi tournée vers la plateforme afin d'évaluer le système actuel. Elle a ainsi permis de faire remonter auprès de la Commission européenne un certain nombre d'obstacles, tels que le manque de moyens humains, la disparité des législations européennes concernant l'accès à l'information ou encore le manque de canaux sécurisés de communication. Cette déclaration montre également que la plateforme des BRA est plus qu'une simple réunion des BRA, dont le but est d'échanger sur les obstacles liés à la mise en œuvre des textes européens. Elle se veut être un organe consultatif dont le but est d'orienter la politique européenne en établissant des propositions. Elle est un centre de réflexion sur le système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

⁷⁹⁷ *Ibid.*

⁷⁹⁸ Art. 8.1, décision 2007/845/JAI, *op. cit.*

⁷⁹⁹ Rapport COM(2011) 176 final, *op. cit.*

⁸⁰⁰ *Ibid.*

B. La présentation de propositions visant à améliorer l'action des États membres pour dépister et identifier les biens en rapport avec le crime

162. Le pouvoir d'influence de la plateforme des BRA dans l'élaboration de la politique européenne de captation des produits du crime. La plateforme des BRA est un centre de réflexion, de discussion composée d'experts – qui sont, soit les BRA, eux-mêmes, soit les autorités répressives compétentes des États membres – qui constatent les obstacles et proposent aux autorités exécutives et législatives compétentes des solutions qui permettraient d'améliorer leur action, à savoir dépister et identifier les biens en rapport avec le crime. Cette capacité à proposer des solutions légales est la parfaite illustration de ce qui a été dit précédemment : l'expert fait la loi.

L'exemple qui peut être ici donné de la capacité de la plateforme à jouer un rôle d'influence sur la politique européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime est sans nulle doute la désignation d'Europol et de son canal de communication sécurisée SIENA pour l'échange d'informations entre les BRA.

163. Europol, le centre névralgique de l'échange d'informations dans l'UE. Europol est un acteur clé dans l'échange d'informations dans l'UE. Il permet un échange sécurisé pour des données communiquées dans le cadre des procédures d'échange d'informations. La décision-cadre 2006/960/JAI régissant la procédure d'échange d'informations n'impose pas un canal de communication en particulier pour procéder aux échanges d'informations. Elle rappelle seulement que « *l'échange d'informations et de renseignements mis en place au titre de la présente décision-cadre peut avoir lieu par l'intermédiaire de tous les canaux de coopération internationale, quels qu'ils soient, qui existent entre les services répressifs* ». Pour autant, et à la lumière de plusieurs communications de la Commission européenne, il semble que le canal de communication mis en place par Europol soit privilégié par les textes. En effet, Europol est présenté dans plusieurs études et textes européens comme « *un centre névralgique de l'échange d'informations dans l'Union* »⁸⁰¹ pour une raison particulière : il possède un canal de communication sécurisé, le système « *Secure Information Exchange Network Application* »

⁸⁰¹ Règlement (UE) 2016/794 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) et remplaçant et abrogeant les décisions du Conseil 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI et 2009/968/JAI [JOUE L 135, 24.05.2016 ; p. 51-114], cons. 12.

(SIENA)⁸⁰². L'ensemble des textes de la Commission européenne abordant la question de la communication entre les BRA européens, et plus largement du modèle européen d'échange d'informations (EIXM), souligne systématiquement un impératif : instaurer un canal de communication sécurisé⁸⁰³. Le système SIENA apparaît ainsi comme le canal de communication à privilégier pour l'échange d'informations à des fins de détection et d'identification des produits du crime car, il est sécurisé et opérationnel. La Commission européenne, notamment dans le rapport de 2011 relatif à la mise en œuvre de la décision 2007/845/JAI, souligne que le « *Criminal Assets Bureau* » d'Europol a proposé d'étudier la possibilité de recourir au système SIENA d'Europol pour les échanges d'informations entre les BRA européens⁸⁰⁴. Il convient de rappeler que seules les « *autorités compétentes des États membres* », telles que définies par le règlement (UE) 2016/794, peuvent bénéficier de l'appui de l'Agence Europol, et par extension du système SIENA. Par conséquent, il se pose la question de savoir si les BRA européens sont des « *autorités compétentes des États membres* », condition préalable de l'utilisation du système SIENA. Le règlement (UE) 2016/794 les définit comme suivant : « *l'ensemble des autorités de police et autres services répressifs existant dans les États membres qui sont compétents, en vertu du droit national, en matière de prévention et de lutte contre les infractions pénales* »⁸⁰⁵. En outre, sont également considérées comme des autorités compétentes au sens du règlement (UE) 2016/794, toutes « *autorités publiques existant dans*

⁸⁰² SIENA « *connects the Member States via the Europol national units and the Europol liaison bureaux but does not routinely involve Europol. Siena has been in use since 2009, replacing the information exchange application (Info-Ex) that had been in use since 1996. It is currently used to share sensitive data between the Member States [(605245 operational messages in 2014)] [in BOEHM F., « Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level», Springer, Berlin, 2012, p. 182]. Il convient également de souligner que l'accès à ce canal de communication peut être également accessible à des autorités compétentes de pays tiers. En effet, les 28 États membres ont un accès direct au système SIENA, mais 14 Parties tierces (dont Eurojust, Interpol, la Norvège, la Suisse, l'Australie ou encore les États-Unis [BOEHM F., « Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level», *ibid.*]) ont accès directement à ce canal de communication, et ce, en vertu d'un accord conclu avec Europol et 9 Parties tierces disposent d'un accès indirect au système SIENA [Chiffres extraits du site : <https://www.europol.europa.eu/content/page/siena-1849>].*

⁸⁰³ Ainsi, la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil de 2008 – « *Produit du crime organisé – Garantir que le crime ne paie pas* » – souligne qu'il « *devrait être établi entre les BRA* » « *un canal de communication sécurisé et standardisé* » [Communication COM (2008) 766 final, p. 10]. De même, le rapport de la Commission de 2011 sur la mise en œuvre de la décision 2007/845/JAI relevait parmi les principaux obstacles à l'échange d'informations entre les BRA européens l'absence de système sécurisé d'échange d'informations [Rapport de la Commission [COM(2011) 176 final, *op. cit.*, p. 9]. Mais, cet impératif de sécuriser les échanges d'informations entre les autorités compétentes des États membres ressort également de l'ensemble des documents de la Commission européenne ayant trait à cette question de l'échange d'informations. V. en ce sens la Communication COM(2010) 385 final ; ainsi que la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « *Renforcer la coopération dans le domaine de la répression au sein de l'UE : le modèle européen d'échange d'informations (EIXM)* », du 7 décembre 2012 [COM (2012) 735 final].

⁸⁰⁴ COM(2011) 176 final, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁰⁵ Règlement (UE) 2016/794, *op. cit.*, art. 2, a).

les États membres qui sont compétentes, en vertu du droit national, en matière de prévention et de lutte contre les infractions pénales »⁸⁰⁶. La définition telle que posée par le règlement semble suffisamment large pour pouvoir y inclure les BRA, et ainsi leur ouvrir l'accès au système d'échange d'informations SIENA. En effet, le rapport de la Commission de 2011 note que les BRA ont été majoritairement créés dans les services répressifs des États membres ou dans des autorités publiques, telles que les CRF ayant pour mission de prévenir et lutter contre le blanchiment de capitaux⁸⁰⁷. Il semble que les BRA, en ce qu'ils participent à prévenir et à lutter contre les produits illicites provenant d'activités criminelles, telles que la corruption dans le secteur privé et dans le secteur public, le faux monnayage, la fraude et la contrefaçon, le blanchiment de capitaux, le terrorisme, le trafic de stupéfiants, la criminalité organisée, la traite des êtres humains, les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie ou encore les attaques contre les systèmes d'information⁸⁰⁸, semblent entrer dans la définition juridique « *d'autorité compétente* », et pouvoir bénéficier de l'appui d'Europol et du système SIENA. Pour ce faire, la Commission dans sa communication de 2008 enjoint, si le système SIENA était choisi, « [l]es États membres [à] désigner leurs BRA comme autorités compétentes dans le cadre de SIENA et de l'initiative suédoise »⁸⁰⁹. Cela nécessiterait « en outre qu'ils lient techniquement leurs BRA à leurs unités nationales Europol⁸¹⁰ »⁸¹¹. Depuis 2015, le système SIENA d'Europol est devenu le système sécurisé d'échange d'informations privilégié, sauf pour les BRA de Chypre, Malte, Roumanie et Slovaquie, faisant

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ V. la liste des BRA européens dans le rapport COM(2011) 176 final [*op. cit.*, p. 4-5].

⁸⁰⁸ Ces infractions constituent le champ d'application de la directive 2014/42/UE concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne. Il convient en outre de préciser qu'est également applicable la décision-cadre 2005/212/JAI relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime qui définit un champ d'application plus large que la directive 2014/42/UE, puisque la décision-cadre prévoit qu'elle est applicable à toutes les infractions punies d'au moins une année d'emprisonnement [art. 2.1].

⁸⁰⁹ COM(2008) 766 final, *op. cit.*, p. 10.

⁸¹⁰ Selon les dispositions de l'art. 8 de la décision du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol) [JOUE L 121, 15.05.2009, p. 37-66], « chaque État membre crée ou désigne une unité nationale chargée de remplir les fonctions » suivantes : elles « fournissent à Europol, de leur propre initiative, les informations et les renseignements qui sont nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions » ; « répondent aux demandes d'informations, de renseignements et de conseils formulées par Europol » ; « tiennent à jour les informations et les renseignements » ; « évaluent les informations et les renseignements au profit des autorités compétentes et les leur transmettent » ; « adressent à Europol des demandes de conseils, d'informations, de renseignements et d'analyses » ; « communiquent à Europol des informations à stocker dans ses bases de données » ; « veillent au respect du droit lors de chaque échange d'informations entre Europol et elles ». Elles sont également « le seul organe de liaison entre Europol et les autorités nationales compétentes des États membres » et reçoivent « en même temps d'Europol toutes les informations échangées au cours des contacts directs entre Europol et les autorités compétentes désignées ».

⁸¹¹ COM(2008) 766 final, *op. cit.*, p. 10.

d'Europol le « *centre névralgique de l'échange d'informations* »⁸¹². La communication de 2010 rappelait en ce sens que « *l'application de réseau d'échange d'informations d'Europol semble être devenue l'application de prédilection pour plusieurs initiatives récentes fondées sur le transfert sécurisé de données* »⁸¹³. En outre, le soutien à l'échange d'informations fait partie de ces missions⁸¹⁴, il constitue le canal de communication le plus adapté pour les BRA européens⁸¹⁵ car il est opérationnel – comme les chiffres peuvent le démontrer⁸¹⁶. Il apporte une solution technique pour l'échange d'informations et satisfait à la réglementation en vigueur concernant la protection des données à caractère personnel⁸¹⁷. Recourir à ce système constitue

⁸¹² Règlement (UE) 2016/794 reprend cette expression de « *centre névralgique de l'échange d'informations [...] concernant la criminalité ou des activités criminelles relevant des objectifs d'Europol* » [Règlement (UE) 2016/794, *op. cit.*, cons. 12]. Il importe de souligner par ailleurs que cette expression est extraite du « *Programme Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens* » qui a appelé Europol à évoluer et à devenir le « *centre névralgique de l'échange d'informations entre les services répressifs des États membres et à jouer le rôle de prestataire de service et de plate-forme pour les services répressifs* » [JOUE C 115, 04.05.2010, p.1].

⁸¹³ COM(2010) 385 final, *op. cit.*, p. 28. Quinze des vingt-sept États membres ont recours fréquemment à Europol et vingt et un des vingt-sept États membres font d'Europol la seconde agence de prédilection pour l'échange d'informations, et ce, même si les échanges bilatéraux demeuraient en tête des classements établis par le rapport. En revanche, le recours à Europol est privilégié selon le rapport « *Assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* » à Interpol, appuyant une fois encore la préférence des autorités compétentes pour le réseau de communication européen. Cependant, les chiffres ne démontrent qu'un faible écart entre les deux réseaux de communication, et notamment quant à leur utilité dans le processus de coopération (vingt et un États membres ont reconnu l'Agence Europol comme un instrument utile et vingt États membres ont également reconnu l'Agence Interpol comme un instrument de coopération utile). (Rapport, « *Assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* », réalisé par Matrix Insight pour la Commission européenne, Direction Générale Justice Liberté Sécurité, juin 2009).

⁸¹⁴ Règlement (UE) 2016/794, *op. cit.*, art. 4.1, h).

⁸¹⁵ COM(2008) 766 final, *op. cit.*, p. 10.

⁸¹⁶ En 2014, le système SIENA s'est : 34 472 nouvelles affaires qui ont été initiées ; 92% des nouvelles affaires ont été initiées par les États membres eux-mêmes, 4% par Europol et 4% par des tierces parties ; 605 245 messages opérationnels échangés ; 573 autorités compétentes ont été configurées sur la base SIENA fin 2014 ; les 28 États membres de l'UE, ainsi que 14 tierces parties sont connectées directement au système SIENA et 19 tierces parties sont connectées indirectement au système ; 4 722 utilisateurs au 31 décembre 2014. URL : <https://www.europol.europa.eu/content/page/siena-1849>

⁸¹⁷ La volonté de sécuriser les échanges d'informations résultent également de la nature sensible des informations échangées : les données à caractère personnel (le droit à la protection des données à caractère personnel le concernant, art. 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE). Les instruments européens d'échange d'informations font l'objet d'une réglementation rigoureuse afin de garantir une protection effective de ce droit dans l'espace pénal européen. En ce sens, le règlement Europol rappelle le principe de limitation de la finalité (V. également sur ce principe la note 69) des données (principe fondamental du traitement des données à caractère personnel), qui impose que les parties doivent être en mesure de déterminer la ou les finalités des données transmises et de restreindre les d'accès à ces informations. À cette fin, le règlement Europol 2016/794 tend à encadrer ces questions liées au traitement de l'information (V. chap. IV du règlement 2016/794 consacré au traitement de l'information et chap. VI sur les garanties relatives à la protection des données). V. également les ouvrages suivants sur ce thème de la protection des données et de l'échange d'informations : BOEHM F., « *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level* », *op. cit.* ; BLASI CASAGRAN C., « *Global Data Protection in the Field of Law Enforcement* », Routledge, Oxford, juin 2016, 264 pp.

également une solution économiquement avantageuse, « *puisque'elle s'appuie sur un réseau existant* »⁸¹⁸.

164. Les autres canaux de communication sécurisés. Il convient toutefois de ne pas faire l'impasse sur les possibilités que peut également offrir le système des bureaux Sirene ou « *Supplementary Information Request at the National Entries* ». En effet, ces bureaux installés dans chaque État membre sont reliés au SIS II, qui contient « *des informations sur des personnes recherchées et des objets volés ou égarés (documents d'identité et voitures notamment)* », mais également « *des données biométriques (empreintes digitales et photographiques) et des données relatives aux mandats d'arrêt européens* », ainsi que des informations relatives « *aux matériels industriels, embarcations, aéronefs, moteurs hors-bords, containers, plaques d'immatriculation, certificats d'immatriculation et titres de paiement* »⁸¹⁹. Cette base de données – composée d'un fichier central (C-SIS) et de fichiers nationaux (N-SIS)⁸²⁰ – peut constituer une source d'informations pour les autorités compétentes en charge de détecter et d'identifier les produits du crime, et ce, d'autant plus que le système fonctionne sur le principe du *hit/no-hit* permettant lors d'un contrôle d'identité ou autre de recevoir une alerte si l'individu ou le bien a été signalé dans le SIS. À la suite de cette alerte, l'autorité compétente pourra demander via le bureau Sirene un complément d'informations à l'État membre à l'origine du signalement. Certes, ce canal de communication ne tend pas à être utilisé par une autorité compétente pour formuler une demande d'informations, mais peut participer, dans une certaine mesure, via le principe *hit/no-hit* à la détection et à l'identification des produits du crime, ainsi que des suspects et propriétaires des biens sur le territoire européen. Concrètement, cela signifie que ce système ne permet pas d'engager une procédure d'échange d'informations, puisqu'il est soumis au système *hit/no hit*. Mais, il peut permettre de motiver ultérieurement une demande d'échange d'informations fondée sur le formulaire de « *l'initiative suédoise* », lorsqu'une concordance a été signalée. En outre, « *les bureaux Sirene communiquent par un réseau virtuel crypté consacré exclusivement aux données du SIS II et à l'échange*

⁸¹⁸ COM(2008) 766 final, *op. cit.*, p. 10.

⁸¹⁹ Liste extraite du rapport du Sénat n° 455 (2015-2016) de M. Jean-Marie BOCKEL, fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, déposé le 9 mars 2016 relatif au projet de loi Agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'informations à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

⁸²⁰ Il convient de souligner ici le système d'alimentation du SIS II. « *Chaque pays alimente la base centrale C-SIS, qui, à son tour, réactualise en temps réel les copies nationales (N-SIS) de chaque pays* » [*ibid.*].

d'informations supplémentaires entre les bureaux »⁸²¹. En d'autres termes, le recours à ce canal crypté est imposé pour l'échange d'informations sur des données inscrites dans le SIS II, sauf impossibilité⁸²². Enfin, il ne peut être fait l'impasse sur le recours aux canaux de coopération internationale. La décision-cadre 2006/960/JAI souligne que « *l'échange d'informations et de renseignements mis en place au titre de la présente décision-cadre peut avoir lieu par l'intermédiaire de tous les canaux de coopération internationale, quels qu'ils soient, qui existent entre les services répressifs* »⁸²³. Cette disposition doit être rapprochée d'une communication de la Commission européenne qui rappelle que « *lorsque le canal n'est pas défini par une exigence juridique, le canal Europol, par l'intermédiaire de l'outil SIENA, devrait être le canal par défaut* »⁸²⁴. Il convient à cet égard de rappeler qu'il existe dans le système européen plusieurs systèmes d'échange d'informations à finalité limitée, possédant pour certains d'entre eux un canal de communication à part entière. Ainsi, la communication intitulée « *Renforcer la coopération dans le domaine de la répression au sein de l'UE : le modèle européen de l'échange d'informations (EIXM)* » soulignait que pour l'échange d'informations, et ce, quelle que soit sa finalité, trois canaux principaux de communication pouvaient être mis en lumière : les bureaux Sirene, SIENA et I-24/7. Ces trois canaux de communication peuvent jouer un rôle dans la détection et l'identification des produits du crime, et ce, même si le canal de communication à privilégier pour les échanges d'informations demeure le système d'échange d'informations Europol, voire le système I-24/7 d'Interpol.

⁸²¹ Décision d'exécutions (UE) 2015/219 de la Commission du 29 janvier 2015 remplaçant l'annexe de la décision d'exécution 2013/115/UE relative au manuel Sirene et à d'autres mesures d'application pour le système d'informations Schengen de deuxième génération (SIS II) [*JOUE* L 44, 18.02.2015, p. 75-116], point 1.10.3.

⁸²² *Ibid.*

⁸²³ Décision-cadre 2006/960/JAI, *op. cit.*, art. 6.1.

⁸²⁴ COM (2012) 735 final, *op. cit.*, p. 11.

SECTION 2. UN RÔLE D'APPUI ET DE SOUTIEN TECHNIQUE AUX AUTORITÉS COMPÉTENTES

165. La fourniture d'une aide juridique et pratique efficace aux fins d'identification et de dépistage des biens en rapport avec le crime. La diffusion des « *bonnes pratiques* » concerne également les territoires nationaux, et notamment les autorités nationales compétentes. Les connaissances acquises par les échanges au sein de la plateforme des BRA ou du réseau CARIN devraient servir à la formation des autorités nationales compétentes, à savoir celles qui ont effectivement la compétence légale de pouvoir mener les enquêtes ou d'accéder aux informations demandées lors de la procédure d'échange d'informations. Il est par conséquent essentiel de diffuser auprès d'eux les nouvelles techniques d'investigation (§1) et de les former à celles-ci (§2)

§1. La diffusion et le développement de l'enquête financière et patrimoniale

166. L'objet de l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime. La définition de l'objet nous permet de rappeler dès à présent une notion essentielle, celle de produit du crime. La notion de produit du crime se définit comme « *tout avantage économique tiré, directement ou indirectement, d'infractions pénales ; il peut consister en tout type de bien et comprend tout réinvestissement ou toute transformation ultérieurs des produits directs et tout autre gain de valeur* ». Le produit du crime est un avantage économique qui prend la forme d'un bien, dont la définition est entendue très largement par le droit européen, puisqu'il inclut « *un bien de toute nature, qu'il soit corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur ce bien* », d'où l'utilisation de l'expression « *enquête patrimoniale ou financière* », dont un tribunal a reconnu qu'il était le résultat d'une infraction. La notion de produit est ici étroitement liée à la constatation de l'infraction, c'est-à-dire à la réunion des éléments constitutifs d'une infraction, et la condamnation d'un auteur. L'objet de l'enquête patrimoniale ou financière est d'apporter des éléments de preuve qu'un bien constitue le produit de l'infraction poursuivie ou l'instrument de celle-ci, c'est-à-dire « *tout bien employé ou destiné à être employé, de quelque façon que ce soit, en tout ou en partie, pour commettre une ou des infractions pénales* »⁸²⁵. Il appartient à un Tribunal sur la base d'éléments de preuve

⁸²⁵ Art 2, 3), directive 2014/42/UE, *op. cit.*

de statuer sur le statut juridique des biens en les désignant comme instruments ou produits du crime. L'enquête financière ou patrimoniale est ainsi centrée sur la recherche des biens en rapport avec le crime. C'est une enquête aux fins d'identification et de dépistage des biens en rapport avec le crime.

167. Une enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des biens en rapport avec le crime. L'enquête patrimoniale ou financière doit permettre d'établir avec certitude le lien entre l'infraction et le bien susceptible de faire l'objet d'une mesure de gel et de confiscation. Mais, plusieurs obstacles peuvent être relevés à l'établissement du lien entre l'infraction et le bien en rapport avec le crime, tels que la localisation du bien, le transfert de la propriété du bien à un tiers ou encore le recours aux systèmes financiers parallèles ou le transfert du bien vers des États qualifiés de « paradis fiscaux ». Autrement dit, l'une des principales difficultés ici est le blanchiment des biens en rapport avec la commission de l'infraction. Par conséquent, l'enquête patrimoniale ou financière impose de recourir aux instruments mis en place dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, et notamment les cellules de renseignement financier (CRF).

Les CRF sont particulièrement intéressantes puisqu'elles ont une fonction en la matière de pré-investigation⁸²⁶. Contrairement aux BRA, les CRF disposent des structures et compétences nécessaires au dépistage et à l'identification des produits du crime. Concrètement, les CFR bénéficient d'une relation privilégiée avec les acteurs principaux détenant les informations patrimoniales ou financières. Les dispositifs anti-blanchiment imposent aux entités privées, ou plus exactement aux entités soumises à obligations définies dans le cadre des dispositifs de lutte anti-blanchiment⁸²⁷ de coopérer avec les CRF. La législation relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du

⁸²⁶ V. M. Penna, « *The 'Pre-investigation' Role of Financial Intelligence Units in Recovery Assets* » in « *Criminal Chasing Assets* », *op. cit.*

⁸²⁷ L'art. 1.2 de la directive (UE) 2015/849, *op. cit.* vise les entités assujetties suivantes : les établissements de crédit ; les établissements financiers ; les personnes physiques ou morales suivantes, agissant dans l'exercice de leur activité professionnelle : les auditeurs, experts-comptables externes et conseillers fiscaux ; les notaires et autres membres de professions juridiques indépendantes, lorsqu'ils participent, au nom de leur client et pour le compte de celui-ci, à toute transaction financière ou immobilière ou lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou l'exécution de transactions portant sur : l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ; la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs appartenant au client ; l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de portefeuilles ; l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés ; la constitution, la gestion ou la direction de fiducies/trusts, de sociétés, de fondations ou de structures similaires ; les prestataires de services aux sociétés et aux fiducies/trusts ; les agents immobiliers ; les autres personnes négociant des biens, dans la mesure où les paiements sont effectués ou reçus en espèces pour un montant égal ou supérieur à 10 000 EUR, que la transaction soit exécutée en une fois ou sous la forme d'opérations fractionnées qui semblent être liées ; les prestataires de services de jeux d'argent et de hasard.

financement du terrorisme est à cet égard un instrument indispensable, puisqu'elle centralise et ce, avant même qu'une investigation financière dans le cadre d'une procédure pénale ne soit mise en place, des données susceptibles de renseigner les autorités compétentes sur des soupçons de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. En outre, elle a permis d'aboutir à la levée du secret bancaire et impose aux entités soumises à obligation dans l'exercice de leurs activités des mesures de vigilances lorsqu'elles nouent une relation d'affaires ; lorsqu'elles exécutent, à titre occasionnel, une transaction d'un montant égal ou supérieur à quinze mille euros, que cette transaction soit exécutée en une seule ou en plusieurs opérations qui semblent être liées ou constituant un transfert de fonds supérieur à mille euros ; dans le cas de personnes négociant des biens, lorsqu'elles exécutent, à titre occasionnel, des transactions en espèces d'un montant égal ou supérieur à dix mille euros, que la transaction soit exécutée en une seule ou en plusieurs opérations qui semblent être liées ; dans le cas de prestataires de services de jeux d'argent et de hasard, lors de la collecte de gains, lors de l'engagement d'une mise, ou dans les deux cas, lorsqu'ils concluent une transaction d'un montant égal ou supérieur à deux mille euros, que la transaction soit exécutée en une seule ou en plusieurs opérations qui semblent être liées ; lorsqu'il y a suspicion de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, indépendamment de tous seuils, exemptions ou dérogations applicables ; lorsqu'il existe des doutes concernant la véracité ou la pertinence des données précédemment obtenues aux fins de l'identification d'un client⁸²⁸. Plus précisément, ces mesures de vigilance consistent en l'identification du client et la vérification de son identité, sur la base de documents, de données ou d'informations obtenus d'une source fiable et indépendante ; l'identification du bénéficiaire effectif et la prise de mesures raisonnables pour vérifier l'identité de cette personne, de telle manière que l'entité assujettie ait l'assurance de savoir qui est le bénéficiaire effectif, y compris, pour les personnes morales, les fiducies/trusts, les sociétés, les fondations et les constructions juridiques similaires, la prise de mesures raisonnables pour comprendre la structure de propriété et de contrôle du client ; l'évaluation et, le cas échéant, l'obtention d'informations sur l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires ; l'exercice d'un contrôle continu de la relation d'affaires, notamment en examinant les transactions conclues pendant la durée de cette relation de manière à vérifier que ces transactions sont cohérentes par rapport à la connaissance qu'a l'entité assujettie de son client, de ses activités commerciales et de son profil de risque, y compris, si nécessaire, de l'origine des fonds, et en tenant à jour les documents, données ou informations détenus⁸²⁹. Elles se

⁸²⁸ Art. 11, directive (UE) 2015/849, *op. cit.*

⁸²⁹ Art. 13.1, *ibid.*

doivent en outre de vérifier également que toute personne prétendant agir au nom du client est autorisée à le faire, et identifient et vérifient l'identité de cette personne. Dans le cas de l'assurance vie ou d'autres types d'assurance liée à des placements, elles doivent appliquer les mesures de vigilance suivante et ce, dès que les bénéficiaires sont identifiés ou désignés : dans le cas de bénéficiaires qui sont des personnes ou des constructions juridiques nommément identifiées, relever leur nom ; dans le cas de bénéficiaires qui sont désignés par leurs caractéristiques, par catégorie ou par d'autres moyens, obtenir suffisamment d'informations sur ces bénéficiaires pour donner l'assurance aux établissements de crédit ou aux établissements financiers d'être à même d'établir l'identité du bénéficiaire au moment du versement des prestations⁸³⁰. Enfin, en cas de cession partielle ou totale à un tiers d'une assurance vie ou d'un autre type d'assurance liée à des placements, les établissements de crédit et les établissements financiers ayant connaissance de cette cession doivent identifier le bénéficiaire effectif au moment de la cession à la personne physique ou morale ou à la construction juridique qui reçoit pour son propre profit la valeur du contrat cédé et dans le cas des bénéficiaires de fiducies/trusts ou de constructions juridiques similaires qui sont désignés par des caractéristiques ou une catégorie particulières, une entité assujettie doit recueillir suffisamment d'informations sur le bénéficiaire pour donner l'assurance à l'entité assujettie d'être à même de pouvoir identifier le bénéficiaire au moment du versement des prestations ou au moment où le bénéficiaire exerce ses droits acquis⁸³¹. Tout en sachant que les entités assujetties disposent d'un pouvoir d'appréciation quant à l'étendue de ces mesures en fonction des risques⁸³².

Parallèlement aux obligations imposées aux entités soumises à obligations, les CRF disposent de pouvoirs importants afin de réaliser leurs missions, qui sont de prévenir, de détecter et de combattre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme⁸³³. Ce sont des organes ou services indépendants et autonomes sur le plan opérationnel, ce qui signifie que la CRF a l'autorité et la capacité nécessaires pour exercer librement ses fonctions, y compris la capacité de décider d'une manière autonome d'analyser, de demander et de disséminer des informations spécifiques. En sa qualité de cellule nationale centrale, la CRF est chargée de

⁸³⁰ Art. 13.5, *ibid.*

⁸³¹ *Ibid.*

⁸³² Art. 13.2, *ibid.* Les mesures énoncées peuvent être considérées comme celles devant être appliquées lors d'un contrôle de base. Cependant, le contrôle peut être modulé. Il peut être simplifié lorsqu'un État membre ou une entité assujettie identifie des domaines présentant un risque moins élevé (art. 15 et suiv., *ibid.*) ou renforcé dans le cadre de relations avec des personnes physiques ou des entités juridiques établies dans les pays tiers répertoriés par la Commission comme étant des pays tiers à haut risque, ainsi que dans d'autres cas de risques plus élevés identifiés par les États membres ou les entités assujetties, les États membres exigent des entités assujetties qu'elles appliquent des mesures de vigilance renforcées à l'égard de la clientèle afin de gérer et d'atténuer ces risques de manière adéquate (art. 18 et suiv., *ibid.*).

⁸³³ Art. 32. 1, *ibid.*

recevoir et d'analyser les déclarations de transactions suspectes ainsi que d'autres informations pertinentes concernant le blanchiment de capitaux, les infractions sous-jacentes associées ou le financement du terrorisme. Elle est chargée de disséminer les résultats de ses analyses aux autorités compétentes, ainsi que toute autre information pertinente, lorsqu'il existe des raisons de suspecter un blanchiment de capitaux, des infractions sous-jacentes associées ou un financement du terrorisme. Elle est en mesure d'obtenir des informations complémentaires auprès des entités assujetties⁸³⁴. En outre, celles-ci devraient pouvoir accéder, directement ou indirectement, en temps utile, aux informations financières, administratives et d'ordre répressif dont elle a besoin pour remplir correctement ses missions et sont en mesure de donner suite aux demandes d'informations soumises par les autorités compétentes lorsque ces demandes d'informations sont motivées par des préoccupations liées au blanchiment des capitaux, à des infractions sous-jacentes associées ou au financement du terrorisme⁸³⁵. En outre, la décision de procéder à l'analyse ou à la dissémination des informations reste du ressort de la CRF, notamment lorsqu'il existe des raisons objectives de supposer que la communication de ces informations aurait un impact négatif sur des enquêtes ou des analyses en cours ou, dans des circonstances exceptionnelles, lorsque leur divulgation serait manifestement disproportionnée par rapport aux intérêts légitimes d'une personne physique ou morale ou ne serait pas pertinente par rapport aux finalités pour lesquelles elle a été demandée, la CRF n'est pas tenue de donner suite à la demande d'informations⁸³⁶. Au regard de la place prépondérante des CRF dans le cadre du dispositif de lutte anti-blanchiment, elles sont des partenaires incontournables de l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des biens en rapport avec le crime. Mais, elles sont aussi des organes d'expertise de l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des biens en rapport avec le crime. Elles peuvent guider les autorités répressives compétentes à mettre en œuvre de manière efficiente l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des biens en rapport avec le crime et ainsi de mettre en place une méthodologie.

⁸³⁴ Art. 32. 3, *ibid.*

⁸³⁵ Art. 32.4, *ibid.*

⁸³⁶ Art. 32.5, *ibid.*

§2. La formation des autorités compétentes chargées de dépister et d'identifier les biens en rapport avec le crime aux nouvelles techniques d'investigation

168. Une méthodologie de l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime. La diffusion des « *bonnes pratiques* » se matérialise également à travers la diffusion d'une méthodologie pour guider et sensibiliser les services répressifs nationaux à la question du dépistage et de l'identification des produits du crime. Des méthodologies ont été prévues par des BRA nationaux, comme cela est le cas en France, avec la Plateforme française d'identification des avoirs criminels (PIAC), mais également au sein de guides, de manuels rédigés par des organismes internationaux destinés à la formation des praticiens afin de les aider à organiser, planifier leur enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime (A), mais cette méthodologie proposée doit être accompagnée d'une formation des autorités répressives compétentes afin d'être effective (B).

A. La définition d'une méthodologie de l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime

169. La place des BRA dans la diffusion et le développement de l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime. Le PIAC, qui est un des BRA désignés par la France, a pour rôle « *de travailler en étroite collaboration avec tous les services de police et unités de gendarmerie afin de systématiser l'approche patrimoniale dans les 264 dossiers et d'apporter une véritable méthodologie d'enquête* »⁸³⁷. Elle a ainsi un rôle d'accompagnement et de formation auprès des services de police et de gendarmerie afin de les sensibiliser à l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime. Pour expliquer la nécessité de sensibiliser et de former tous les services répressifs compétents, il est nécessaire de rappeler quelques chiffres. En France, environ quinze mille incriminations peuvent donner lieu à une sanction de

⁸³⁷ Elle a aussi pour mission « *de centraliser, recouper et restituer l'information relative aux avoirs patrimoniaux ou flux financiers illégaux, de mutualiser les capacités d'enquêtes, coordonner les recherches ; d'apporter un complément d'enquête aux investigations judiciaires traditionnelles sur les réseaux locaux, nationaux et internationaux de délinquants ; de diligenter d'initiative des enquêtes judiciaires sur des individus ou des activités commerciales pouvant être liés à des mouvements terroristes, et en particulier issus de la mouvance islamique* » [SOUVIRA J-M., MATHYS P. et DEFOIS S., op. cit.].

confiscation⁸³⁸. À cela doit s'ajouter les estimations des produits de la délinquance. En 2009, l'UNDOC estimait que la criminalité organisée générerait 870 milliards de dollars par an, soit un montant égal à 1,5 % du PIB mondial⁸³⁹. Cela correspond en outre à six fois le montant de l'aide publique au développement accordée cette année-là, et l'équivalent de près de 7 % des exportations mondiales de marchandises⁸⁴⁰. De même, « *l'économie des drogues dégagerait quant à elle un chiffre d'affaires compris entre 400 et 500 milliards de dollars* »⁸⁴¹. Une étude européenne - commandée par la Commission européenne - estimait que « *les recettes du marché de détail de cannabis se seraient élevées en 2005 pour la seule Europe occidentale, les États-Unis et l'Océanie, à quelque 70 milliards d'euros* »⁸⁴². Enfin, le trafic de cannabis seul sur le territoire français dégagerait un chiffre d'affaires de l'ordre de 800 millions d'euros par an⁸⁴³. À titre d'exemple, les groupes d'intervention régionaux (GIR) français, qui sont chargés de lutter contre l'économie souterraine et les différentes formes de criminalité qui l'accompagnent, ont contribué à la saisie de plus de 550 millions d'euros depuis 2009 (année de création d'une base de données des indicateurs de suivi d'activité)⁸⁴⁴. Ces quelques données montrent la nécessité, l'urgence à définir et diffuser une méthode d'investigation de l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des biens en rapport avec le crime. Des méthodologies tendent à émerger dans la littérature, notamment en provenance de services spécialisés à destination des services de police et de gendarmerie.

170. Une méthodologie fondée sur une série de questions simples afin de connaître l'environnement de la personne concernée par l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime. Pour reprendre l'exemple de la PIAC, cette dernière a mis en place une méthodologie à destination des agents de police et de gendarmerie, qui « *repose sur des réponses à des questions simples*

⁸³⁸ Chiffre extrait d'un article LePoint.fr, « *La plupart des incriminations ne sont pas appliquées* », par L. NEUER, le 15 mai 2015.

⁸³⁹ Chiffres extraits : <https://www.unodc.org/toc/fr/crimes/organized-crime.html>. Peuvent être également cités les chiffres du FMI qui estime que, chaque année, 600 à 1800 milliards de dollars provenant des marchés criminels sont blanchis dans le monde [ROUDAUT M.R., « *Marchés criminels un acteur global* », *op.cit.*, p. 28].

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ ROUDAUT M.R., *op. cit.*, p. 28. L'auteur a extrait ces chiffres de l'article suivant : HUGON P., « *Le rôle des ressources naturelles dans les conflits armés* », Hérodote n° 134, 3e trimestre 2009, p. 74.

⁸⁴² Commission européenne, « *A Report on Global Illicit Drug Markets 1998-2007* », mars 2009, in ROUDAUT M.R., *ibid.*, p. 28.

⁸⁴³ Chiffres extraits de BEN LAKHDAR C., « *Le trafic de cannabis en France* », OFDT, novembre 2007, in ROUDAUT M.R., *ibid.*, p. 28.

⁸⁴⁴ Chiffre extrait de la réponse du 03 mai 2016 à la question n° 74 775 posée par le député M. O. Marleix le 24 février 2015 sur le bilan des Groupes d'intervention régionaux.

»⁸⁴⁵. Les questions sont les suivantes : « *Quelles sont la base infractionnelle et les possibilités de confiscation qu'offre la loi ?* » ; « *quelles sont les personnes physiques et morales visées par l'enquête ?* » ; « *l'identification des biens peut-elle matérialiser de nouvelles infractions (recel, blanchiment, non-justification de ressources) ?* » ; « *quelle est la date d'acquisition de ces biens et leur mode de financement ?* » ; « *les biens ont-ils été acquis pendant la période des faits ?* » ; « *existe-t-il un lien entre les biens et l'infraction (instrument, produit direct ou indirect) ?* » ; « *quelle est la nature des biens identifiés* »⁸⁴⁶. Les réponses aux questions données doivent ainsi guider l'enquête patrimoniale. Ces questions doivent permettre de cartographier le patrimoine de la personne concernée par l'enquête criminelle, ainsi que les proches de celle-ci qui peuvent être les destinataires des biens en rapport avec le crime et de planifier l'enquête.

Ce travail est d'autant plus complexe, qu'il doit en outre imposer l'identification des biens dont les personnes suspectées ou mises en cause sont propriétaires ou dont ils ont la libre disposition, ce qui implique également de viser les biens sous le contrôle des personnes suspectées ou mises en cause, mais dont la propriété appartient à un tiers étendant le champ d'investigation aux proches, ainsi qu'aux personnes morales ; de déterminer l'origine illicite des biens, ce qui requière d'établir un lien entre les infractions poursuivis et les biens ; d'identifier les standards de preuve admis devant les juridictions nationales⁸⁴⁷. Ainsi, l'une des premières questions à résoudre concerne l'identification des auteurs et complices de l'infraction, c'est-à-dire ceux qui ont permis la réalisation matérielle de l'infraction. Cette question est d'autant plus importante qu'elle peut permettre de remonter aux réels bénéficiaires de l'infraction, à savoir ceux à qui profite réellement de la commission des faits. La confiscation demeurant dans la majorité des États membres et ce, qu'elle soit sa forme, une peine puisque la plupart impose qu'une condamnation définitive ait été prononcée, il est nécessaire d'identifier les auteurs de l'infraction pour pouvoir confisquer les biens identifiés comme étant le ou les produit(s) de l'infraction et entrés dans leur patrimoine. Certes la directive 2014/42/UE met en place le mécanisme de confiscation des avoirs des tiers, mais il ne peut être mis en œuvre que si, et seulement si, la mauvaise du tiers est démontrée. Cette preuve peut être établie par l'identification du réel bénéficiaire ou bénéficiaire effectif, c'est-à-dire la ou les personnes physiques qui en dernier ressort possèdent ou contrôlent le client et/ou la ou les personnes

⁸⁴⁵ SOUVIRA J-M., MATHYS P. et DEFOIS S., *op. cit.*

⁸⁴⁶ *Ibid.* V. également le Manuel de recouvrement des biens mal acquis, Manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis, rédigé par Brun J-P., GRAY L., SCOTT C. et STEPHENSON K. M., Programme STAR et du Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation des produits du crime, ONUDC, mai 2013, p. 59.

⁸⁴⁷ CEART PROJECT, White Paper on Best Practices in Asset Recovery, 2009, p. 42.

physiques pour lesquelles une transaction est exécutée ou une activité réalisée⁸⁴⁸. Dans le cas des sociétés par exemple le bénéficiaire effectif d'une opération est la ou les personnes physiques qui en dernier ressort possèdent ou contrôlent une entité juridique, du fait qu'elles possèdent directement ou indirectement un pourcentage suffisant d'actions ou de droits de vote ou d'une participation au capital dans cette entité, y compris au moyen d'actions au porteur ou d'un contrôle par d'autres moyens, autre qu'une société cotée sur un marché réglementé qui est soumise à des obligations de publicité compatibles avec le droit de l'Union ou soumise à des normes internationales équivalentes qui garantissent la transparence adéquate pour les informations relatives à la propriété. De plus, une participation dans l'actionariat à hauteur de vingt-cinq pourcents des actions plus une ou une participation au capital de plus de vingt-cinq pourcents dans le client, détenu par une personne physique, est un signe de propriété directe. Une participation dans l'actionariat à hauteur de vingt-cinq pourcents des actions plus une ou une participation au capital de plus de vingt-cinq pourcents, détenu par une société, qui est contrôlée par une ou plusieurs personnes physiques, ou par plusieurs sociétés, qui sont contrôlées par la ou les mêmes personnes physiques, est un signe de propriété indirecte⁸⁴⁹. Dans le cas des fiducies/trusts seront identifiés comme les bénéficiaire effectif le constituant, le ou les fiduciaires/trustees, le protecteur, le cas échéant, les bénéficiaires ou, lorsque les personnes qui seront les bénéficiaires de la construction ou de l'entité juridique n'ont pas encore été désignées, la catégorie de personnes dans l'intérêt principal de laquelle la construction ou l'entité juridique a été constituée ou opère ou toute autre personne physique exerçant le contrôle en dernier ressort sur la fiducie/le trust par propriété directe ou indirecte ou par d'autres moyens. Pour les entités juridiques telles que les fondations, et les constructions juridiques similaires à des fiducies/trusts, la ou les personnes physiques occupant des fonctions équivalentes ou similaires à celles visées dans le cas des fiducies/trust. En outre, cette preuve permettra également de cibler les décideurs des organisations criminelles, qui font rarement l'objet d'enquêtes et de poursuites, et de procéder à la confiscation des produits du crime. Cibler les réels bénéficiaires effectifs suppose également de mener une enquête sur l'entourage des personnes auteurs ou complices de l'infraction. Cela inclut les membres de la famille (conjoint, les enfants et leurs conjoints ou encore les parents), les « *personnes connues pour être étroitement associés* »⁸⁵⁰, à savoir toute personne physique connue pour être les bénéficiaires

⁸⁴⁸ Art. 3, 6), directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁸⁴⁹ Ceci s'applique sans préjudice du droit des États membres de décider qu'un pourcentage plus bas peut être un signe de propriété ou de contrôle.

⁸⁵⁰ Art. 3, 11), directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du

effectifs d'une entité ou construction juridique conjointement avec la ou les personne(s) visée(s) par l'enquête ou pour entretenir toute relation d'affaires étroites avec une telle personne et toute personne physique connue pour être le seul bénéficiaire d'une entité ou construction juridique connue pour avoir été établie au profit de ou des auteur(s), ou toute personne avec qui le ou les auteur(s) entretiennent des relations habituelles. Cette recherche auprès de l'entourage de ou des personne(s) mise(s) en cause ou suspectée(s) permettra d'identifier et de déterminer les propriétés de fait, c'est-à-dire un bien appartenant juridiquement à un tiers, mais qui en réalité appartient à la ou aux personne(s) mise(s) en cause ou suspectée(s).

171. La planification de l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime. Précédemment, il a été fait mention de l'opportunité des CRF de choisir le moment où elles saisiront les autorités répressives et judiciaires compétentes. La planification répond à ce besoin de choisir le bon moment pour agir. Dans un premier temps, il s'agit de déterminer les biens visés par l'enquête patrimoniale. Est-ce que les seuls instruments et produits du crime sont visés ou bien l'enquête doit-elle être également élargie aux profits tirés de la commission d'infractions non poursuivies ? Dans un deuxième temps, une enquête planifiée suppose qu'il ait été réfléchi en amont au calendrier. L'enquête patrimoniale s'inscrit généralement dans le cadre de l'enquête aux fins d'élucidation des faits, qui tend quant à elle à rassembler les éléments de preuve liés à l'infraction elle-même. Dans un troisième temps, la planification suppose de nommer des agents expérimentés et de cibler les ressources matérielles nécessaires. Enfin, il doit être dresser la liste des potentiels organes ou services nationaux ou internationaux susceptibles de fournir des renseignements pertinents aux fins de réalisation de l'enquête.

Les acteurs internationaux et européens qui ont également tenté de définir les contours de l'enquête patrimoniale, dont peuvent être cités le GAFI⁸⁵¹, l'UNDOC⁸⁵² ou encore la Commission européenne⁸⁵³, ont tous poser un principe : la planification des enquêtes

terrorisme, modifiant le règlement (UE) 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission [JOUE L 141, 5.06.2015, p. 73-117].

⁸⁵¹ Rapport GAFI, « *Operational Issues Financial Investigations Guidance* », juin 2012. URL : http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/reports/Operational%20Issues_Financial%20investigations%20Guidance.pdf

⁸⁵² Peuvent être cités le manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation de l'UNDOC [*op. cit.*], mais également les études réalisées dans le cadre du programme StAR (Banque mondiale et UNDOC), dont le manuel de recouvrement des biens mal acquis [*op. cit.*].

⁸⁵³ Plusieurs études ont été commandées par la Commission européenne lors de la préparation de la nouvelle directive 2014/42/UE. Peuvent être citées l'étude « *Assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* », *op. cit.* ; « *Study for an impact assessment*

patrimoniales⁸⁵⁴. À cette fin, il est intéressant de constater que ces études listent, avec plus ou moins de précisions, les étapes indispensables au déroulement de l'enquête patrimoniale. À titre d'exemple, étude « *White Paper on Best Practices in Asset Recovery* » relève que planifier une enquête patrimoniale nécessite de préparer un programme de travail qui comprend plusieurs aspects, tels que les objectifs de l'enquête, soit préciser le but à atteindre, la description détaillée des étapes à suivre, la préparation d'un calendrier qui prend en compte les délais légaux dans lesquels l'enquête doit se dérouler, la nomination d'un personnel formé et expérimenté, l'affectation de ressources matérielles ou encore la détermination des autorités compétentes qui seront réceptrices des demandes d'exécution des actes de l'enquête ou dans le cadre de la coopération des actes judiciaires⁸⁵⁵. Ces études n'ont cependant pas vocation à guider de façon pragmatique les services de police et de gendarmerie. La grande majorité des études européennes s'adresse aux institutions, et non aux praticiens. Ainsi, les études « *assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* » et « *study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets* » ont servi de bases de travail pour l'élaboration de la nouvelle directive 2014/42/UE, mais ne tendent pas à s'adresser aux praticiens⁸⁵⁶. Elles ont pour seule vocation de mettre en lumière les disparités entre les législations nationales des États membres en matière de gel et de confiscation, ainsi que les failles du système européen et les perspectives d'évolution de ce système. Ce sont des études d'analyse. L'étude « *White Paper on Best Practices in Asset Recovery* » met certes en exergue un certain nombre de points devant être pris en considération dans la procédure de l'enquête patrimoniale. À titre d'exemple, elle liste les étapes à suivre ou encore dresse les obstacles

on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets », rédigé par FORSAITH J., IRVING B., NANOPOULOS E. et FAZEKAS M. (RAND Europe), pour la Commission européenne, Direction Générale des Affaires Intérieures, 2012 ; « *White Paper on Best Practices in Asset Recovery* », réalisé par le CEART PROJECT (Centers Of Excellence in Asset Recovery and Training).

⁸⁵⁴ V. « *White Paper on Best Practices in Asset Recovery* », *op. cit.*, p. 34-40 ; « *Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets* », *op. cit.*, p. 38-53 ; Manuel de recouvrement des biens mal acquis, *op. cit.*, p. 51-90 (chap. 3. La recherche des preuves et le « traçage » des avoirs) ; Rapport GAFI, « *Operational Issues Financial Investigations Guidance* », *op. cit.*, p. 25-29.

⁸⁵⁵ « *White Paper on Best Practices in Asset Recovery* », *ibid.*, p. 35.

⁸⁵⁶ V. J.-P. Brun, L. Gray, C. Scott, K. M. Stephenson, « *Manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis. Un Guide pour les Praticiens* », *op. cit.* ; Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, *op. cit.* ; Guide législation pour l'application de la Convention des Nations unies contre la corruption, *op. cit.* ; CEART PROJECT, « *White Paper on Best Practices in Asset Recovery* », *op. cit.* ; Rapport de L. Gray et autres, « *Bien mal acquis. Un guide des bonnes pratiques en matière de confiscation d'actifs sans condamnation (CSC)* », *op. cit.* ; R. Golobinek, « *Financial Investigations and Confiscation of Proceeds from Crime. Training Manual for Law Enforcement and Judiciary* », CARDS Regional programme 2002/2003, Project: Development of Reliable and Functioning Policing Systems and Enhancing of Combating Main Criminal Activities and Police Co-operation (CARPO), Focus : Strengthening police capacities against serious crime in South-eastern Europe, 39 p.

susceptibles d'intervenir lors de l'enquête, tels que ceux tenant à l'identification des bénéficiaires effectifs, à l'établissement du lien entre le bien et l'infraction poursuivie, au temps ou encore à l'analyse des informations obtenues⁸⁵⁷. Pour autant, les solutions apportées ne sont généralistes⁸⁵⁸, et nécessitent d'être approfondies. En revanche, ces mêmes généralités peuvent constituer des pistes de réflexions quant à l'élaboration de guide à des fins de dépistage et d'identification des produits du crime. Parallèlement à ces études qui ont une portée principalement analytique, il existe des études issues d'organismes internationaux, telles que le GAFI ou l'UNDOC, qui ont vocation à être davantage opérationnelles. Les titres de ces études sont par ailleurs révélateurs de cet aspect, puisqu'il est question de manuels, de guides ou encore de lignes directrices. Elles peuvent constituer un appui intéressant pour les praticiens, en ce qu'elles sont axées sur la question du recouvrement des produits du crime, d'une part, et sur l'entraide répressive et la coopération judiciaire, d'autre part. Ces documents permettent de synthétiser les systèmes mis en place à travers le monde. Mais ils ne constituent pas une base juridique suffisamment précise et détaillée pour aider les praticiens dans l'exercice de leur fonction. Ces documents semblent présenter seulement un intérêt informatif pour les législateurs et les praticiens afin d'avoir un aperçu des pratiques nationales étrangères, renforçant le rôle des réseaux internationaux dans l'entraide répressive aux fins d'identification et de dépistage des biens en rapport avec le crime.

B. La formation des autorités répressives compétentes à l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime

172. Une formation européenne des services répressifs compétents aux fins d'identification et de dépistage des biens en rapport avec le crime. Définir une méthodologie permet de faciliter la formation des autorités répressives compétentes. La formation des enquêteurs en la matière constitue une préoccupation forte du législateur européen. La communication intitulée « *Garantir que le crime ne paie pas* » soulignait, par ailleurs, la nécessité de renforcer les enquêtes financières et l'analyse criminelle financière⁸⁵⁹.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 35-38.

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ V. sur la question du renseignement et l'analyse criminelle l'article de RIBAUX O. et TOURNIE C., « *Le renseignement et l'analyse criminels. Application à la lutte contre le crime économique et financier* » in CUTAJAR C. (dir.), « *Garantir que le crime ne paie pas* » *Stratégie pour enrayer le développement des marchés criminels* », Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2011, 330 p. et

Pour ce faire, la Commission avait notamment entamé un travail avec Europol et un certain nombre d'États membres « *sur un projet visant à établir un ensemble de normes minimales communes pour la formation des enquêteurs financiers (couvrant huit domaines de compétence) - un système européen d'accréditation - ainsi qu'à dispenser des formations dans les États membres sur la base de ces mêmes normes* »⁸⁶⁰. Le Conseil a par ailleurs rappelé en mai 2016 que « *les enquêtes financières offrent un potentiel qui va au-delà de la criminalité financière et économique et du recouvrement des avoirs* ». Elles « *sont considérées comme une méthode nécessaire aux services répressifs, car elles facilitent la collecte d'éléments de preuve, l'établissement d'une cartographie des organisations criminelles et la détection des produits des activités criminelles* » et « *devraient faire partie intégrante des modèles des services de police 288 nationaux en matière de lutte contre la criminalité* »⁸⁶¹. L'Union tend à terme à mettre en place des « *normes minimales communes pour la formation des enquêteurs financiers* ».

Pour la formation, les agences européennes - telles qu'Europol, le Collège européen de police (CEPOL), Eurojust ou encore l'OLAF - ont un rôle à jouer. Le CEPOL est tout particulièrement « *invité à renforcer la coopération pluridisciplinaire en matière d'enquête financière en offrant des formations professionnelles, y compris dans un cadre pluridisciplinaire* » ; « *à développer la coopération avec le Réseau européen de formation judiciaire* » ; « *à offrir des formations sur les nouvelles technologies, ainsi que sur des sujets tels que la "face cachée du web" et les monnaies virtuelles* » ; « *à offrir une formation sur les problèmes juridiques rencontrés par les services répressifs dans les enquêtes financières (transfrontières)* » ; « *à continuer d'offrir des programmes d'échange aux enquêteurs financiers* » ; « *à offrir, à des fins de formation et de sensibilisation, des programmes en ligne (apprentissage en ligne, applications internet) sur l'enquête financière (pluridisciplinaire)* »⁸⁶².

⁸⁶⁰ Communication COM (2008) 766 final, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁶¹ Projet de conclusions du Conseil et plan d'action sur la voie à suivre en matière d'enquêtes financières du Conseil de l'Union européenne le 12 mai 2016. URL : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/st-8777-2016-init/fr/pdf>

⁸⁶² *Ibid.*

CONCLUSION - CHAPITRE 2

173. Des acteurs de l'orientation de la procédure européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Le développement des législations relatives à la confiscation et au recouvrement des produits du crime a conduit à moderniser l'enquête criminelle en incluant le volet financier et patrimonial. Désormais le volet financier est un pan indiscutable de l'enquête criminelle nécessitant de coordonner l'enquête aux fins d'élucidation des faits et celle aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime. Mais il a également permis la création d'organes, d'acteurs institutionnels spécialisés, professionnalisés, voire transdisciplinaires permettant de garantir l'exécution de l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des biens en rapport avec le crime. Les BRA sont le résultat du développement des normes de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

Pour autant, l'exercice de leurs missions – notamment lorsque celles-ci s'exercent dans le cadre de l'entraide répressive et de la coopération judiciaire en matière pénale – leur confère une position centrale dans le processus de réflexion autour de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Leurs liens avec les autorités compétentes nationales, ainsi que les autorités compétentes étrangères et avec les institutions européennes, combinés avec les connaissances théoriques et pratiques acquises au cours de l'exercice de leur fonction font d'eux des experts capables d'orienter les futures politiques qui devraient être mises en place en vue d'améliorer le taux de recouvrement des produits du crime dans l'UE au travers d'outils tels que des guides, des recommandations, ainsi que des instruments de formation à destination des autorités répressives compétentes. Ils ne sont plus la conséquence du développement de la procédure européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime, mais des acteurs actifs de l'orientation qu'elle doit prendre.

CONCLUSION – TITRE 1

174. Des bureaux de recouvrement des avoirs aux bureaux de gestion des avoirs. En 2008, de tels bureaux n'existaient pas dans tous les États membres de l'UE et, là où ils existaient, ils présentaient des différences notables en termes de structure, de pouvoirs et de pratiques. Cependant, la Commission espérait à cette époque qu'à « *brève échéance, les États membres devraient convenir des meilleures modalités pratiques pour la création de BRA au niveau national, des pouvoirs dont ces bureaux doivent disposer pour dépister et geler les avoirs du crime avec efficacité, ainsi que des possibilités d'échange d'informations qu'il convient de leur donner* »⁸⁶³, et parmi les principales recommandations concernant la création de bureaux de recouvrement des avoirs pleinement efficaces peuvent être citées : la création de structure pluridisciplinaire réunissant des spécialistes des services policiers, judiciaires, fiscaux, sociaux et douaniers, ainsi que de tout autre service compétent, permettant de prendre en charge toutes les étapes de la procédure de confiscation et de recouvrement des avoirs. Elle souhaite mettre en place des autorités centrales dont les compétences s'étendent de l'enquête à la réutilisation des biens confisqués, en passant par l'une des étapes qui connaît actuellement le plus de développements : la gestion des biens.

La gestion des biens est l'illustration des transformations institutionnelles qui ont été amenées avec le développement et la diffusion de la sanction de confiscation. Pour faire face à cet accroissement de biens potentiellement confisquables, la question de la prise en charge des biens est devenue un enjeu majeur. Deux raisons peuvent être avancées : la première est l'obligation de préserver les biens gelés afin de protéger le droit de propriété des personnes concernées par la mesure de gel, d'une part, et un enjeu économique, d'autre part. La phase de gestion des biens a un coût économique important, qui l'est suffisamment pour remettre en question les fondamentaux liés à la sanction pénale.

⁸⁶³ COM/2008/0766 final, *op. cit.*

TITRE 2. LA MISE EN PLACE D'ORGANES SPECIALISÉS AUX FINS DE GESTION DES PRODUITS DU CRIME

175. La mise en place de nouveaux acteurs institutionnels spécialisés, l'exemple de la gestion des biens. L'évolution de la sanction de confiscation a conduit à créer de nouveaux acteurs institutionnels, notamment lors de la phase de gestion des biens. Ils répondent à la nécessité de renforcer et de compléter le système européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

Dès les années 2000, des instances internationales ont pointé le besoin pour les États de se munir de telles dispositions. Le G8 a publié dès 2005 un document intitulé : « *G8 Best Practices for the Administration of Seized Assets* »⁸⁶⁴. Ce document s'inscrit dans la continuité d'un autre texte publié deux ans auparavant, lors d'une rencontre entre les Ministres de la justice et des affaires étrangères du G8 et la Commission européenne : « *29 best practice principles on tracing, freezing, and confiscation of crime-related assets* »⁸⁶⁵. Le document « *G8 Best Practices for the Administration of Seized Assets* » correspond à l'approche institutionnelle ou opérationnelle du document adopté en 2003. Il met en avant la nécessité de planifier la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Il rappelle à cet égard, entre autres, que « *la planification avant la confiscation est essentielle pour estimer les dépenses et prendre des décisions quant à savoir si les marchandises doivent être saisies, comment, et quelles marchandises seront confisquées en premier lieu* »⁸⁶⁶. Peut être cité également le GAFI, qui préconise que « *pour améliorer l'efficacité des régimes de confiscation, les pays doivent mettre en œuvre un programme de gestion efficace des biens gelés, saisis et confisqués et, si nécessaire, de leur aliénation* »⁸⁶⁷. Au sein de l'UE, toutes les études qui ont été publiées sur le sujet de la confiscation et du recouvrement des produits du crime ont un volet concernant les régimes de gestion des biens gelés et confisqués. Plus particulièrement, une étude commandée par le Parlement européen se focalise sur ce sujet et aborde notamment la

⁸⁶⁴ G8, "G8 Best Practices for the Administration of Seized Assets", G8 Lyon/Roma Group, Criminal Legal Affairs Subgroup, Final version, dated April 27, 2005.

⁸⁶⁵ G8, "29 best practice principles on tracing, freezing, and confiscation of crime-related assets" (URL : https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2004/06/03/G8_Best_Practices_on_Tracing.pdf).

⁸⁶⁶ Ibid. « *Planning prior to the forfeiture is essential to estimate expenses and take decisions about whether goods are to be seized then how, and which goods are going to be forfeited in first place* ».

⁸⁶⁷ GAFI, "Best Practices. Confiscation. Recommendations 3 and 38". *To enhance the effectiveness of confiscation regimes, countries need to implement a program for efficiently managing frozen, seized and confiscation property and, where necessary, disposing of such property* ».

thématique de l'utilisation des produits confisqués⁸⁶⁸. Ce document « *a pour but d'analyser en profondeur le cadre juridique de la procédure de recouvrement des avoirs, tant à l'échelle de l'UE qu'au niveau des États membres, afin d'évaluer la faisabilité de l'établissement d'une réglementation européenne sur l'utilisation des avoirs confisqués en faveur de la société civile, en particulier à des fins sociales* ». La Commission européenne a également participé au financement d'un livre blanc intitulé « *White Paper on Best Practices in Asset Recovery* », qui axe ses recherches sur le recouvrement et la gestion des produits du crime⁸⁶⁹. L'UE a financé ce projet à travers son programme « *Prevention of and Fight against Crime 2007-2013 – Call for Proposals 2009* ». Grâce à ce financement, ce programme a pu organiser différentes activités autour de son axe de recherche, telles que des séminaires, des formations, ainsi que des études. Il montre l'intérêt que l'UE porte à la question de la gestion des produits du crime. Le financement de ce programme n'est pas la seule action de l'UE, puisqu'au sein d'une autre étude intitulée « *Assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* », une partie à part entière de l'étude est consacrée à la question de la gestion des biens criminels dans l'UE⁸⁷⁰. Toutes ces productions n'ont qu'un but : rappeler aux États membres le rôle central de la gestion des biens en rapport avec le crime dans la procédure de confiscation et de recouvrement desdits biens. La directive 2014/42/UE consacre un article à part entière à la gestion des biens et impose aux États membres de mettre en place un cadre institutionnel qui soit en mesure de gérer de manière adéquate les biens gelés⁸⁷¹.

176. La mise en place d'organes ou services chargés de gérer les biens. Cette partie est consacrée à l'étude des bureaux de gestion des avoirs (BGA), et notamment à la place ou à la fonction qu'ils s'occupent dans le processus européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Ces nouveaux acteurs institutionnels ont, par leurs structures, d'une part, et par les compétences qui sont les leurs, d'autre part, un caractère *sui generis*, c'est-à-dire une construction qui découle des impératifs liés à la procédure de confiscation et de recouvrement

⁸⁶⁸ Basel Institute on Governance, « *La nécessité d'une nouvelle législation européenne permettant d'utiliser les avoirs confisqués aux organisations criminelles en faveur de la société civile, en particulier à des fins sociales* », document rédigé à la demande de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, PE 462.437.

⁸⁶⁹ CEART Project, « *White Paper on Best Practices in Asset Recovery* », *op. cit.*

⁸⁷⁰ MATRIX, « *Assessing the effectiveness of EU Member States' practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* », commandé par la Commission européenne, DG Justice, Liberté et Sécurité, juin 2009. URL : http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/20120312/final_asset_recovery_report_june_2009.pdf

⁸⁷¹ Art. 10, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

des produits du crime, et non à ceux liés à la mise en œuvre du droit pénal et de la procédure pénale (Chapitre 1). Toutefois, cette nouvelle étape procédurale n'est pas sans conséquence sur la coopération judiciaire en matière pénale (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'ÉTABLISSEMENT D'ORGANES OU SERVICES CHARGÉS DE GÉRER LES BIENS

CHAPITRE 2. LES EFFETS DE LA PHASE GESTION SUR LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE

CHAPITRE 1. L'ÉTABLISSEMENT D'ORGANES OU SERVICES CHARGÉS DE GÉRER LES BIENS

177. La création d'organes ou de services spécialisés pour gérer de manière adéquate les biens gelés. La gestion des biens a été traitée par le droit européen sous l'angle institutionnel. Pour garantir une gestion adéquate des biens gelés, l'Union impose aux États de mettre en place un organe ou un service spécialisé pour les gérer. La directive européenne 2014/42/UE souligne que « *Les États membres prennent les mesures nécessaires [...] pour garantir la gestion adéquate des biens gelés en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure* ». Il est intéressant de noter que l'Union en la matière n'impose aucune obligation, aucun modèle. Elle laisse aux États membres une marge de manœuvre quant à la mise en place de leur système de gestion des produits du crime. Toutefois, cette obligation est née de la nécessité de préserver les biens gelés tout au long de la procédure judiciaire. Le développement de cette question est ainsi lié – en partie – à la question de la protection des droits fondamentaux de la personne concernée par la mesure de gel. Il convient de rappeler que la mesure de gel ne dépossède pas les personnes visées de leurs droits de propriété sur le bien. Seul, le droit d'en disposer est gelé. En ce sens, la mesure de gel constitue une atteinte aux droits de propriété des personnes visées et, à cet égard, les États membres ont l'obligation de le préserver de toutes destructions ou dépréciations pendant la durée où le gel court. Il s'agit d'une obligation positive à la charge des États membres. La directive européenne 2014/42/UE précise en outre que « *les États membres prennent les mesures nécessaires [...] pour garantir la gestion adéquate des biens gelés en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure* ». Dans cette perspective, l'obligation est faite aux États membres de mettre en place un cadre institutionnel capable de remplir l'obligation d'administrer les biens gelés. Mais il s'agit là d'une obligation *a minima*. Les États peuvent élargir les compétences des BGA à l'administration des biens confisqués. Il est en outre important de rappeler qu'au sein d'un État membre une même administration n'est pas systématiquement compétente pour administrer les biens gelés et confisqués.

Ainsi, le droit européen ne met en place aucun modèle spécifique de gestion des produits du crime, il est seulement fait obligation aux États de mettre en place un organe ou service spécialisé (section 1), qui sera chargé de gérer et/ou de réutiliser de manière adéquate les biens en rapport le crime (section 2).

SECTION 1. L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES ORGANES OU SERVICES SPÉCIALISÉS DE GESTION DES PRODUITS DU CRIME

178. L'hétérogénéité des modèles institutionnels européens en matière de gestion des produits du crime. Il existe plusieurs modèles européens de gestion des produits du crime. Les études menées sur le sujet réalisent des classifications distinctes, soit en fonction du degré de spécialisation et d'autonomie des services ou organes en charge de la gestion des produits du crime, soit en fonction de leur emplacement sur l'échiquier institutionnel. Il existe par conséquent une pluralité d'approches et de systèmes institutionnels de gestion des produits du crime dans l'Union européenne expliquant l'absence de positionnement du droit européen sur la question, qui impose seulement aux États membres l'obligation de mettre en place des organes ou services spécialisés. Il s'agit là d'une obligation importante pour la réussite de la procédure de gestion des produits du crime. Cette obligation impose – malgré les différentes approches institutionnelles – de mettre en place, de désigner parmi l'ensemble des acteurs répressifs et judiciaire un unique acteur institutionnel chargé d'administrer et de coordonner la procédure de gestion des produits du crime. Cela implique de mettre en place une structure spécialisée, disposant des connaissances théoriques et pratiques nécessaires pour exercer sa mission, ainsi que d'un personnel propre et de moyens financiers suffisants. L'étude de cette question montre une spécialisation des personnels répressifs et judiciaires autour de la gestion, et plus largement de la confiscation et du recouvrement des produits du crime. Mais le degré de spécialisation et de professionnalisation varie considérablement d'un État membre à un autre. Les choix structurels restent très hétérogènes (§1), malgré le fait que tous les États membres ont actuellement désigné un BGA⁸⁷², conduisant également à une multiplication des acteurs ayant à connaître de cette problématique (§2).

⁸⁷² Selon le rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulé « recouvrement et confiscation d'avoirs : Garantir que le crime ne paie pas », « l'article 10, paragraphe 1, exige que tous les États membres garantissent la gestion adéquate des biens gelés en vue de leur confiscation ultérieure. Tous les États membres ont adopté des dispositions visant à garantir la gestion adéquate des biens gelés. 13 États membres (Belgique, Bulgarie, Tchéquie, Irlande, Grèce, Espagne, France, Croatie, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Roumanie) ont mis ou sont en train de mettre en place des bureaux de gestion des avoirs chargés de gérer les biens gelés en vue de préserver leur valeur économique ».

§1. Les autorités compétentes chargés de gérer les biens de manière adéquate

179. Le caractère pluridisciplinaire de la procédure de gestion des produits du crime.

La gestion des biens a la particularité de reposer sur plusieurs autorités compétentes provenant d'un service public ou du secteur privé. L'autorité principale concernant la gestion des biens est l'autorité judiciaire, qui prend la décision de geler un bien et de le placer sous la responsabilité d'institutions publiques chargées de le gérer de manière adéquate ou sous la responsabilité d'administrateurs privés (B), même si la gestion administrative doit/devrait être centralisée au sein d'un même établissement public (A).

A. Les bureaux nationaux centralisés responsables de la gestion des biens gelés en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure

180. Les bureaux nationaux centralisés responsable de la gestion des biens⁸⁷³. Plusieurs classifications existent pour définir ce que sont les BGA et leurs fonctions. Cependant, deux formes sont principalement à distinguer. D'une part, les BGA peuvent être conçus comme des institutions ou services ayant une compétence exclusive pour gérer les biens gelés. Cela implique de « *mettre en place un service responsable de la gestion des avoirs saisis et contrôlés, de l'embauche de gestionnaires d'avoirs qualifiés, de la conduite de la planification et de l'analyse préalables au contrôle, et la coordination de la liquidation après la confiscation* »⁸⁷⁴. D'autre part, ils peuvent consister en des unités ou des services multi-compétents. La gestion des biens gelés est intégrée à un ensemble de compétences. Mais au-delà de l'organisation structurelle de l'autorité, il existe une classification liée aux compétences. Deux modèles principaux s'opposent : la mise en place d'un organe en charge uniquement de gérer les biens gelés et la mise en place d'un organe ayant, quant à lui, « *de vastes fonctions couvrant tout ce qui a trait aux aspects de l'infraction liés aux biens* »⁸⁷⁵. En d'autres termes, un organisme compétent en charge de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Ces compétences engloberaient l'enquête, l'exécution des décisions judiciaires de gel et de confiscation, la gestion des biens et les procédures d'entraide répressive et de coopération judiciaire. Toute la chaîne de confiscation et de recouvrement des produits du crime serait ainsi entre les mains d'une seule et même institution. Ce modèle se dessinait déjà dans la

⁸⁷³ Expression empruntée au règlement (UE) 2018/1805.

⁸⁷⁴ Manuel de recouvrement des biens mal acquis, *op. cit.*, p. 108.

⁸⁷⁵ CEART Project, « *White Paper on Best Practices in Asset Recovery* », *op. cit.*

communication de la Commission européenne « *garantir que le crime ne paie pas* », qui recommandait que les BRA aient une structure pluridisciplinaire réunissant des spécialistes des services policiers, judiciaires, fiscaux, sociaux et douaniers, ainsi que de tout autre service compétent et ce, afin de disposer des compétences nécessaires pour tracer les produits du crime, encourager la coopération et la coordination entre les différents acteurs de la procédure de recouvrement des avoirs, former, influencer les politiques gouvernementales ou encore coordonner la coopération internationale⁸⁷⁶. Les BRA pourraient ainsi être intégrés à un organe disposant de compétences plus larges et vastes : les BGA.

Plusieurs États membres de l'UE ont élargi les compétences des BRA à la gestion des avoirs gelés, disposant une double compétence : l'identification et la localisation des produits du crime et la gestion des biens gelés. Mais, force est de constater que la plupart des structures mises en place dans les États membres ne centralisent pas l'ensemble des compétences liées à la gestion des biens. Ces organes ou services ne disposent pas de compétences d'investigations particulières ou de la possibilité de faire exécuter une décision de gel ou de confiscation. La plupart s'inscrit dans un schéma plus restrictif, celui de la gestion des biens.

181. L'obligation européenne de créer des organes ou services spécialisés pour gérer de manière adéquate les biens gelés. La directive 2014/42/UE impose aux États membres de mettre en place un service ou un organe ou un service chargé d'assurer une gestion adéquate des biens gelés. Cet article n'impose pas un modèle de gestion aux États membres afin d'intégrer le plus largement possible tous les systèmes nationaux de gestion des biens. L'étude des aspects institutionnels des systèmes européens de gestion des biens met en avant trois principales catégories : une approche centralisée avec la mise en place d'institutions spécialisées, une approche centralisée avec le recours à des institutions non-spécialisées et une approche décentralisée⁸⁷⁷.

Pour expliquer les contours de la première approche, sont généralement cités en exemple les modèles français et italien. La France s'est dotée en 2010 de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC)⁸⁷⁸. L'Agence est un établissement public administratif, placé sous la double tutelle du ministre de la Justice et du ministre du Budget. Autrement dit, l'AGRASC est une personne morale de droit public disposant d'une

⁸⁷⁶ COM/2008/0766 final, *op. cit.*

⁸⁷⁷ Classification extraite du rapport, « *Disposal of confiscated assets in the EU member States. Laws and Practices* », *op. cit.*

⁸⁷⁸ Art. 4, loi n°2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale [*JORF* n°0158, 10 juillet 2010, p. 12753].

autonomie administrative et financière afin de remplir sa mission d'intérêt général⁸⁷⁹. Sur son fonctionnement, l'AGRASC dispose donc de moyens humains (en 2014, l'Agence était composée de vingt-cinq agents) et financiers pour accomplir les missions qui lui ont été imparties par la loi. L'objectif est que l'AGRASC s'autofinance, ce qui a été atteint en 2014, grâce à « *d'une part, [la] partie déterminée chaque année par la loi de finances du produit de la vente des biens confisqués lorsque l'agence est intervenue pour leur gestion ou leur vente ; d'autre part, le produit du placement des sommes saisies ou acquises par la gestion des avoirs saisis et versées sur son compte à la Caisse des dépôts et consignations (CDC)* »⁸⁸⁰. Enfin, en quelques chiffres, l'AGRASC en 2014 disposait d'une somme de 620 983 320 euros au crédit du compte ouvert à la CDC, 7,4 millions d'euros ont été versés à la MILDECA, ainsi que 3, 1 millions d'euros versés au budget de l'État. Le rapport de l'AGRASC pour 2014 démontre, une fois encore, l'évolution croissante de l'Agence dans la gestion des biens gelés et confisqués. En effet, entre 2011 et 2014, l'Agence est passée de 7.630 affaires à 45.280 affaires (soit une augmentation de 593%), de 13.354 à 87.278 biens à gérer (soit une augmentation de 653%), de 109 millions d'euros à 620.983.320 millions d'euros – ayant atteint un pic de plus d'un milliard en 2013 – au crédit du compte ouvert auprès de la Caisse des Dépôts et Consignations (cette augmentation des fonds a permis à l'Agence d'acquérir son autonomie financière, et ce dès l'année 2012) et de onze à vingt-cinq agents, etc.⁸⁸¹ Ces quelques chiffres permettent d'affirmer que, désormais, l'Agence fait partie du paysage judiciaire français. Elle constitue la clé de voûte du système de gestion des biens en France. Le régime italien, quant à lui, est quelque peu différent du système français dans son mode de fonctionnement. Le régime français connaît une unique structure centralisée, le système italien connaît une forme pyramidale. En 2010, le législateur italien a adopté une loi établissant *Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata* (ANBSC)⁸⁸², placée

⁸⁷⁹ Elle a pour rôle essentiel « *d'améliorer le traitement judiciaire des saisies et des confiscations en matière pénale* ». Ses prérogatives et son champ d'action sont étendus ; elle a, « *en outre son rôle général d'aide et de conseil et d'orientation donnés aux magistrats en matière de saisies et de confiscations* », pour mission d'assurer la gestion centralisée de toutes les sommes saisies ; de procéder à l'ensemble des ventes avant jugement de biens meubles saisis ; de procéder à l'ensemble des publications auprès des bureaux de conservation des hypothèques, des saisies pénales immobilières ; de gérer, sur mandat de justice, tous les biens complexes qui lui sont confiés (tous les biens qui nécessitent pour leur conservation ou leur valorisation, des actes d'administration) ; d'assurer la gestion de biens saisis, de procéder à leur vente et à la répartition de son produit en exécution de toute demande d'entraide internationale ou de coopération ; et enfin, de veiller à l'information préalable des créanciers avant l'exécution de toute décision judiciaire de restitution et à l'indemnisation prioritaire des parties civiles sur les biens confisqués à la personne condamnée.

⁸⁸⁰ E. PELSEZ, « *L'agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués – AGRASC* », AJ pénal, n°3, mars 2012, p. 139.

⁸⁸¹ V. annexe rapport annuel AGRASC pour l'année 2014.

⁸⁸² Décret-loi du 4 février 2010, n°4, converti en loi par la LOI du 31 mars 2010, n°50.

sous la supervision du ministre de l'Intérieur italien. L'Agence est, comme l'Agence française, un organe doté de la personnalité juridique de droit public et d'une indépendance organisationnelle et comptable. En revanche, l'Agence italienne se différencie par sa structuration. L'ANBSC est ainsi constituée d'un siège, situé à Reggio Calabria, et de quatre branches, situées à Milan, Palerme, Naples et Rome. Également, la création de l'Agence a répondu à une volonté « *d'introduire une dynamique du patrimoine confisqué afin d'assouplir et d'accélérer la phase de destination des biens, en dépassant les carences et les manques d'efficacité de la méthodologie précédente de gestion* »⁸⁸³. L'Agence italienne a également une mission particulière, celle d'administrer et d'affecter les biens saisis et confisqués à la mafia. A cette fonction, s'ajoutent celles liées à l'exécution des décisions de confiscation définitive et d'administrateur judiciaire dans la phase de gel. En effet, l'ANBSC joue un rôle important dans la phase de « *disposition/affectation* » des biens. Pour ce faire, elle dispose d'un mandat pour planifier et concevoir l'aliénation des biens et l'identification des problèmes clés concernant cette phase, la vente des biens issus de la criminalité organisée et l'adoption d'actes urgents concernant l'affectation des biens confisqués. Les quelques éléments montrent que les systèmes fondés sur une approche centralisée avec des institutions centralisées, ont généralement une double compétence : la gestion des biens gelés et celle des biens confisqués.

La seconde approche, quant à elle, peut être illustrée par le modèle belge ou néerlandais. La Belgique possède depuis 2003 un organe de gestion des biens saisis, mais cet organe dépend d'un autre service : le ministère public⁸⁸⁴. L'Organe central pour la saisie et la confiscation (COSC)⁸⁸⁵ « *a été créé comme un service d'appui des autorités judiciaires dans la gestion des biens saisis dans l'exécution des décisions judiciaires de confiscation* »⁸⁸⁶. Le COSC est intégré au ministère public, il est dirigé par des membres du ministère public (le directeur et le directeur adjoint sont des membres du ministère public). Cet organe a pour mission « *d'assister les autorités judiciaires dans le cadre de la saisie d'actes patrimoniaux ; l'exercice de l'action*

⁸⁸³ Extrait du site de « *Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata* » : « *La creazione dell'Agenzia ha come elemento innovativo il tentativo di introdurre un'amministrazione dinamica dei patrimoni confiscati che snellisca e velocizzi la fase di destinazione degli stessi, superando le carenze e le inefficienze della precedente metodologia di gestione* ». URL : http://www.benisequestraticonfiscati.it/Joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=62&Itemid=57

⁸⁸⁴ Art. 1, loi portant création d'un Organe central pour la Saisie et la Confiscation et portant des dispositions sur la gestion à valeur [constante] des biens saisis et sur l'exécution de certaines sanctions patrimoniales, 26 mars 2003. Intitulé modifié par la LOI L 2006-12-27/33, art. 4, 003 et confirmé par la loi L 2007-04-27/36, art. 2, 004.

⁸⁸⁵ Loi portant création d'un Organe central pour la Saisie et la Confiscation et portant des dispositions sur la gestion à valeur [constante] des biens saisis et sur l'exécution de certaines sanctions patrimoniales, 26 mars 2003. Intitulé modifié par la LOI L 2006-12-27/33, art. 4, 003 et confirmé par la loi L 2007-04-27/36, art. 2, 004.

⁸⁸⁶ F. LUGENTZ et D. VANDERMEERSCH, « *Saisie et confiscation en matière pénale* », Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 156.

*publique ayant pour objet la confiscation spéciale de tels avoirs ; l'exécution des jugements et arrêts coulés en force de chose jugée, emportant la confiscation spéciale de tels avoirs »*⁸⁸⁷. Il comprend également des magistrats de liaison en charge d'assurer le lien entre l'Organe central, d'une part, et les parquets et juges d'instruction, d'autre part, et il a été également désigné comme BRA. Ainsi, il assiste les autorités judiciaires dans leur mission de geler et de confisquer les produits du crime, ainsi qu'un rôle de coordinateur entre les acteurs de la gestion des produits du crime. Le système néerlandais peut être aussi cité en exemple. Il a mis en place le *Criminal Assets Deprivation Bureau* (BOOM) rattaché au ministère public. Le BOOM comme le COSC a été désigné comme BRA. Il assume les missions traditionnellement dévolues à un BRA, tels que le dépistage des produits du crime, la fourniture de conseils et sert de points de contact pour les demandes d'échanges d'informations, ainsi que les demandes de coopération. Il est en outre et ce, même s'il est rattaché au ministère public, un service indépendant bénéficiant de son propre personnel, de ses propres objectifs institutionnels et de ses propres mandats. Il est composé de procureurs, d'experts comptables, de conseils en droit civil et en droit international, ainsi que de spécialistes sur la recherche sur le patrimoine. Il dispose également d'un service à part entière qui accueille un bureau de gestion des avoirs en charge de la gestion des biens saisis. Concernant cette seconde catégorie, il est intéressant de noter qu'il s'agit de services qui, dans la perspective de mettre en place des services spécialisés et pluridisciplinaires, ont intégré à leurs compétences la gestion des biens gelés. Le cas belge est intéressant car, pour ce qui est de la gestion des biens confisqués, le COSC n'est pas compétent. Cette compétence revient à un autre service : le Service Public Fédérale des Finances. Les biens meubles sont physiquement transmis aux services patrimoniaux, alors que les biens immeubles sont quant à eux inscrits, dans un premier temps, au bureau des hypothèques et, une fois la décision de confiscation transmise, ils sont placés sous le contrôle des services patrimoniaux qui préparent la vente à travers d'autres services spécialisés dans la vente des biens immeubles.

Enfin, la troisième approche peut être illustrer par le modèle allemand. En Allemagne, la gestion des biens gelés est de la compétence du Ministère Public, qui peut néanmoins se décharger de cette tâche sur d'autres autorités comme ses agents, un huissier de justice ou une institution privée. Ici, la gestion des biens est répartie entre plusieurs institutions, voire gérée au niveau local par les Tribunaux. Ainsi, « *dans certains [États membres], c'est le*

⁸⁸⁷ Art. 3, §2 LOI portant création d'un Organe central pour la Saisie et la Confiscation et portant des dispositions sur la gestion à valeur [constante] des biens saisis et sur l'exécution de certaines sanctions patrimoniales, 26 mars 2003. Intitulé modifié par la LOI L 2006-12-27/33, art. 4, 003 et confirmé par la loi L 2007-04-27/36, art. 2, 004.

gouvernement local et ses autorités qui jouent un rôle de premier plan ; dans les autres, ce sont les agents du tribunal qui mettent en œuvre la disposition ; dans un autre groupe d'États membres], c'est le Ministère Public ou la police qui prend l'initiative ; tandis que dans d'autres États membres], l'approche décentralisée est mise en œuvre par de nombreuses autorités de disposition différentes qui se répartissent habituellement les tâches selon des critères fonctionnels »⁸⁸⁸. Cette approche se caractérise par une absence de spécialisation.

182. La création de bureaux nationaux centralisés responsable de la gestion des biens gelés. Le règlement européen (UE) 2018/1805 précise que « *chaque État membre devrait envisager la création d'un bureau national centralisé responsable de la gestion des biens gelés en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure ainsi que de la gestion des biens confisqués* »⁸⁸⁹. Pour le droit européen, la première approche est celle qui garantit au mieux l'obligation imposée aux États membres de gérer de manière adéquate les biens gelés et de préserver au mieux les garanties des personnes concernées par les mesures de gel. Cette approche est également recommandée par un certain nombre de textes, de rapports et d'études qui voient en ces structures le modèle de gestion des biens. Basé sur l'expérience des États le composant, le G8 a ainsi rappelé dans un document portant sur l'administration des biens saisis qu' « *un élément important dans la gestion des biens saisis est la désignation et les pouvoirs de l'organisme chargé en vertu du droit national de cette administration* »⁸⁹⁰. Le GAFI précise également qu' « *idéalement, un cadre de gestion des biens [...] est un cadre de gestion ou de surveillance de la gestion des biens gelés, saisis et confisqués. Cela devrait inclure l'autorité désignée qui est responsable de la gestion (ou de la supervision de la gestion) de ces biens* »⁸⁹¹. Ces considérations mettent en avant la nécessité de mettre en place ou de désigner une institution à part entière pour gérer les biens. Ce qui sous-entend la nécessité de mettre en place une institution spécialisée. Cet écho semble se répercuter également auprès d'organisations régionales. Ainsi, *Inter-American Drug Abuse Control Commission (CIDAD)* rappelle au sein d'un document – « *Model regulations concerning laundering offences connected to illicit drug*

⁸⁸⁸ T. Slingeneyre, "Management of frozen assets", in A. Bernardi (éd.) et F. Rossi (coord.), "Improving confiscation procedures in the EU", Jovene Editore, 2019, p. 547-564.

⁸⁸⁹ Cons. 45, règlement européen (UE) 2018/1805, *op. cit.*

⁸⁹⁰ G8, « *G8 Best Practices for the Administration of Seized Assets* », *op. cit.* Texte original : "An important element in the administration of seized assets is the designation and powers of the body responsible under national law for such administration ».

⁸⁹¹ GAFI, « *Best Practices. Confiscation. (Recommandations 3 et 38)* », 27 février 2010, point E, §26. Texte original : "Ideally, an asset management framework [...] is a framework for managing or overseeing the management of frozen, seized and confiscated property. This should include designated authority(ies) who are responsible for managing (or overseeing management of) such property"

trafficking and other serious offenses », qu'« *une autorité administrative spécialisée est désignée et est chargée de l'administration, de l'inventaire et de la préservation raisonnable de la valeur économique des biens* »⁸⁹². Ces quelques exemples démontrent qu'il existe une volonté internationale de mettre en place une institution spécialisée et de la doter des compétences nécessaires pour mener sa mission : la gestion de manière adéquate des biens gelés. Pour autant, force est de constater que les documents précités ne formulent que des orientations, ils n'ont aucune force obligatoire. Il relève donc de la volonté des États de faire le choix de mettre en place un organe spécialisé. Mais, ces orientations montrent clairement que la communauté internationale s'interroge sur le fait de savoir quelles sont les caractéristiques essentielles des organes prenant en charge la gestion des biens gelés, parmi lesquelles peuvent être citées l'autonomie, la spécialisation ou encore la transparence. La première approche répond à ces critères et, en outre, elle permet de pallier les problèmes de communication.

Un nombre croissant d'États ont ainsi fait le choix d'adopter et de mettre en place des BGA autonomes. Peuvent être cités l'Espagne, qui a mis en place en 2015 *Oficina de Recuperacion y Gestion de Activos* (ORGA) placée sous la direction du Ministère de la Justice et compétente pour placer, recouvrer, stocker et gérer les biens, et la Roumanie, qui a créé en 2015 également *National Agency for the Administration of Seized Assets*.

B. Le recours à des acteurs extra-judiciaires pour gérer les biens placés sous-main de justice

183. Les BGA – les administrateurs légaux des biens gelés. Comme cela a pu être expliqué précédemment, il n'y a pas un système qui puisse être érigé en modèle pour l'administration des biens visés par des mesures conservatoires⁸⁹³. Cependant, quelle que soit la structure, les institutions présentées, désignées par les États membres sont les gestionnaires légaux pour administrer les biens, c'est-à-dire les organes ou services spécialisés investis par la loi du pouvoir de préserver et d'administrer les biens.

⁸⁹² CIDAD, « *Model regulations concerning laundering offences connected to illicit drug trafficking and other serious offenses* », art. 7. Texte original : « *A specialized administrative authority shall be designated with the responsibility for administration, inventory and reasonable preservation of economic value of assets* ».

⁸⁹³ Le Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime cite trois modèles se distinguant plus particulièrement : l'adoption d'un organisme public distinct et indépendant, un groupe ou une fonction d'administration au sein d'un organisme existant chargé de l'application des lois et une agence du secteur public ou privé. Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime, *op. cit.*, p. 73.

Les BGA peuvent être considérés comme des autorités centrales à partir desquels la gestion s'organise. Ainsi, l'action de gérer est en partie sous-traitée à des administrateurs privés, tels que des experts ou des dirigeants du secteur privé, à qui un mandat de gestion a été confié. Il s'agit de *curator bonis*, c'est-à-dire un gardien chargé de gérer les biens placés sous son contrôle, d'administrateurs ou encore des gestionnaires judiciaires qui ont la charge de prendre soin d'un bien ou de la totalité du patrimoine. Ces personnes sont nommées sur décision de justice, qui fixe les critères de nomination, les horaires et la responsabilité professionnelle, et sont enregistrés auprès d'une juridiction, d'un bureau de gestion des avoirs ou d'un ministère. Le recours à des professionnels nommés sur décision de justice est un système principalement mis en œuvre dans les pays de droit civil comme en Italie, en France ou en Belgique. En Italie, les décisions de justice nomment principalement des administrateurs judiciaires, notamment pour gérer les biens confisqués utilisés à des fins sociales dans le cadre de la législation Anti-Mafia. « *Il est estimé que sur environ 900 gestionnaires d'actifs nommés par les tribunaux, 400 s'occupent spécifiquement de la gestion des entreprises saisies et confisquées* »⁸⁹⁴. Les administrateurs judiciaires possèdent en Italie des compétences spécialisées pour gérer les entreprises et garantir de la sorte la continuité de l'activité de celles-ci sans qu'elles soient réinfiltrées par des fonds illicites et en veillant à ce qu'elles ne fassent plus l'objet d'une réappropriation par l'organisation criminelle. La gestion des entreprises impose que l'ordonnance conservatoire qui vise une entreprise en activité comprenne des dispositions tenant compte de la nature de cette entreprise. Ces informations sont recueillies lors de l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et ont pour objectif de fournir au juge une analyse approfondie de la situation : la viabilité de l'entreprise sans les profits tirés de la criminalité ou encore la loyauté des personnels en place. Ces éléments doivent apparaître dans la décision de justice⁸⁹⁵. Dans le cas d'une entreprise viable, la décision de justice peut servir à habilitier le gestionnaire à licencier le personnel ou à engager des experts du secteur privé pour la diriger. Elle doit préciser en outre que « *les dépenses de fonctionnement de l'entreprise seront recouvrées sur les recettes et bénéfices gelés qui ont été réalisés en attendant la présentation de la demande de confiscation* »⁸⁹⁶. En Belgique, le COSC belge quant à lui travaille en étroite collaboration avec les magistrats instructeurs et les officiers de police qui

⁸⁹⁴ Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets, Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, *op. cit.*, p. 58. Texte original : "It is estimated that out of approximately 900 court-appointed asset managers, 400 specifically deal with the management of seized and confiscated businesses".

⁸⁹⁵ Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime, *op. cit.*, p. 74.

⁸⁹⁶ *Ibid.*

demeurent responsable de la gestion des biens gelés, et ont l'obligation de communiquer au COSC les avoirs saisis, les méthodes de stockage et de préservation des avoirs, ainsi que toute autre décision en rapport avec le bien. Les procureurs prennent les décisions concernant les biens gelés, ainsi que leur destruction, ils sont responsables de l'obtention des décisions de confiscation, mais ils sont également l'obligation de tenir informé le COSC sur toutes les décisions prises ou obtenues. S'agissant de l'exécution des décisions de confiscation, le ministère des Finances et le Ministère de la justice sont compétents, mais doivent notifier l'exécution des décisions de confiscation au COSC. Enfin il appartient aux services patrimoniaux de gérer la question de la disposition des biens confisqués, soit en les vendant, soit en les détruisant, soit en les recyclant, soit en les prêtant. En France, l'AGRASC n'est pas la seule compétente pour gérer les avoirs gelés. Elle est certes responsable de la gestion de l'ensemble de ces fonds, mais elle recourt à des mandats de gestion délivrés par un juge et ce, dans le respect du droit de propriété, pour exercer pleinement cette responsabilité. Comme dans le cas italien, elle peut recourir à un administrateur provisoire pour gérer les entreprises. A cet égard, elle a conclu plusieurs partenariats avec des commissaires-priseurs pour pouvoir procéder à la vente des produits du crime ; des notaires ; la chambre nationale des commissaires-priseurs pour vendre les biens meubles ; la chambre nationale des courtiers de marchandises assermentés pour vendre les biens meubles ; le conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires et ce, notamment pour l'administration des entreprises ; le conseil national des huissiers de justice pour gérer les biens immeubles, les immeubles et d'autres biens meubles. Concrètement lorsque l'AGRASC est chargée de gérer un bien par une juridiction, elle peut recourir à l'un des partenaires listés pour exercer les fonctions d'administrateur dans les limites déterminées par la décision de justice.

184. Le recours à des professionnels, experts pour juger de l'opportunité de procéder à une mesure de gel ou de confiscation. Quel que soit le modèle de désignation des administrateurs, ils ont un avantage : ceux sont des professionnels disposant des compétences et de l'expertise nécessaires pour assurer une gestion adéquate des biens. Ils peuvent être amenés également à émettre des recommandations sur un bien avant qu'une décision de saisie et/ou de confiscation ne soit prise. Ils peuvent ainsi jouer un rôle dans la planification des décisions de gel et/ou de confiscation. Le terme de planification ressort, là encore, des textes et rappelle le lien d'interdépendance entre les différentes étapes de la procédure de recouvrement des avoirs. En effet, « *en plus de déterminer quels avoirs sont susceptibles de faire l'objet de mesures provisoires, il est essentiel de prendre en compte, le cas échéant, les exigences en*

matière de gestion d'avoirs qui seront engendrées par le contrôle ou la saisie proposée »⁸⁹⁷, impliquant à la fois l'organe ou le service en charge de la gestion et l'agents menant l'enquête financière. Rappelant la volonté de la Commission dans la communication de 2008 de mettre en place à travers les BRA un pôle spécialisé et pluridisciplinaire de gestion des avoirs, qui regrouperait « *des spécialistes des services policiers, judiciaires, fiscaux, sociaux et douaniers, ainsi que de tout autre service compétents* »⁸⁹⁸. Le BGA peut ainsi, après la consultation des experts et administrateurs privés, fournir des indications quant à l'opportunité de geler ou de confisquer un bien. Cet avis est un avis technique et financier, qui peut servir également à la préparation logistique de prise en charge des biens⁸⁹⁹. Mais, cette analyse coût-bénéfice effectuée avant qu'une décision de gel ou une décision de confiscation ne soit prise remet en question l'objectif poursuivi par l'UE : priver les délinquants des produits de leur crime.

185. Le coût de la mesure gel ou de la mesure de confiscation doit-il être pris en considération ? Ainsi, à la question « *toutes les saisies sont-elles « bonnes à faire » ?* », Monsieur Duchaine, Directeur général de l'AGRASC répond : « *Les biens à saisir en priorité sont les liquidités et les comptes bancaires ; pour les biens corporels immobiliers, il faut prendre en compte le fait que la saisie de ces biens génère des frais pour la justice. La difficulté réside dans la perception exacte des conséquences de la décision de justice* ». La mesure de gel doit être une mesure réfléchie. Elle « *est en effet une activité prohibitive qui peut potentiellement coûter davantage que la valeur des avoirs gérés* »⁹⁰⁰. Ainsi, il donne l'exemple d'un fonds de commerce pour illustrer son propos. Il rappelle que la saisie d'un tel bien peut être une mauvaise opération, notamment si ce dernier a été vidé de ces stocks, ou si l'activité a été délaissée et « *donc la clientèle est perdue et il ne reste que le droit au bail de ce fonds de commerce, or, comme l'État se retrouve gestionnaire de ce bien il a l'obligation de payer les loyers notamment et l'opération n'est pas rentable en définitive pour l'État* »⁹⁰¹. Pour lui, « *il faut trouver un équilibre entre la culture judiciaire qui est celle de la peine (la confiscation du bien comme faisant partie de cette peine) et la culture budgétaire qui est celle de l'impact de la décision sur le budget (l'État doit en tirer profit et non perdre de l'argent dans*

⁸⁹⁷ J-P. Brun, L. Gray, C. Scott, K. M. Stephenson, « *Manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis. Un Guide pour les Praticiens* », *op. cit.*, p. 198.

⁸⁹⁸ COM/2008/0766 final, *op. cit.*

⁸⁹⁹ J-P. Brun, L. Gray, C. Scott, K. M. Stephenson, « *Manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis. Un Guide pour les Praticiens* », *op. cit.*, p. 198.

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ C. Duchaine, « *De la nécessité d'un usage raisonné des saisies et des confiscations. Punir le condamné ou punir l'Etat* », AJ Pénal, n°5, mai 2015, p. 242.

l'opération) »⁹⁰². Et « *pour trouver cet équilibre on peut se poser la question suivante : où s'arrête la sanction du condamné et où commence celle de l'État ?* »⁹⁰³. Il est intéressant ici de noter que la gestion des biens est une question qui devrait être prise en considération dès le stade l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime, ainsi qu'au stade de la décision judiciaire de gel. Il convient de rappeler à cet égard que le gel n'est pas une mesure obligatoire. Ce n'est « *parce que des avoirs peuvent être contrôlés ou saisis [que cela veut] nécessairement dire qu'ils doivent l'être* »⁹⁰⁴.

Ainsi, ils devraient être pris en considération, dans la perspective de mise en place d'un système de rentabilité de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime, « *le coût probable de leur conservation, de leur stockage et de leur gestion [qui] risque d'excéder ou de diminuer substantiellement le retour attendu sur la confiscation* »⁹⁰⁵. Certaines juridictions ont mis en place des seuils destinés à éviter la saisie de faible valeur, refusent d'y procéder ou prennent une mesure de gel et laisse le bien à disposition du propriétaire.

186. L'encadrement juridique de l'action des administrateurs pour gérer les biens.

Toutefois, l'action des administrateurs est fixée par la décision de justice et/ou le mandat donné par le BGA, qui pose une voie à suivre, un cadre qui ne pourra être excédé. Pour autant pour exercer pleinement leurs missions, ils doivent se voir conférer les pouvoirs légaux nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, tels que « *le pouvoir de payer tous les frais nécessaires, dépenses et décaissements en lien avec le contrôle ou la saisie et la gestion des avoirs ; le pouvoir d'acheter et vendre des avoirs saisis ou contrôlés et qui prennent la forme d'actions, de sûretés ou d'autres investissements ; le pouvoir d'assurer les avoirs sous contrôle ; dans le cas d'une entreprise, les pouvoirs nécessaires à l'exploitation, incluant ceux requis pour embaucher ou licencier des employés, engager un cadre dirigeant si nécessaire, et prendre les décisions assurant une gestion prudente de l'entreprise ; dans le cas d'avoirs représentant des parts dans une entreprise, la capacité à disposer de ces actions comme si le gestionnaire d'avoirs en était le détenteur légal ; et la capacité à payer les salaires du gestionnaire d'avoirs et des personnes impliquées dans la gestion de ces avoirs, en accord avec une échelle de rémunération ou une réglementation bien définie, ou avec une décision du tribunal sujette à une obligation de*

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ *Ibid.*

⁹⁰⁴ J-P. Brun, L. Gray, C. Scott, K. M. Stephenson, « *Manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis. Un Guide pour les Praticiens* », *op. cit.*, p. 198.

⁹⁰⁵ *Ibid.*

communication et d'audit »⁹⁰⁶. À ces compétences doit être ajoutée celle relative à la vente anticipée avant l'entrée en vigueur de la décision finale de confiscation des biens périssables ou susceptibles de dépréciation. Les décisions de gel devraient comprendre des dispositions relatives à cette éventualité. Peut être cité ici l'exemple d'une exploitation agricole, dans lesquelles les récoltes et le bétail se déprécient s'ils ne sont pas vendus en temps utile. Doit être également souligné le fait que certains biens sont naturellement soumis à une dépréciation, tels que les véhicules, les billets de loterie ou encore les devises étrangères. Par conséquent, « *les dispositions de l'ordonnance conservatoire devraient autoriser la vente à titre de mesure provisoire par l'administrateur* » et afin de faire face aux éventuelles difficultés liées à la vente autoriser l'administrateur ou le propriétaire, lorsque le bien est demeuré à sa charge, à demander des conseils ou des instructions au tribunal⁹⁰⁷. Ce point permet de souligner que les compétences accordées le sont par la loi, qui fixe les grandes lignes qui encadrent la phase gestion, et par la décision de justice. L'autorité judiciaire est centrale, puisqu'elle s'est à elle qu'il appartient d'adapter le cadre juridique aux biens qui sont confiés en gestion.

187. Les responsabilités des administrateurs en cas de mauvaise gestion des biens, notamment des biens gelés. Il est important de noter qu'aucune procédure spécifique n'est prévue dans un nombre conséquent d'États membres. À ce propos, T. Slingeneyer relève que l'Allemagne crée une relation contractuelle entre l'État et la personne concernée par la mesure de gel⁹⁰⁸. Et, à l'opposé, il cite l'exemple français, qu'il qualifie de « *particulièrement sévère* »⁹⁰⁹, dans lequel aucune compensation financière peut être faite par la personne concernée si le bien a été vendu à un prix dévalué. Cette absence de compensation est justifiée par le fait que « *la vente est faite publiquement et de manière concurrentielle sur le marché, il existe une présomption irréfutable de vente au prix correct* »⁹¹⁰. Il note également qu'il n'existe que peu de jurisprudence dans les États membres sur ce thème. Mais, il rappelle que l'obligation posée par l'article dix, paragraphe un, de la directive 2014/42/UE est une obligation de résultat. Cependant, le droit européen ne définit pas les obligations qui y sont attachées. Ainsi, le droit allemand ne reconnaît que « *la violation intentionnelle et négligente des obligations*

⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 109.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 110.

⁹⁰⁸ T. Slingeneyer, « *Management of frozen assets* », *op. cit.*

⁹⁰⁹ *Ibid.*

⁹¹⁰ *Ibid.*

professionnelles des fonctionnaires qui ont causé un préjudice ou des dommages-intérêts individuels »⁹¹¹.

Les gestionnaires privés, quant à eux, présentent au-delà de leur expertise et expérience l'avantage d'être assurés pour pouvoir en cas de défaillance indemniser les propriétaires des biens gelés – leur responsabilité pourra ainsi être engagée devant une juridiction civile.

§2. La coordination des autorités compétentes chargés de gérer de manière adéquate les biens

188. Un rôle de coordination de l'action des autorités compétentes chargés de confisquer et de recouvrer les biens en rapport avec le crime. Il est intéressant de noter que des BGA ont été désignés, comme cela est le cas en France, comme BRA. Ils peuvent donc, selon les droits nationaux, être des points de contact et être des intermédiaires entre les autorités compétentes étrangères et nationales. Cependant, ce rôle de coordination ne doit pas seulement être restreint à la procédure d'échange d'informations, mais s'étendre à la coordination des acteurs privés et publics devant administrer les biens en rapport avec le crime.

Ils ont également pour fonction de centraliser les informations liées aux procédures de gel et de confiscation, ainsi que les statistiques relatives au gel et à la confiscation des produits du crime dans un État donné. En effet, « *au stade de la confiscation, l'exécution effective des ordonnances de confiscation est souvent entachée d'un manque de gestion adéquate de l'information* »⁹¹². En effet, gérer les informations liées à l'exécution des mesures de gel et de confiscation est une étape essentielle dans la procédure de recouvrement des produits du crime. Elle garantit une mise en œuvre effective des décisions prises par les autorités judiciaires compétentes car, elle en assure un suivi rigoureux évitant que ces décisions ne soient entachées dans leur réalisation d'irrégularité. Sur ce point, il est important de préciser que « *les allégations de mauvaise utilisation et de mauvaise gestion feront inévitablement surface si une attention sérieuse n'est pas accordée dès le départ à cette fonction comptable et peuvent miner la crédibilité et la confiance dans le programme* »⁹¹³. Une bonne gestion suppose de détenir des informations à jour et exactes sur les personnes concernées par les mesures de gel et de

⁹¹¹ *Ibid.*

⁹¹² Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets, *op. cit.*, p. 63. Citation : “*At the confiscation stage, the effective execution of confiscation orders is often bedevilled by a lack of proper information management*”.

⁹¹³ *Ibid.* Citation : “*allegations of misuse and mismanagement will inevitably surface if serious attention is not given upfront to this accounting function and may undermine the credibility of and confidence in the programme*”.

confiscation, le montant recouvré, les biens concernés par les décisions judiciaires de gel et de confiscation, ainsi que la comptabilisation des paiements effectués en exécution de la décision judiciaire rendue. Ces éléments permettent en outre de renforcer le système de gestion⁹¹⁴. Ainsi, une coordination efficace des acteurs suppose une gestion efficiente des informations. Il a une nécessité à centraliser les informations obtenues au cours de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Cette centralisation des données est en outre une garantie de transparence de la procédure. Les BGA en tant qu'organes ou services spécialisés sont les acteurs principaux désignés pour centraliser ces données, d'une part, (A) et coordonner l'action des différents acteurs intervenant dans le processus de gestion (B), d'autre part.

A. La centralisation des données administratives par les bureaux de gestion des avoirs

189. L'administration des données relatives aux biens placés sous-main de justice. Les bureaux de gestion des avoirs ont un rôle à avoir dans la centralisation des données administratives relatives à la gestion des biens saisis et/ou confisqués. Ce recueillement devrait couvrir le statut juridique des biens gérés, sont-ils détenus par les personnes concernées par les mesures ou sont-ils placés sous le contrôle d'un bureau de gestion des avoirs, d'un administrateur, d'un organisme public ou d'un sous-traitant ; leur localisation ; la position géographique des biens gérés ; leur entretien, quelles sont les mesures provisoires mises en place pour gérer le bien gelé ou quelles sont les dispositions prises pour les biens confisqués. Cela permet de rendre le système de gestion des avoirs plus efficaces, et garantir la transparence de la phase de gestion. Ainsi l'administration des données doit répondre à certaines formalités.

190. Les procédures portant sur l'administration des données collectées. Généralement seuls les officiers de police judiciaire, les procureurs et les magistrats ont accès aux données liées au recouvrement des produits du crime. Mais les bureaux de gestion des avoirs et les administrateurs privés ont besoin d'accéder à un certain nombre d'informations portant sur la localisation des biens ou leur nature, notamment lorsque ces données sont inconnues lors du prononcé d'une décision de gel et/ou de confiscation. Par conséquent, les acteurs de la gestion devraient disposer de pouvoirs leur permettant d'enjoindre les entités détenant les informations nécessaires à les communiquer, de délivrer des mandats de perquisition concernant les

⁹¹⁴ *Ibid.*

documents utiles au traçage des avoirs, ainsi que des interrogatoires⁹¹⁵. En ce sens, le manuel de recouvrement des biens mal acquis recommande de permettre aux bureaux de gestion des avoirs ou tout autre acteur habilité par la loi d'effectuer des actes d'enquête : perquisitions, interrogatoire ou encore injonction de communiquer une information donnée. Ces actes doivent être nécessairement encadrés par une autorité judiciaire. Par conséquent, cette possibilité pourrait être envisagée par l'intégration au sein des bureaux de gestion des avoirs de personnes habilitées à exercer ce type de pouvoirs ou de renforcer la coopération entre les bureaux de gestion des avoirs ou l'administrateur en charge de la gestion des avoirs et les services traditionnellement habilités à réaliser ces actes d'enquête. Quoi qu'il en soit, ces actes devront être soumis au contrôle d'une autorité judiciaire, qui, elle, détient le « *pouvoir d'ordonner à un suspect de divulguer au gestionnaire d'avoirs par une déclaration sous serment la nature et l'emplacement de ses avoirs* »⁹¹⁶. Dans les pays de *common law*, le refus de divulguer ces informations peut être utilisé contre le suspect au cours de la procédure, notamment « *contre les futures demandes du suspect d'obtenir l'accès aux avoirs contrôlés dans le but de financer ses frais de justice ou personnels* »⁹¹⁷. De même, le refus de divulguer les informations requises peut faire l'objet « *de poursuites pour outrage au tribunal ou refus d'obtempérer à l'injonction de divulgation* »⁹¹⁸. Enfin, ces informations peuvent être recueillies auprès « *des individus qui lui sont associés ou ses conseillers (par exemple, des comptables, agents immobiliers et avocats)* »⁹¹⁹.

Cependant cette possibilité porte atteinte au droit de la personne ne pas s'auto-incriminer. Selon le juge de la CEDH, « *tout accusé a le droit de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination* »⁹²⁰. Ce droit met « *le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, ces immunités concourent à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'article 6*⁹²¹ »⁹²². Il n'est applicable qu'aux procédures pénales concernant tous les types d'infraction criminelle⁹²³. Ainsi, il ne s'applique pas aux procédures civiles de confiscation, expliquant le recours dans les pays de *common law* au pouvoir

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 110.

⁹¹⁶ *Ibid.*

⁹¹⁷ *Ibid.*

⁹¹⁸ *Ibid.*

⁹¹⁹ *Ibid.*

⁹²⁰ V. les arrêts : CEDH, *Funke c. France*, 25 février 1993, n° 10588/83, § 44 ; CEDH, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni* [GC], 29 juin 2007, n°15809/02 25624/02, § 45 ; CEDH, *Saunders c. Royaume-Uni*, 17 décembre 1996, n°19187/91, § 60.

⁹²¹ V. CEDH, *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1994, n° 18731/91, § 45.

⁹²² Guide sur l'article 6 de la Convention – Droit à un procès équitable (volet pénal). URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf

⁹²³ V. CEDH, *Saunders c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 74.

d'ordonner à un suspect de divulguer au gestionnaire d'avoirs par une déclaration sous serment la nature et l'emplacement de ses avoirs. En outre, ce droit renvoie également au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Ce dernier soulève la question suivante : est-il applicable dans le cas des procédures de confiscation post-condamnation. Le droit à ne pas s'auto-incriminer n'est pas un droit absolu. En effet, il ne s'étend pas à l'utilisation de données obtenues de l'accusé par des pouvoirs coercitifs tels que d'un mandat de perquisition. Pour déterminer si ce droit a été vidé de sa substance, la Cour de Strasbourg examinera trois éléments : la nature et le degré de coercition, l'existence de garanties appropriées dans la procédure – « *un prompt accès à un avocat fait partie des garanties procédurales auxquelles la Cour prête une attention particulière lorsqu'elle examine la question de savoir si une procédure a ou non anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination* »⁹²⁴ – et l'utilisation qui est faite des éléments obtenus. Le caractère non-absolu de ce droit implique également que « *le droit de se taire ne saurait empêcher de prendre en compte le silence de l'intéressé, dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part, pour apprécier la force des éléments à charge. On ne saurait donc dire que la décision d'un prévenu de se taire d'un bout à l'autre de la procédure pénale devrait nécessairement être dépourvue d'incidences* »⁹²⁵. Pour rechercher s'il y a ou non violation de l'article six, la Cour devra prendre en considération l'ensemble des circonstances, « *eu égard en particulier au poids que les juridictions nationales leur ont accordé en appréciant les éléments de preuve et le degré de coercition inhérent à la situation* »⁹²⁶. Pour conclure sur la portée du droit à ne pas s'auto-incriminer, il convient de souligner que « *le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction particulière en question et à la sanction de son auteur peut être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à charge soient recueillies légalement. Néanmoins, les préoccupations d'intérêt général ne sauraient justifier des mesures vidant de leur substance même les droits de la défense d'un requérant, y compris celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination* »⁹²⁷. *L'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation de réponses obtenues de force dans une enquête non judiciaire pour incriminer l'accusé au cours de l'instance pénale* »⁹²⁸. Ce droit est à rapprocher de la notion d'accusation en matière pénale. Ce dernier peut être défini comme « *la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction*

⁹²⁴ Guide sur l'article 6 de la Convention – Droit à un procès équitable, *op. cit.*

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ V. CEDH, *John Murray c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 47.

⁹²⁷ Guide sur l'article 6 de la Convention – Droit à un procès équitable, *op. cit.*

⁹²⁸ V. CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006, n° 54810/00, § 97.

*pénale, définition qui dépend également de l'existence ou non de « répercussions importantes sur la situation du [suspect] »*⁹²⁹. La Cour a ainsi jugé qu'une personne placée en garde à vue est obligée de prêter serment avant d'être interrogée en qualité de témoin faisait déjà l'objet d'une « *accusation en matière pénale* » et bénéficiait du droit de garder le silence⁹³⁰. Rappelons à cet égard que cette notion est applicable d'un bout à l'autre de la procédure en vue de la détermination du bien-fondé de toute accusation en matière pénale, y compris lors de la phase de fixation de la peine. Sur la base de ce principe les procédures de confiscation post-condamnation entrent dans le champ d'application de la notion – au sens de la Convention – d'accusation en matière pénale⁹³¹. Sur ce fondement, les personnes concernées par la mesure de gel et ultérieurement par une mesure de confiscation de nature pénale doivent pouvoir bénéficier de leurs droits à ne pas s'auto-incriminer et à garder le silence. Ceci s'explique d'autant plus que les informations relatives à l'acquisition de biens appartenant à la personne suspectée peuvent être également utilisées en tant que preuves lors du procès et ce, notamment si celle-ci est inculpée de faits d'enrichissement illicite ou de non-justification des ressources. Toutefois, doivent être distinguées du cas précédemment exposé les procédures concernant l'exécution des peines – qui ne soulèvent aucune question relative à la responsabilité pénale ou non de la personne concernée. C'est ainsi que la Cour a pu juger que ne relèvent pas de l'article six dans son volet pénal « *les mesures de confiscation portant atteinte aux droits de propriété de tiers, en l'absence de toute menace d'instances pénales contre ces derniers* ». Ces mesures « *n'équivalent pas à la « détermination du bien-fondé d'une accusation en matière pénale* »⁹³², ainsi que « *les procédures relatives à l'exequatur d'une ordonnance de confiscation rendue par un tribunal étranger* »⁹³³. Ainsi, le degré de protection des droits évoqués dépend de la nature des mécanismes de confiscation encourus, ainsi que de la procédure mise en œuvre pour exécuter la décision de gel et/ou de confiscation.

191. Le recours à une base de données pré-conditionnées pour gérer les informations liées à la phase de gestion. Pour conclure, beaucoup de pays recherchent une base de données pré-conditionnée pour résoudre la question de la gestion de l'information. Mais les États ayant un système de gestion des données performant ou plus exactement développé précise qu'aucune

⁹²⁹ V. CEDH, *Heaney et McGuinness c. Irlande*, 21 décembre 2000, n°34720/97, § 57.

⁹³⁰ V. CEDH, *Deweert c. Belgique*, 27 février 1980, n° 6903/75, §§ 42 et 46 ; CEDH, *Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1982, série A n° 51, § 73.

⁹³¹ V. CEDH, *Phillips c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 39

⁹³² V. CEDH, *Air Canada c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 54 ; CEDH, *AGOSI c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §§ 65-66.

⁹³³ V. CEDH, *Saccoccia c. Autriche*, 5 juillet 2007, n° 69917/01.

solution existe⁹³⁴, ou au moins aucune solution commune à l'ensemble des États ne pourrait être adopté puisque les systèmes mis en œuvre prennent en considération les particularités institutionnelles, juridiques et constitutionnelles de chaque État. Ce qui explique également que sur ces questions l'UE n'a adopté aucune disposition juridiquement contraignante. Sur ce point, *“les personnes qui géreront la base de données au nom de leurs mandats devront informer le développeur de leurs attentes et du type de rapports qu'ils exigeront du système. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de retenir les services du développeur initial, il faudra du personnel de TI suffisamment qualifié pour gérer le système au quotidien”*⁹³⁵. En France, par exemple, l'AGRASC a créé un département en charge de gérer ce type de base de données. Cet outil a été créé par l'Agence elle-même et validé par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) chargée de la protection des données à caractères personnels sur le territoire français. Les données enregistrées sont obtenues auprès des juridictions et font l'objet d'une vérification par le personnel de l'Agence. En 2015, la base de données contenait plus de 45 000 dossiers concernant plus de 86 000 biens et comprenant des informations relatives aux caractéristiques des biens, le numéro de la procédure, le dossier juridique. Enfin, l'exemple français est une illustration du lien entre le développement de la politique de gestion des biens gelés et confisqués et celui de la politique de recouvrement des produits du crime, puisque la base de données en raison de l'augmentation croissante des saisies et confiscations a atteint ses limites, et a donné lieu à la création d'une nouvelle base de données, dont le but est de faciliter le travail des utilisateurs, de renforcer la sécurité des informations transmises et d'améliorer la collecte des données statistiques. Mais, il convient de rappeler sur ce point que *« au cours des premières étapes du développement de la capacité de gestion des actifs, les pays ont mis au point des mécanismes de saisie et de stockage des données assez rudimentaires »*⁹³⁶. Or ces systèmes ne permettent à terme de garantir un accès à des données à jour et exactes. Il y a par conséquent une urgence à améliorer ou développer des systèmes sophistiqués, capables de gérer et de sécuriser les données relatives aux biens gelés et confisqués⁹³⁷ et ce, d'autant plus dans un système qui tend à accroître la capacité des autorités compétentes à geler et confisquer les produits du crime.

⁹³⁴ Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets, *op. cit.*, p. 66.

⁹³⁵ *Ibid.*

⁹³⁶ Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets, *op. cit.*, p. 66. Citation : *“in the early stages of developing asset management capacity, countries have developed fairly rudimentary data-capturing and data-storage mechanisms”*.

⁹³⁷ *Ibid.*

B. La coordination des acteurs participant à la phase de gestion des biens

192. La centralisation des données dans un objectif d'efficacité et de clarté. La centralisation est essentielle lorsque notamment plusieurs acteurs sont impliqués à l'administration des produits du crime et lorsque la compétence territoriale du bureau de gestion des avoirs et/ou celle de l'administrateur est très étendue. Il est important de rappeler que les décisions de gel et/ou de confiscation sont rendues par les autorités judiciaires, et sont donc centralisées au sein d'un tribunal ou d'une autorité judiciaire territorialement compétente. Mais l'externalisation de la gestion des produits du crime confiée à un ou plusieurs organismes publics et/ou privés nuit au suivi des biens gelés et/ou confisqués, et *in fine* gêner l'exécution effective des décisions de gel et/ou de confiscation. C'est la raison pour laquelle la coordination entre les acteurs devient un enjeu critique de la politique de gestion des produits du crime et pour laquelle un certain nombre d'États ont engagé une réflexion sur la centralisation et la collecte des données administratives relatives à la gestion des produits du crime. Sur ce point Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets précise que « *dans les premières étapes du développement de la capacité de gestion des actifs, les pays ont mis au point des mécanismes de saisie et de stockage des données assez rudimentaires. À mesure que le système évolue, il devient plus difficile de tenir un registre exact de tous les biens faisant l'objet d'une saisie ou d'une confiscation. La nécessité d'améliorer ou de développer des capacités toujours plus sophistiquées pour maintenir, accéder et garder les données fiables et sécurisées augmente* »⁹³⁸. Dans cette perspective, « *en septembre 2014, le Projet de gestion des biens saisis et confisqués de l'Organisation des États américains a entrepris une analyse des systèmes de collecte de données sur les biens saisis et confisqués d'origine illicite parmi ses membres* »⁹³⁹. Il est ressorti de ce travail plusieurs recommandations : les informations devraient être collectées par une agence unique ; les informations devraient être centralisée au sein d'une base de données structurée ; tous les acteurs impliqués (dans l'enquête, dans la saisie, dans la garde ou le contrôle des avoirs gelés, ainsi que ceux impliqués dans la gestion des produits confisqués) devraient fournir des

⁹³⁸ Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets, *op. cit.*, p. 63. Citation : “*in the early stages of developing asset management capacity, countries have developed fairly rudimentary data-capturing and data-storage mechanisms. As the system matures, it becomes harder to maintain accurate record of all property subject to seizure and confiscation orders. The need to improve or develop ever-more sophisticated capacity to maintain, access and keep the data reliable and secure increases*”.

⁹³⁹ *Ibid.* Citation : “*in September 2014, the Seized and Forfeited Asset Management Project of the Organization of American States undertook an analysis of systems for the collection of data on seized and forfeited assets of illicit origin among its members*”.

informations sur leurs activités sur une base de données centralisés ; les informations devraient être mises régulièrement à jour par un personnel spécialisé, qui devraient en outre être autorisés à intervenir sur la base de données pour changer les informations insérées ; les informations devraient être rassemblées dans une base de données personnalisable ; les informations devraient couvrir toutes les phases de la procédure relatives à la saisie et la confiscation des avoirs, ce qui permettrait aux agences concernées de fournir aux autorités compétentes toute information nécessaire, indispensable à l'accomplissement de leur mission ; pour chaque bien, une description devrait être disponible ; le nombre de biens placés sous le contrôle ou la garde, de biens gelés, de biens confisqués devrait être disponible et publique ; l'emplacement physique de chaque bien devrait être enregistré, en précisant le pays, l'État, la région, la ville ou l'adresse précise au moment de la saisie ; le nom, la nationalité, la date de naissance du propriétaire devraient être enregistrés, de même que le nom, l'adresse et le numéro d'immatriculation de la personne morale devraient être enregistrés ; un numéro d'enregistrement devrait être attribué à chaque bien ; si le bien dispose d'un numéro d'immatriculation, il devrait être enregistré ; un état des lieux du bien au moment de la saisie devrait être effectué ; la valeur monétaire du bien au moment de la saisie devrait être enregistrée, une estimation devrait être effectuée par un agent spécialisé, basée sur la valeur marchande de l'actif⁹⁴⁰. En d'autres termes, l'établissement d'une base de données centrale fiable doit être précédé de lignes directrices comprenant une liste exhaustive des informations à enregistrer et la liste des acteurs pouvant intégrer et accéder à ces informations. Sur cette base, un contrôle pourra être opéré pour garantir la sécurité des informations enregistrées au sein de cette base et garantir la transparence du système de gestion des informations, le plaçant au-dessus de toute allégation de mauvaise gestion ou de mauvaise utilisation des avoirs gelés et/ou confisqués. Sur ce point, il convient de préciser que l'administrateur et ce, quel qu'il soit, doit conserver des traces détaillées de toutes les transactions relatives à la gestion, d'où la nécessité de dresser un inventaire détaillé, une description des avoirs et leur état, une estimation et d'enrichir le dossier de photos, d'enregistrements qui permettent d'attester visuellement de l'état des biens au moment de leur saisie. Ces mesures permettront de protéger le gestionnaire de toutes plaintes concernant des dommages éventuels infligés aux biens placés sous sa garde ou son contrôle par les gérants. La transcription de l'ensemble de ces éléments garantit ainsi la transparence du système de gestion

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 64.

des avoirs et contribue « à informer l'opinion publique de la fonction et des succès du bureau »⁹⁴¹.

⁹⁴¹ J-P. Brun, L. Gray, C. Scott, K. M. Stephenson, « *Manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis. Un Guide pour les Praticiens* », *op. cit.*, p. 111.

SECTION 2. LES MÉTHODES DE GESTION ET DE RÉUTILISATION DES BIENS GELÉS ET CONFISQUÉS

193. Des approches de gestion différenciées selon le statut juridique du bien. Le terme de gestion, soit l'action ou la manière de gérer, d'administrer, de diriger ou d'organiser, est davantage associé à la phase de gel des biens en rapport avec le crime. La raison principale tient dans le fait que les dispositions obligatoires de la directive 2014/42/UE touchent uniquement cette étape notamment car, elle a pour objectif de préserver les biens jusqu'à ce qu'une décision judiciaire définitive intervienne. Durant la période de gel, les personnes concernées demeurent les propriétaires du bien et leurs droits doivent être préservés. Par conséquent durant cette phase il appartient aux BGA de mettre en place des procédés de gestion transparents en vue de garantir cet objectif. En revanche, concernant les biens ayant été confisqués par une décision de justice devenue définitive, les droits de propriété sur le bien ont été transférés à l'État. Ce transfert pose des enjeux qui sont différents de ceux soulevés lors de la gestion des biens gelés. Ici, la question est davantage celle de la réutilisation des biens confisqués, soit la question de l'utilité et de l'utilisation des biens confisqués une fois le transfert de propriété fait.

Ces différences conduisent à traiter séparément la gestion et l'utilisation des biens gelés (§1), d'une part, de celles des biens confisqués (§2), d'autre part.

§1. Les méthodes mises en place aux fins de gestion adéquate des biens gelés

194. La compatibilité des méthodes de gestion avec les droits de la personne concernée par la mesure de gel. Il est important de noter que la mesure de gel peut prendre deux formes : le bien est laissé à son propriétaire ou le bien est placé physiquement sous la responsabilité de l'organe ou le service ayant pour rôle de le gérer. Dans le dernier cas, et afin de préserver les droits de propriété de la personne concernée par la mesure de gel, l'organe ou le service ayant en charge de gérer de manière adéquate le bien gelé peut prendre des actes lui permettant d'en faciliter la gestion. Ainsi, parmi les actes susceptibles d'être engagés par le BGA peuvent être cités la vente dudit bien (A), ainsi que le transfert de la jouissance du bien à un service public (B), entendu comme la situation dans laquelle se trouve une personne légalement autorisée à profiter d'un bien.

Ces procédures sont motivées par l'impératif de réaliser une gestion adéquate des biens gelés et répondent à des conditions de mises en œuvre en adéquation avec les droits de propriété des personnes concernées par des mesures de gestion des biens gelés.

A. La vente des biens gelés

195. La vente des biens gelés, une atteinte aux droits de propriété des personnes concernées par la mesure de gel. Le terme de gel s'entend comme l'« *interdiction temporaire du transfert, de la destruction, de la conversion, de l'aliénation ou du déplacement d'un bien* », impliquant que le bien demeure sous le contrôle et la garde de son propriétaire ou de la personne ayant la libre disposition dudit bien. Mais, il se comprend également comme « *le fait d'en assumer temporairement la garde ou le contrôle* ». Dans ce cas, le bien est placé par décision de justice sous le contrôle ou la garde d'un administrateur ou d'un AMO. Ils obligent l'autorité qui en la garde de préserver le bien et ce, jusqu'à ce qu'une décision de confiscation, de relaxe, d'acquiescement ou de disposition dudit bien soit prise. Cette obligation découle de la situation suivante : la personne concernée par la mesure de gel demeure le propriétaire du bien. Par conséquent, la recommandation posée à l'article dix, paragraphe deux, de la directive 2014/42/UE qui conseille aux États de permettre la vente des biens gelés, doit être compatible avec le respect des droits de propriété de la personne concernée. Par conséquent, la vente doit donner lieu à un encadrement réglementaire strict.

196. Les cas autorisant la vente des biens gelés. La vente de biens saisis ne devrait en principe concerner que les cas suivants : les biens périssables ou qui se déprécient rapidement ; une gestion nécessitant un coût supérieur à la valeur des biens saisis ; une administration complexe ou nécessitant des conditions spécifiques et/ou une expertise et des compétences non-disponibles ; des biens facilement substituables ; lorsque le suspect est en fuite ; le paiement des frais de justice de la personne concernée ou le paiement des dépenses liées à la vie courante de celle-ci. Parmi les cas prévus, tels que le caractère périssable ou le risque de dépréciation des biens saisis, les frais liés à la gestion sont un motif de vente des biens gelés. En effet, la gestion des biens saisis est une mesure coûteuse. « *Même si un bien n'a pas besoin d'entretien actif pour préserver sa valeur, il doit toujours être stocké dans un endroit sûr, et les données sur son emplacement, sa propriété et son statut dans le processus doivent être saisies et surveillées régulièrement pour s'assurer que l'ordonnance du tribunal est exécutée* »⁹⁴². Lorsque les biens sont laissés sous la garde du propriétaire ou du possesseur, ils ont également

⁹⁴² Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets, Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, *op. cit.*, p. 59. Citation : « *Managing seized and confiscated assets can be a costly business* ». « *Even if an asset does not require active maintenance to preserve its value, it usually still has to be stored in a safe place, data about its location, ownership and status in the process needs to be captured and routinely monitored to ensure that the court's order is given effect to* ».

un coût de gestion, même si celui-ci est moindre. Ils « *doivent faire l'objet d'une surveillance continue pour s'assurer que les conditions imposées par le tribunal sont respectées* »⁹⁴³.

197. Les coûts liés à la gestion des biens. Il y a des coûts liés à la mise en place des bureaux de gestion des avoirs, tels que des coûts structurels – le loyer, les factures d'électricité, d'eau, d'internet, etc. – de personnels, de stockage des biens, les frais liés à la création d'une base de données de suivi des avoirs, ainsi que des fonds pour garantir le recours à des contractants spécialisés⁹⁴⁴. Mais également, des frais liés à la réception des biens, tels que la désignation d'un administrateur compétent, un lieu de stockage, un inventaire comportant une description des biens, ainsi que toutes irrégularités, une identification technique des biens par des photos, films ou copies de documents, les prestations nécessaires à l'entretien des biens pour éviter leur destruction ou tout autre dommage, l'enregistrement des mesures sur les registres publics, les rapports techniques réalisés par des experts concernant l'état, la dépréciation, la valeur marchande et la qualité des biens et leur transport. Ou encore des coûts liés à la gestion administrative des biens tels que la tenue d'un registre renfermant les données relatives à la procédure criminelle, les copies des décisions judiciaires, les copies des rapports d'experts, les copies relatives à la réception des biens par le BGA, ainsi que la date à laquelle ils ont été intégrés au stock des biens placés sous-main de justice, un inventaire, ainsi que les dates relatives à leur enregistrement ou encore les données relatives à leur localisation. Pour faciliter la gestion des biens gelés, la vente peut apparaître comme une solution avantageuse. Pour autant, il est essentiel de rappeler qu'il peut exister des obstacles juridiques à la vente des biens gelés, notamment lorsque ledit bien constitue une preuve.

198. La saisie à des fins probatoires, un obstacle à la vente des biens gelés. Pour comprendre le concept de gel dans le cadre de la confiscation et du recouvrement des produits du crime, il doit être distingué des autres formes connues. Il se différencie principalement du gel des avoirs à des fins probatoires. En effet, la mesure de gel dans la matière pénale est classiquement comprise comme « *toute mesure prise par une autorité judiciaire compétente de l'État d'émission, afin d'empêcher provisoirement toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation relative [...] à un élément de preuve* ». Ici, le gel vise tout objet ou document utile à la « *manifestation de la vérité* ».

⁹⁴³ *Ibid.*, p. 60. Citation : “*even assets that are left in the custody of the owner/possessor require on-going monitoring to ensure that the conditions imposed by the court are complied with*”.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 59.

Autrement dit, utile à l'établissement d'éléments de preuve en vue d'établir la culpabilité ou non de l'intéressé. Dans ce cadre, l'identité du propriétaire du bien est indifférente, puisque l'ensemble des biens utiles à la manifestation de la vérité sont saisissables. Dans le cadre d'un gel à des fins probatoires, il est intéressant de noter que le terme de biens est très largement entendu, puisqu'entre dans cette définition les instruments du crime, les produits de l'infraction, mais également tous les objets, documents ou données informatiques en la possession des personnes soupçonnées d'avoir participé à la commission de l'infraction, ainsi que toutes pièces, informations ou objets détenus par celles-ci. En d'autres termes, toutes les pièces à conviction – c'est-à-dire tout élément susceptible d'emporter la conviction des juges – sont saisissables. Ces saisies s'opèrent dans le cadre des perquisitions, qui limitent malgré tout l'étendue des biens susceptibles d'être gelés et les lieux où elles se déroulent, ne permettant pas d'appréhender la totalité du patrimoine criminel. En droit européen le cadre réglementaire est également distinct. La recherche de la preuve se réalise désormais dans l'espace européen dans le cadre de la décision d'enquête européenne en matière pénale et ce, alors même que le législateur avait en 2003 traité la question de l'obtention d'éléments de preuve et du gel des biens en vue d'une éventuelle confiscation ultérieure sous un même texte : la décision-cadre 2003/577/JAI. La décision d'enquête européenne en matière pénale autorise « *l'autorité d'émission [à] émettre une décision d'enquête européenne afin de prendre toute mesure visant à empêcher provisoirement toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation d'éléments susceptibles d'être utilisés comme preuve* ». Mais rappelons que les mesures prises afin d'empêcher provisoirement toute opération de destruction, de transformations, de déplacement, de transfert ou d'aliénation d'éléments de preuve suppose, pour être reconnues devant un juge, de respecter le cadre procédural de l'État d'exécution dans lequel la mesure est mise en œuvre et de l'État d'émission dans lequel la preuve sera admissible. En d'autres termes, le cadre juridique du gel à des fins probatoires dépend du cadre de l'enquête pénale mise en œuvre et ce, à la différence de la mesure de gel à des fins éventuelles de confiscation ultérieure, dont le cadre juridique dépend de la mesure de confiscation susceptible d'être mise en œuvre.

Ces gels sont fondés sur une définition commune, c'est-à-dire l'interdiction temporaire du transfert, de la destruction, de la conversion, de l'aliénation ou du déplacement d'un bien et peuvent avoir un lien étroit, puisqu'un même bien peut constituer une preuve, d'une part, et garantir la confiscation, d'autre part. Dans le cadre de la confiscation dite standard, les instruments et produits du crime sont autant de preuve de la commission d'une infraction. La directive rappelle en ce sens que « *les mesures de gel sont sans préjudice de la possibilité qu'un*

bien spécifique soit considéré comme un élément de preuve tout au long de la procédure, pour autant qu'il soit finalement mis à disposition aux fins de l'exécution effective de la décision de confiscation ». Cependant, la différence entre ces mesures prend son sens dans le cadre des procédures dites de confiscation sans condamnation pénale, où le lien entre le bien et l'infraction est distendu. Là, leur finalité distincte paraît. Les règles de procédure sont différentes, selon que le but est de préserver un élément de preuve ou un bien en vue de son éventuelle confiscation ultérieure. Cette différence s'est matérialisée à l'échelle européenne, puisque le législateur a adopté en 2014 deux textes différents, la directive 2014/42/UE, qui prévoit le gel en vue d'une éventuelle confiscation ultérieure, et la directive 2014/41/UE concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, qui le gel en vue de la manifestation de la vérité judiciaire. Quel que soit le cas, le bien est mis sous scellé, c'est-à-dire un « *dispositif fixé au moyen de cachets de cire portant l'empreinte d'un sceau officiel sur un bien à sauvegarder, de manière qu'il soit impossible, sans effraction, de procéder à l'ouverture de ce bien* »⁹⁴⁵. Les scellés judiciaires ont, soit une fin probatoire, soit une fin confiscatoire. En revanche, selon leur finalité, la gestion des scellés va varier. Les scellés dont le but est la manifestation de la vérité doivent être conservés de manière durable dans leur intégrité car, ceux sont des preuves, c'est-à-dire un bien qui permet la « *démonstration de l'existence d'un fait (matérialité d'un dommage) ou d'un acte (contrat, testament) dans les formes admises ou requises par la loi* ». Parallèlement, la gestion des scellés dont les fins sont confiscatoires a pour objectif de favoriser leur valorisation. Pour ce faire, la vente est un moyen, parmi d'autre, pour satisfaire cet objectif. Dans le cas où un scellé a cette double destination, le bien doit être conservé dans toute sa matérialité ou toute son intégralité, faisant de la sorte obstacle à la vente.

199. Les autorités judiciaires compétentes pour contrôler la vente d'un bien gelé. Pour conclure sur la vente des biens gelés, il est nécessaire d'aborder la question du contrôle de la procédure de vente. L'un des éléments fondamentaux de cette procédure est l'obtention du consentement du propriétaire ou de la personne ayant la libre disposition du bien. Ce consentement peut être obtenu en aval de la décision de gel, auquel cas il n'est nul besoin de recourir à une autorité judiciaire, puisque le propriétaire procédera à la vente du bien sous le contrôle de l'administrateur ou du BGA. Ce système présente l'avantage de protéger la personne ou l'entité en charge de la gestion des biens en cas de mécontentement du propriétaire.

⁹⁴⁵ Le droit pénal français ne donne aucune définition juridique de la notion de scellé.

En revanche, l'absence de consentement demeure une question plus problématique et ce, d'autant plus que la personne concernée demeure la seule à disposer de droits sur le bien, excepter lorsqu'une décision judiciaire de gel est rendue, puisque le droit de disposer du bien est gelé. Dans ce cas, seule l'autorité judiciaire est compétente pour décider de la vente ou de l'usage qui pourrait en être fait. En d'autres termes, plusieurs législations permettent sur décision de justice, et en l'absence de consentement de la personne concernée, de vendre le bien saisi, ce qui octroie à la personne le droit de former un appel contre cette décision. Certes, la directive 2014/42/UE circonscrit les garanties à la prise de décision de gel, qui doit être communiquée dans les meilleurs délais après son exécution à la personne concernée et qui est susceptible d'être attaquée devant un tribunal. Mais ces droits – le droit à la communication de la décision judiciaire et le droit d'appel – sont également applicables à l'ensemble des actes pris par une autorité judiciaire dans le cadre de la mise en œuvre d'une mesure de gel. En Belgique seul le magistrat qui a initié la décision de gel peut se prononcer sur la vente d'avoirs gelés. Cette décision doit être communiquée à la personne concernée, qui peut exercer son droit d'appel. Il appartient après au COSC de procéder à la vente dudit bien. Aux Pays-Bas la décision de vendre revient au ministère public, qui autorise le BOOM à vendre le bien saisi et ce, sous réserve de l'approbation des autorités judiciaires si le propriétaire s'y oppose. Par conséquent le bien saisi peut être vendu, soit avec l'accord de la personne concernée, soit sur décision judiciaire. Il demeure ensuite la question des méthodes de vente, du coût généré par celles-ci et de l'utilisation des produits de la vente des biens gelés.

Deux voies s'offrent aux autorités compétentes pour vendre le bien, soit le recours aux enchères publiques, soit une vente de gré à gré. Quelle que soit la voie choisie, la vente des biens gelés est gouvernée par un principe : « *avoir un rendement maximal sur la vente à un coût minimal et la facilité la disposition, et veiller à ce que le processus soit comptabilisé de façon transparente* »⁹⁴⁶. Sur ce point la Belgique est un cas intéressant, puisque pour s'assurer que la vente des avoirs saisis se réalise dans de bonnes conditions avec un minimum de dépense, Finshop gère la vente des biens meubles saisis selon des lignes directrices strictes. « *Pour Finshop, la première étape du processus consiste à décider des conditions de vente qui s'appliqueront et à déterminer si la vente se fera par enchère publique en ligne (eBay), au moyen d'offres écrites ou de ventes directes (à partir de la boutique). Finshop prend alors des mesures de publicité sur le site web de FINSHOP/Patrimonial Service, l'envoi aux personnes*

⁹⁴⁶ Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets, *op. cit.*, p. 26. Citation : “*recovering maximum return on the sale at minimum cost and ease of disposal and ensuring that the process is transparently accounted for*”.

*intéressées and aux médias locaux, nationaux ou spécialisés. Finshop organise des visites d'inspection et est ouvert au public deux fois par mois. Les conditions de visite sont également publiées dans le catalogue des ventes »*⁹⁴⁷. Mais quelle que soit la méthode utilisée pour vendre, celle-ci doit être faite avec transparence, afin d'éviter tout soupçon quant à la gestion de la vente des biens et ce, qu'il émane de la personne concernée et/ou d'un plus large public. Enfin, le produit de la vente pourra être déposé, soit dans un compte contrôlé par le tribunal, soit sur un compte contrôlé par le bureau de gestion des avoirs, soit sur un compte bloqué au nom de la personne concernée par la mesure de gel et placé sous le contrôle d'un tribunal. L'agence française, l'AGRASC, place les fonds sur un compte rémunéré, mais la décision judiciaire de restitution ne concernera que le capital. Les intérêts, quant à eux, seront remis à l'agence auprès d'un fonds destiné à son fonctionnement et ce, contrairement à la législation belge qui prévoit la restitution des fonds et des intérêts à la personne concernée par la mesure de gel. En outre, il convient également de préciser que certains États comme les Pays-Bas ont mis en place, pour éviter la vente de biens gelés, le paiement d'une caution égale à la valeur estimée du bien au moment de la saisie. Ainsi, le propriétaire ou toute personne concernée peut demander auprès des services du ministère public le placement sous séquestre d'un montant égal à la valeur du bien gelé afin d'obtenir la libération de l'avoir.

B. L'utilisation des biens gelés au profit des services publics et autres méthodes de gestion des avoirs gelés

200. Le transfert des biens gelés aux services publics. Parmi les mesures provisoires de gestion des avoirs gelés, les autorités compétentes peuvent utiliser les biens et ce, jusqu'à ce qu'une décision judiciaire de confiscation intervienne. Mais cette mesure est controversée car, son utilisation participe à sa détérioration. De la sorte, elle entre en contradiction avec l'obligation faite aux États de préserver le bien. L'utilisation des biens gelés pose également la question du respect du droit de propriété des personnes concernées par la mesure de gel, notamment si l'autorité judiciaire compétente se prononce ultérieurement sur la restitution dudit bien. Pour ces raisons, un certain nombre d'États interdisent cette méthode de gestion des avoirs

⁹⁴⁷ *Ibid.* Citation: "For Finshop, the first step in the process is to decide on the conditions for sale that will apply and to determine whether the sale will be by public auction online (eBay), through written offers or direct sales (from the shop). Finshop then undertakes appropriate publicity measures such as advertising on the website of FINSHOP/Patrimonial Service; mailing to interested parties and advertisement in local, national or specialized media. Finshop arranges inspection visits and is open to the public twice a month. Conditions for visits are also published in sales catalogues"

gelés. Cependant lorsque la vente des biens gelés ne peut avoir lieu, l'utilisation provisoire de ces biens peut être considérée comme « *une façon productive de traiter les biens saisis* »⁹⁴⁸. Les États autorisant l'utilisation des biens durant la période de gel tendent à pallier les éventuels risques de détérioration ou de dépréciation. Ils imposent aux autorités habilitées à utiliser le bien de fournir des garanties pour que l'avoir soit restitué dans un état convenable. Ce qui signifie également que le bien peut faire l'objet d'amélioration durant son usage, celle-ci pouvant s'effectuer au bénéfice de la personne concernée par le gel, si une décision de restitution est prononcée ultérieurement. Concernant l'utilisation d'avoirs gelés, il convient de rappeler qu'une décision de gel n'emporte pas la dévolution des droits de propriété sur le bien à l'État ou aux services chargés de l'application de la loi, tels que les services de police ou de gendarmerie, l'autorité judiciaire ou encore le BGA. Mais la loi peut prévoir à titre exceptionnel d'autoriser, dans un nombre de cas limités, l'utilisation provisoire des avoirs gelés et ce, à des fins d'enquête ou au profit d'organismes publics, d'organisations à but non-lucratif ou encore de personnes morales. Concernant plus particulièrement l'utilisation des avoirs à des fins d'enquête, il est important de relever que celle-ci pose plusieurs interrogations : le bien peut-il être affecté à une enquête autre que celle ayant donné lieu au gel avec le risque d'allonger la procédure et ce, au profit de faits déconnectés avec ceux ayant donné lieu à l'ouverture d'une procédure de recouvrement des produits du crime ?⁹⁴⁹ Et l'affectation aux services d'investigation des biens gelés ne risque-t-elle pas de créer un conflit d'intérêt ? En effet, l'utilisation des avoirs gelés soulève la préoccupation suivante : « *la crainte est que le personnel qui applique la loi soit motivé à saisir des biens dans le but de profiter de leur utilisation plutôt que de donner la priorité aux véritables préoccupations de la collectivité en matière d'application de la loi* »⁹⁵⁰. Sur ce point, le G8 recommande de ne pas utiliser les avoirs gelés, à moins qu'il n'existe un but impératif lié à l'enquête ayant donné lieu au gel.

201. La destruction des biens gelés. Les avoirs gelés peuvent être également détruits, s'il s'agit de biens illicites ou dangereux. La plupart des États disposent d'une législation relative à la destruction de ce type des avoirs, qui inclut les avoirs illicites comme les stupéfiants et autres substances psychotropes déclarées illicites, ainsi que les produits de contrebandes ou les biens contrefaits et les biens classifiés comme dangereux tels que les armes à feu ou chimiques. Mais

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 27. Citation : “*a productive way of dealing with seized assets*”.

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ *Ibid.* Citation : “*The concern is that law enforcement personnel may become motivated to seize assets for the purpose of benefiting from their use rather than prioritizing the genuine law enforcement concerns of the community*”

ces dispositions concernent également « *les biens qui sont susceptibles d'être utilisés pour mener d'autres activités criminelles, comme un laboratoire utilisé pour fabriquer des drogues, et les biens qui ne conviennent pas à la vente publique, comme l'équipement électronique désuet* »⁹⁵¹. Pour des raisons légales et budgétaires, il importe que ces biens qualifiés de dangereux soient rapidement détruits. Ainsi, en Belgique, les biens ne pouvant être vendus pour des raisons pratiques ou légales sont détruits. Le coût de la destruction étant répercuté sur le budget de l'entité en charge de la gestion des avoirs.

202. Le cas particulier des biens abandonnés. Enfin il demeure la question des biens abandonnés, qui posent deux types de défis. L'un concerne la confiscation dudit bien. Il convient de rappeler que l'ensemble des mécanismes de confiscation impose pour y procéder d'identifier le propriétaire ou la personne qui dispose librement du bien, ayant été ou non – dans le cas du mécanisme de confiscation des avoirs des tiers – reconnu pénalement responsable. Par conséquent la saisie d'un bien pour lequel il existe, soit des preuves, soit des présomptions de son caractère illicite, mais pour lequel aucun propriétaire n'a pu être identifié ou encore lorsque ce dernier n'a pu rapporter la preuve de son droit de propriété sur le bien, interroge quant à la nécessité de procéder à son gel ou de poursuivre la mesure, puisque les coûts liés à la gestion vont s'accumuler sans la garantie qu'ils puissent être recouverts à travers la vente de l'avoir une fois la confiscation prononcée. Cette situation souligne qu'il est impératif de déterminer avant que la mesure judiciaire de gel ne soit prise l'identité, soit du propriétaire, soit de la personne qui dispose librement du bien. L'autre défi concerne la décision de restitution des biens lorsqu'aucune personne n'a été identifiée comme le propriétaire ou la personne disposant librement du bien. En droit français, à titre d'exemple, la remise du bien à son propriétaire n'est pas automatique. La demande de restitution du bien doit être formulée par le propriétaire du bien gelé « *dans un délai de six mois à compter de la décision de classement ou de la décision par laquelle la dernière juridiction saisie a épuisé sa compétence, sous peine de voir son droit de propriété transféré à l'État* »⁹⁵². Au-delà de six mois, le bien devient la propriété de l'État.

⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 29. Citation : “ *property that is likely to be used for carrying out further criminal activity, such as a laboratory used to manufacture drugs, and property not suitable for public sale, such as obsolete electronic equipment* ”.

⁹⁵² Art. 41-4, alinéa 3 CPP. Voir également Cass. crim., 19 février 2014, n°13-81.159 : « la requête en restitution de biens saisis mais non confisqués doit être impérativement présentée au procureur de la République dans un délai de six mois suivant la décision par laquelle la dernière juridiction saisie a épuisé sa compétence » ; Cass. crim., 9 décembre 2014, n°13-86.775 : « le délai de six mois, prévu par l'article 41-4, alinéa 3, du code de procédure pénale, aux termes duquel les objets saisis dont la restitution n'a pas été demandée ou décidée deviennent propriété de l'État, commence à courir au jour où le prévenu a eu connaissance de la décision sur l'action publique par laquelle le tribunal a épuisé sa compétence » ; Cass. crim., 23 novembre 2011, n°11-82-931 : « elle a jugé que le délai courait à compter de la décision de la cour d'assises et non à compter de l'expiration du

Il est intéressant de mentionner à cet égard que jusqu'en 1999, ce délai était de trois ans. Il est passé à six mois, d'une part, « *en raison de l'inutilité d'un délai aussi long* ». Le législateur français avançait l'argument suivant : « *ce délai de conservation, pendant lequel certains objets sont placés en gardiennage, est manifestement trop long pour des biens le plus souvent de faible valeur et dont l'identification des propriétaires est aléatoire* »⁹⁵³. En outre, « *dans l'hypothèse où l'objet saisi appartient à la personne mise en cause [...] ou à la victime, ce délai de trois ans est inutile car les personnes en question, étant parties à la procédure, ont parfaitement connaissance de la saisie* »⁹⁵⁴. Enfin, « *dans l'hypothèse où le propriétaire est inconnu, l'ouverture d'un délai de trois ans n'offre pas davantage de chance de le retrouver, car les diligences pour l'identifier cessent peu de temps après le classement sans suite ou le jugement sur le fond* »⁹⁵⁵. D'autre part, un argument budgétaire a été donné : « *il était avancé une économie (qui) devrait être de 30 MF* »⁹⁵⁶. La procédure de restitution doit également prendre en compte les tiers à la procédure. Le transfert de propriété s'opère au profit de l'État, « *sous réserve des droits des tiers* »⁹⁵⁷. Selon la jurisprudence de la Cour d'appel de Nîmes, la disposition posant la condition du délai de six mois ne s'applique pas aux tiers, et par conséquent le délai ne leur est pas opposable⁹⁵⁸. En d'autres termes, lorsque le bien est en possession de l'État, les tiers à la procédure peuvent faire une demande de restitution au-delà des délais fixés par la loi.

délai d'appel » ; Cass. crim., 13 mars 2012, n°11-85.331 : « elle a affirmé qu'en cas de désistement d'appel de la part du condamné, le délai court à compter de la décision de la cour d'assises d'appel constatant ce désistement ».

⁹⁵³ Commentaire de la DECISION n°2014-406 QPC du 9 juillet 2014.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ *Ibid.*

⁹⁵⁶ *Ibid.*

⁹⁵⁷ Art. 41-4 CPP

⁹⁵⁸ CA Nîmes, 29 mai 2007, RG n°07:0456, *JurisData* n°2007-361960.

§2. La réutilisation des biens confisqués à des fins d'intérêt public ou pour des finalités sociales

203. La réutilisation des biens confisqués, une question laissée à la libre appréciation des États membres dans la directive 2014/42/UE. Le cadre européen « *est consacré presque exclusivement aux normes minimales et aux mécanismes de reconnaissance et d'exécution des ordonnances de saisie et de confiscation* »⁹⁵⁹. Il ne portait à cet égard qu'une relative attention à la phase de redistribution ou de destination des avoirs confisqués. Or « *la destination des biens confisqués peut avoir un impact remarquable sur les résultats des efforts déployés par les forces de l'ordre, en particulier dans les situations transfrontalières* »⁹⁶⁰ car, elle peut jouer un rôle capital pour le développement social et économique d'un État. La directive 2014/42/UE est ainsi venue combler ce manque, en posant l'obligation pour les États membres d'envisager « *de prendre des mesures permettant que les biens confisqués soient utilisés à des fins d'intérêt public ou pour des finalités sociales* »⁹⁶¹ (A), mais sans pour autant imposer aux États membres les moyens de la mise en œuvre de la gestion des biens confisqués (B).

A. La réutilisation des biens confisqués à des fins d'intérêt public ou pour des finalités sociales

204. Qui sont les bénéficiaires des fonds confisqués ? La directive 2014/42/UE prévoit que « *les États membres devraient envisager de prendre des mesures permettant que les biens confisqués soient utilisés à des fins d'intérêt public ou pour des finalités sociales* »⁹⁶². Cette disposition pose la question des bénéficiaires des fonds confisqués.

Deux catégories de bénéficiaire peuvent être cités : l'État et les victimes de l'infraction. La notion de victime est entendue dans un sens large puisqu'y est incluse la société civile.

⁹⁵⁹ S. Montaldo, « *Directive 2014/42/EU and Social Reuse of Confiscated Assets in the EU: Advancing a Culture of Legality* », *New Journal of European Criminal law*, vol. 6, Issue 2, 2015. Citation : « *is almost exclusively devoted to the minimum standards and the mechanisms for recognition and execution of seizure and confiscation orders* ».

⁹⁶⁰ *Ibid.* Citation : « *the destination of confiscated assets can have a remarkable impact on the outcomes of the efforts displayed by law enforcement agencies, especially in cross-border situations* »

⁹⁶¹ Art. 10.3, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

⁹⁶² *Ibid.*

205. Le réinvestissement des fonds confisqués au profit de l'État. L'un des premiers bénéficiaires des fonds confisqués est l'État. Ceci s'explique par le fait que la décision de confiscation transfère les droits de propriété à l'État. Généralement les fonds confisqués sont réinvestis dans le budget général des États⁹⁶³. « *Les revenus tirés des ordonnances de confiscation sont traités comme des revenus gouvernementaux affectés aux programmes gouvernementaux afin d'assurer, par le processus d'approbation du budget, une façon équitable, transparente et responsable d'affecter les produits recouverts* »⁹⁶⁴. Cependant certains estiment que « *affecter les recettes recouvrées au Fonds du revenu national pour répondre aux priorités du gouvernement général plutôt que de permettre que les recettes recouvrées soient allouées au moyen d'un processus qui favorise les programmes de prévention de la criminalité et de réinsertion sociale qui sont deux options stratégiques tout aussi convaincantes* »⁹⁶⁵. C'est la raison pour laquelle un certain nombre d'États ont fait le choix de transférer les fonds confisqués à des fins d'intérêts publics et/ou de réutilisation sociale à travers la mise en place de fonds, qui sont destinés à la lutte contre la criminalité ou dédié à la prévention de la lutte contre la criminalité. Ainsi, une partie des fonds transférés peut être affectée à un fonds spécifique de lutte contre un phénomène criminel particulier. Par exemple, en France les fonds confisqués dans le cadre de la lutte contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes sont affectés à la mission permanente de lutte contre la toxicomanie ou la mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives (MILDECA), qui œuvre dans les domaines suivants : la recherche et l'observation ; la prévention ; la santé et l'insertion ; l'application de la loi ; la lutte contre les trafics ; la coopération internationale. Concernant la coopération internationale, il est intéressant de noter que les conventions internationales prévoient le versement de tout ou partie des fonds confisqués à des fonds ou à des organismes intergouvernementaux de lutte contre la criminalité⁹⁶⁶. Plus précisément, la Convention des Nations unies contre la criminalité

⁹⁶³ Référé sur l'agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (Agrasc) rendu par la Cour des comptes, le 6 septembre 2016, précise que « *les mécanismes d'affectation des excédents budgétaires de l'agence à plusieurs ministères, qui dérogent aux principes d'unité et d'universalité budgétaire, ne manqueront pas de nuire à son développement. Ils devraient être réexaminés à la lumière des orientations stratégiques qui devraient être données à l'AGRASC* ».

⁹⁶⁴ Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets, *op. cit.*, p. 37. Citation : « *The income derived from confiscation orders is treated as government revenue allocated to government programs in order to ensure, through the budget approval process, a fair, transparent and accountable way of allocating recovered proceeds* ».

⁹⁶⁵ *Ibid.* Citation : « *allocating recovered proceeds to the national revenue fund to meet general government priorities as opposed to permitting recovered proceeds to be allocated through a process that favours programmes that cater for crime prevention and social re-use are two equally compelling policy options* ».

⁹⁶⁶ Art. 14.3, alinéa c, convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, *op. cit.*

transnationale organisée prévoit la possibilité de reverser à un compte établi en vue de « *fournir une assistance technique aux pays en développement et aux pays à économie en transition afin de les aider à répondre à leurs besoins aux fins de l'application de la présente Convention* »⁹⁶⁷. « *Pour ce faire, les États Parties s'efforcent de verser volontairement des contributions adéquates et régulières à un compte établi à cet effet dans le cadre d'un mécanisme de financement des Nations Unies* »⁹⁶⁸. Ce financement peut s'effectuer à travers le versement d'un « *pourcentage des fonds ou de la valeur correspondante du produit du crime ou des biens confisqués en application des dispositions de la présente Convention* »⁹⁶⁹. Ces fonds sont généralement créés par la loi, qui désigne les personnes qui en sont bénéficiaires et les buts pour lesquels les fonds sont déposés⁹⁷⁰. Là encore les recommandations internationales posent une exigence : la transparence afin de maintenir leur intégrité. En effet, « *les allégations d'abus ou de mauvaise gestion peuvent avoir des conséquences dévastatrices pour l'avenir du programme de récupération des actifs* »⁹⁷¹. Par conséquent, il est important que l'État expose dans un texte de loi la destination future des fonds confisqués afin de garantir le principe de transparence de la gestion⁹⁷².

206. Le réinvestissement des fonds confisqués à destination des victimes et des fonds d'indemnisation des victimes. Les fonds confisqués pourraient servir à l'indemnisation des victimes. Sur ce point, plusieurs instruments internationaux encouragent les États à indemniser les victimes. Parmi les conventions internationales, la Convention des Nations unies contre la corruption en est la parfaite illustration. L'article trente-cinq de ladite convention prévoit pour les victimes un droit à la réparation du préjudice – « *chaque État Partie prend les mesures nécessaires, conformément aux principes de son droit interne, pour donner aux entités ou personnes qui ont subi un préjudice du fait d'un acte de corruption le droit d'engager une action en justice à l'encontre des responsables dudit préjudice en vue d'obtenir réparation* ». Ce droit doit être couplé avec celui de recouvrement des produits du crime au sens du droit international : « *la restitution d'avoirs en application du présent chapitre est un principe fondamental de la présente Convention, et les États Parties s'accordent mutuellement la*

⁹⁶⁷ Art. 30.2, alinéa c, *ibid.*

⁹⁶⁸ *Ibid.*

⁹⁶⁹ *Ibid.*

⁹⁷⁰ Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets, *op. cit.*, p. 37.

⁹⁷¹ *Ibid.* Citation : « *allegations of misuse or mismanagement can have devastating consequence for the future of the asset recovery programme* ».

⁹⁷² *Ibid.*

coopération et l'assistance la plus étendue à cet égard »⁹⁷³. Concernant des faits de corruption, les États ont l'obligation de rapatrier les fonds confisqués vers l'État spolié ou la ou les victime(s) des faits de corruption. Le chapitre cinq de la convention prévoit les obligations suivantes : prévenir et détecter les transferts de fonds⁹⁷⁴; prendre les mesures nécessaires pour permettre à un autre État Partie d'engager devant ses tribunaux une action civile en vue de voir reconnaître l'existence d'un droit de propriété sur des biens acquis au moyen de faits de corruption⁹⁷⁵; prendre également les mesures nécessaires afin que les autorités judiciaires ordonnent la réparation ou des dommages et intérêts pour les dommages causés à l'État Partie⁹⁷⁶; prendre les mesures nécessaires pour permettre aux autorités judiciaires, lorsqu'ils doivent décider d'une confiscation, de reconnaître le droit de propriété légitime revendiqué par un autre État Partie sur des acquis au moyen de faits de corruption⁹⁷⁷. Parallèlement à l'action civile susceptible d'être engagée, la Convention régleme la procédure relative à l'entraide répressive, le but étant de faciliter l'exécution sur le territoire d'un État Partie les décisions de gel et de confiscation des avoirs issus de la corruption ordonnées par les autorités judiciaires d'un autre État Partie. L'article cinquante-quatre régleme ainsi les procédures pour reconnaître et exécuter les décisions de gel et de confiscation, mais également les mesures supplémentaires devant être prises pour permettre la préservation des biens en vue de leur confiscation⁹⁷⁸. Enfin, un article est spécifiquement consacré à la question de la restitution et de la disposition des avoirs⁹⁷⁹. La Convention expose qu'« *en cas de soustraction de fonds publics ou de blanchiment de fonds publics soustraits, visés aux articles 17 et 23 de la présente Convention, lorsque la confiscation a été exécutée conformément à l'article 55 et sur la base d'un jugement définitif rendu dans l'État Partie requérant, exigence à laquelle il peut renoncer, restitue les biens confisqués à l'État Partie requérant* »⁹⁸⁰. En revanche, concernant « *le produit de toute autre infraction visée par la présente Convention, lorsque la confiscation a été exécutée conformément à l'article 55 de la présente Convention et sur la base d'un jugement définitif dans l'État Partie requérant, exigence à laquelle il peut renoncer, restitue les biens confisqués à l'État Partie requérant, lorsque ce dernier fournit des preuves raisonnables de son droit de propriété antérieur sur lesdits biens à l'État Partie requis ou lorsque ce dernier*

⁹⁷³ Art. 51, convention des Nations unies contre la corruption, *op. cit.*

⁹⁷⁴ art. 52, *ibid.*

⁹⁷⁵ art. 53, *ibid.*

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ art. 54.2, point c), *ibid.*

⁹⁷⁹ art. 57, *ibid.*

⁹⁸⁰ *Ibid.*

reconnaît un préjudice à l'État Partie requérant comme base de restitution des biens confisqués »⁹⁸¹. Enfin, « dans tous les autres cas, envisage à titre prioritaire de restituer les biens confisqués à l'État Partie requérant, de les restituer à ses propriétaires légitimes antérieurs ou de dédommager les victimes de l'infraction »⁹⁸². En outre, les États Parties ne sont pas liés par ces dispositions, puisqu'elles peuvent également « conclure, au cas par cas, des accords ou des arrangements acceptables pour la disposition définitive des biens confisqués »⁹⁸³. Ainsi, le rapatriement des avoirs issus de la corruption ne peut s'effectuer qu'à partir du moment où un jugement définitif a été rendu dans les États Parties où les faits se sont déroulés. Cette première condition est obligatoire, puisque les dispositions de la Convention mentionne explicitement que les États Parties ne peuvent y renoncer. Elle constitue à elle seule un premier obstacle important au recouvrement et rapatriement des fonds issus de corruption. Cela signifie également *a contrario* que les fonds situés dans les autres États Parties demeurent à la disposition de ces derniers. À cela s'ajoute un second obstacle. Selon les termes du rapport Sherpa, la Convention de Merida est un outil conçu « par les États pour les États ». En d'autres termes, si la convention de Merida renforce considérablement les moyens d'action en vue de recouvrer les avis volés, ces mêmes moyens sont à la seule disposition de l'État victime »⁹⁸⁴. Par conséquent, que se passe-t-il lorsque les gouvernements en place n'engagent aucune action pour recouvrer les avoirs volés ou lorsque ces mêmes gouvernements sont les instigateurs du détournement des fonds publics ? Au-delà de la question du recouvrement et de la mise en œuvre des procédures nécessaires, se pose également la question du sort des biens confisqués. Dans les cas de corruption internationale, les biens confisqués doivent être restitués aux États qui ont subi les faits de corruption. Pour autant, rien ne garantit que les fonds ne soient de nouveau détournés. Des exemples montrent l'existence d'un tel risque⁹⁸⁵. Parallèlement à la Convention des Nations unies contre la corruption, la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée à l'article cinq-cinq, paragraphe trois et la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme de 2005 à l'article vingt-cinq, paragraphe deux encourage les États Parties à établir des procédures appropriées pour permettre aux

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² *Ibid.*

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ Étude, Transparency Internationale France et SHERPA, « Pour une restitution des avoirs volés aux populations victimes. Les enseignements de l'affaire des « Biens Mal Acquis » », 2014, p. 10.

⁹⁸⁵ *Ibid.*

victimes d'infractions d'obtenir réparation et ce, grâce à la restitution auprès de la Partie requérante des biens confisqués.

Concernant la directive 2014/42/UE, elle prévoit que « *lorsque, à la suite d'une infraction pénale, la victime demande réparation à la personne qui fait l'objet d'une mesure de confiscation prévue par la présente directive, les États membres prennent les mesures nécessaires pour que la mesure de confiscation n'empêche pas ladite victime de chercher à obtenir réparation* »⁹⁸⁶. La directive ne précise pas si la mesure de confiscation devrait servir à procéder à l'indemnisation des victimes, mais elle précise tout de même que celle-ci ne doit pas faire obstacle à l'indemnisation, laissant supposer qu'elle pourrait et ce, au détriment des droits de l'État sur le bien confisqué, revêtir une telle utilité. En outre, sur ce point, il est intéressant de noter que l'UE de manière ponctuelle ouvre cette voie, puisque dans le cadre de la lutte contre la traite des êtres humains, elle précise qu'« *il y a lieu d'encourager l'utilisation des instruments et produits des infractions visées dans la présente directive qui ont été saisis ou confisqués aux fins de financer l'assistance aux victimes et la protection de celles-ci, et notamment leur indemnisation ainsi que les actions transfrontalières de lutte contre la traite qui sont menées au niveau de l'Union par les services répressifs* »⁹⁸⁷. Concernant la pratique des États membres, une étude de 2014 montre que l'ensemble des États ont mis en place un mécanisme d'indemnisation des victimes⁹⁸⁸. Le règlement (UE) 2018/1805 donne ainsi la priorité aux victimes au détriment de l'État ou des fonds spéciaux⁹⁸⁹. Il prévoit qu'« *il ne devrait pas être porté atteinte, dans les affaires transfrontalières, au droit des victimes à réparation et à restitution. Les règles concernant la disposition de biens gelés ou confisqués devraient accorder la priorité à l'indemnisation et à la restitution des biens aux victimes* »⁹⁹⁰. Cette place privilégiée des victimes dans l'échelle des bénéficiaires des fonds confisqués est rappelée à l'article trente, paragraphe deux, du règlement (UE) 2018/1805 précise que « *lorsque l'autorité d'exécution a été informée d'une décision de restitution à la victime des biens confisqués conformément au paragraphe 1, elle prend les mesures nécessaires pour garantir que, lorsque les biens concernés ont été confisqués, ils soient restitués à la victime dans les plus brefs délais, au besoin par l'intermédiaire de l'État d'émission. L'autorité d'exécution informe*

⁹⁸⁶ Art. 8.10, *ibid.*

⁹⁸⁷ Cons. 13, directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil [JOUE L 101, 15.4.2011, p. 1–11].

⁹⁸⁸ Study by the Center for the Study of Democracy entitled Disposal of Confiscated Assets in the UE Member States, Laws and Practices commissioned, *op. cit.*

⁹⁸⁹ Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets, *op. cit.*, p. 43.

⁹⁹⁰ Cons. 45, règlement (UE) 2018/1805, *op. cit.*

l'autorité d'émission lorsque les biens sont transférés directement à la victime ». Cette disposition est particulièrement intéressante puisqu'elle remet en question le droit de l'État d'exécution sur le bien. Traditionnellement, dans le cadre des relations transfrontalières, l'État d'exécution dispose du bien confisqué. Or, ce droit est mis à mal par la nécessité de protéger les droits des victimes, leur droit à restitution ou leur droit à indemnisation.

207. Le réinvestissement des fonds confisqués à des fins sociales. Enfin, les fonds confisqués peuvent être réutilisés à des fins sociales. L'objectif est ici de « *mettre les biens confisqués à la disposition des communautés affectées dans le but de rétablir le respect et la confiance dans la loi* »⁹⁹¹. Ce type de mesure « *est particulièrement pertinente dans les pays où les groupes criminels se sont tellement enracinés dans les collectivités que les mesures d'application de la loi prises contre eux se heurtent à l'hostilité, sinon à la résistance active* »⁹⁹². Ce qui conduit à appliquer ces mesures généralement dans des États où il existe une défiance de la population vis-à-vis du pouvoir en place⁹⁹³. Dans l'UE, l'Italie est la parfaite illustration de la réutilisation sociale des biens confisqués. Touchée par les organisations criminelles, l'Italie a développé un arsenal législatif unique en matière de confiscation et de redistribution des biens confisqués à des fins sociales. C'est par une loi de 1996 que l'Italie a instauré un mécanisme de réutilisation sociale des biens confisqués aux organisations de type mafieuse. Cette loi est légitimée par deux fondements. D'une part, la volonté de soustraire aux délinquants les ressources économiques qui leur permettent de contrôler un territoire au détriment de la primauté du droit. D'autre part, la volonté de réutiliser ces ressources au profit de la collectivité. Il s'agit d'« *une forme de restitution de biens volés aux citoyens qui subissent des actes criminels sur leur territoire* »⁹⁹⁴. En quelques années le programme italien de

⁹⁹¹ Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets, *op. cit.*, p. 44. Citation : “*social re-use initiatives are aimed at making the confiscated property available to the affected communities in an effort to restore compliance with and confidence in the law*”.

⁹⁹² *Ibid.* Citation : “*Social reuse is particularly relevant to countries where criminal groups have become so entrenched in communities that law enforcement action against them is met with hostility, if not active resistance*”.

⁹⁹³ Sur ce point, Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets précise que “*in some cases criminal groups have managed to infiltrate the legitimate economy to such an extent that entire communities find themselves dependent for their economic well-being on the continuation of enterprises controlled by organized crime. The aim of social reuse measures in this context is to demonstrate that restoring State control in these situations does not necessarily have to entail the destruction of the economic benefits for communities produced by the businesses controlled by organized crime. The economic revitalization of affected communities is prioritized to mitigate the damage done to society and to restore confidence in the capacity of government to support communities*” (*ibid.*).

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 45. Citation : “*the subtraction of resources from the economic power of criminals, which permits control of the territory to the detriment of the rule of law, and the return of these resources to the community for institutional and social reuse: a form of restitution of stolen assets to the citizens that suffer the presence of crime in their territory*”.

captation des produits issus de la criminalité organisée aurait permis le recouvrement d'environ un milliard d'euros, dont une saisie à elle seule aurait permis la confiscation de cent deux entreprises, deux cent trente-neuf biens immobiliers et de nombreuses propriétés⁹⁹⁵. Pour les aider dans la prise en charge des biens, les autorités chargées de les gérer se sont entourées de nombreux acteurs pour les aider à s'assurer que les propriétés confisquées soient réintégrées avec succès dans la communauté : des juges d'instruction ; des municipalités locales ; des organisations du secteur privé ; des institutions financières ; des directeurs juridiques⁹⁹⁶. Les biens sont réutilisés de la manière suivante : les maisons confisquées peuvent être allouées à des familles victimes d'inondation ou au profit de femmes en détresse ; des constructions peuvent être assignées pour loger des réfugiés ou des personnes sans domicile fixe ; des entreprises agricoles peuvent être reconverties en coopératives agricoles solidaires. Sur ce dernier point, il est intéressant de noter que des terres agricoles sont remises en activité à travers des vignobles, la culture du blé, etc. Ces coopératives permettent en outre de fournir un nouveau bassin d'emploi, permettant aux citoyens des régions touchées par le crime organisé de faire valoir « *le droit au travail pour tous et dans la légalité* »⁹⁹⁷. À la dimension politique de ce programme se greffe une dimension économique et sociale. Le travail et le réemploi de ces biens sont de nouveaux axes de la lutte contre la criminalité. Elles représentent des structures économiques fiables et à ce titre constituent une menace concurrentielle pour les productions issues du système informel, « *auquel elles opposent un nouveau modèle économique, fondé sur un rapport différent au travail, au territoire, à la qualité et à la distribution de la richesse produite* »⁹⁹⁸. Concrètement, les produits issus de ces coopératives sont destinés à la vente et bénéficient d'une labellisation « *Libera Terra* » garantissant « *leur qualité éthique, sociale et économique* »⁹⁹⁹. Toutefois, force est de constater que la mise en place de ces programmes demeure fragile. Le nom des anciens propriétaires, la situation géographique des terres et

⁹⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁹⁷ E. Bucolo, « *Le rôle des coopératives sociales gérant des biens confisqués à la mafia dans la définition d'une politique publique locale. Un exemple d'interaction entre pouvoirs publics et initiatives de l'économie sociale et solidaire* », Revue Française de Socio-Economie, Lille, n° 15, 1/2015, p. 77-95. URL: www.cairn.info/revue-francaise-de-socio-economie-2015-1-page-77.htm

⁹⁹⁸ N. Mignemi et F. Rizzoli « *La redistribution à des fins sociales des biens confisqués aux mafias en Italie : de l'informel mafieux au formel citoyen* », URL : [https://www.laurent-mucchielli.org/public/Mignemi et Rizzoli Biens confisques en Italie.pdf](https://www.laurent-mucchielli.org/public/Mignemi%20et%20Rizzoli%20Biens%20confisques%20en%20Italie.pdf)

⁹⁹⁹ *Ibid.*

immeubles sont autant de repoussoir à l'investissement de ces terres par la société civile. Preuve de ce manque d'attractivité, l'Italie ne comptait en 2013 que onze coopératives agricoles¹⁰⁰⁰.

B. Les méthodes de gestion des biens confisqués

208. La vente comme méthode principale de gestion des biens confisqués. Parmi les méthodes de gestion des biens confisqués, la plus répandue est la vente des produits confisqués. Tous les États membres de l'UE recourent à cette méthode de gestion des biens confisqués car il s'agit d'un moyen peu coûteux, efficace et opérationnel. En effet, « *cela est dû au fait que la vente est utilisée dans d'autres cas lorsque des biens sont confisqués ou lorsque l'État dispose de biens inutiles* »¹⁰⁰¹.

Mais la vente des fonds confisqués peut poser un certain nombre d'obstacles. La vente d'un bien immobilier peut être problématique, notamment s'il pèse sur lui des charges desservant sa vente, tels qu'une hypothèque, un gage, une vente à tempérament, une propriété partagée ou encore une location¹⁰⁰². De même l'immobilier de haute valeur tels que les propriétés industrielles ou agricoles sont difficiles à vendre¹⁰⁰³. En outre il convient de garder à l'esprit que dans la vente de produits confisqués « *la réputation du propriétaire précédent serait un autre facteur préjudiciable pour les acheteurs potentiels de biens immobiliers, en particulier lorsqu'il a des antécédents de crime organisé* »¹⁰⁰⁴. La vente peut être en outre compromise lorsque l'identification du propriétaire véritable dudit bien est difficile ou lorsqu'il n'y a eu aucune poursuite judiciaire entamée parallèlement à celles concernant la personne physique les entités juridiques qui leur sont affiliées. Sur ce point, il est intéressant de noter que « *lorsque le Tribunal annonce la décision de confiscation, la société interjette appel contre elle en tant que tiers de bonne foi distinct de la personne condamnée. Parfois, ces sociétés font aussi délibérément faillite, ce qui entraîne l'ouverture d'une procédure devant le tribunal de commerce et la nomination d'un liquidateur judiciaire externe* »¹⁰⁰⁵. Par conséquent, le recours

¹⁰⁰⁰ N. Mignemi, « *Coopératives et réutilisation sociale des biens confisqués à la mafia : le projet Libera Terra en Sicile* », Revue internationale de l'économie sociale – RECMA, Paris, n°328, 2013, p. 33-47. URL: <http://www.erudit.org/revue/recma/2013/v/n328/1015526ar.pdf>

¹⁰⁰¹ Study by the Center for the Study of Democracy entitled Disposal of Confiscated Assets in the UE Member States, Laws and Practices commissioned, *op. cit.*, p. 36. Citation : “*this is due to the fact that sale is used in other instances when property is confiscated or when the state disposes of unneeded property*”.

¹⁰⁰² *Ibid.*, p. 36-37.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, p. 37.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.* Citation : “*the reputation of the previous owner is reported to be another detrimental factor for potential buyers of real estate, especially when s/he has an organised crime background*”.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.* Citation : “*when the court announces the confiscation order, the company appeals against it as a bona fide third party distinct from the convicted criminal. Sometimes such companies also deliberately go bankrupt,*

de la personne morale constitue une stratégie « *des criminels pour entraver la disposition de leurs biens, parce que l'ordonnance de confiscation ne peut être exécutée avant que toutes les réclamations et procédures concurrentes devant le tribunal civil aient été réglées* »¹⁰⁰⁶. Ensuite, la vente de produits financiers ou de parts de société au sein desquels un État n'a que peu ou aucun intérêt pose également des difficultés quant à la détermination de leur valeur, la faible attractivité de ces fonds pour la vente ou aux procédures en cours, telles que la banqueroute. Enfin, les biens meubles peuvent également poser quelques défis : la détérioration rapide, la dépréciation, les coûts de stockage et d'entretien disproportionnés par rapport à la valeur desdits biens. Ces difficultés peuvent être pallier par la vente réalisée durant la phase de gel des biens pour éviter que qu'ils ne se déprécient, se dévalorisent rapidement ou nécessitent des coûts disproportionnés de gestion par rapport à leur valeur.

Ces quelques exemples rappellent que toutes les décisions de gel et de confiscation ne sont peut-être pas bonnes à réaliser. Certains biens représentent une réelle difficulté et peuvent constituer à terme une sanction pour l'État.

209. Le transfert des droits de propriété des biens confisqués à des entités publics ou privés. Les États peuvent transférer la propriété des biens confisqués à des entités publiques ou privés notamment dans le cadre de la réutilisation sociales des avoirs confisqués. La vente des fonds confisqués permet entre autres de procéder à l'indemnisation des victimes et ce, avant même que l'État ou un fonds spécial ne puisse en bénéficier. « *Cependant, il ne faut pas oublier que la criminalité grave et organisée n'a pas toujours de victimes identifiables. Si la société dans son ensemble est perçue comme victime de cette forme de criminalité, on peut soutenir que l'indemnisation peut prendre la forme d'une réutilisation des produits confisqués des crimes susmentionnés à des fins sociales* »¹⁰⁰⁷. En d'autres termes la réutilisation des fonds confisqués, et plus particulièrement la réutilisation sociale des fonds confisqués, permet de procéder à l'indemnisation de la communauté. Pour autant celle-ci ne devrait s'opérer au détriment des victimes identifiées. Là encore un certain nombre d'obstacles peuvent apparaître :

which leads to the initiation of proceedings at the commercial court and appointment of an external judicial liquidator”

¹⁰⁰⁶ *Ibid.* Citation : “*by criminals to obstruct the disposal of their property, because the confiscation order cannot be enforced before all concurrent claims and proceedings at the civil court have been settled*”.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.* V. également l'étude Basel Institute on Governance, “*The Need for New EU Legislation Allowing the Assets Confiscated from Criminal organisations to be Used for Civil Society and in Particular for Social Purposes*”, 2012. Citation : “*However, it should be borne in mind that serious and organised crime does not always have identifiable victims. If society as a whole is perceived as a victim of this form of criminality, it can be argued that the compensation can take the form of re-use of the confiscated proceeds of the aforementioned crimes for social purposes*”

les charges pesant sur le bien ; les droits des tiers ; la détérioration des biens transférés nécessitant des coûts de restauration ; le coût d'administration de ces biens¹⁰⁰⁸.

210. La location. Enfin, certains États – Belgique, République Tchèque, Irlande ou Malte – proposent les biens confisqués à la location. Aucun transfert de propriété n'est opéré au profit d'une entité public ou privé, l'État demeure le propriétaire des biens. Mais, cette faculté est généralement limitée à certains types de bien, tels que les propriétés coûteuses ou les entreprises. À titre d'exemple, « *en Belgique et à Malte, seuls les biens immobiliers sont loués, tandis qu'en Italie, il s'agit d'une option de cession pour les entreprises si les activités commerciales sont susceptibles de se poursuivre. Les entreprises peuvent être louées à des coopératives de travail associé ou à des entreprises publiques ou privées* »¹⁰⁰⁹. Il doit être également rappeler afin de conclure sur ce point qu'un certain nombre de biens sont détruits car, illicites ou dangereux.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ *Ibid.* Citation : “*in belgium and Malta only real estate is rented, while in Italy this is a disposal option with respect to companies if business activities are likely to continue. Companies can be rented either to worker cooperatives or to public/private companies*”.

CONCLUSION – CHAPITRE 1

211. Une spécialisation des acteurs institutionnels mis en place pour garantir l'efficacité de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Le développement et la diffusion de la sanction de confiscation a conduit à repenser le cadre institutionnel à l'aune des besoins de cette procédure. Ainsi, plus le cadre législatif est développé plus il est nécessaire de réfléchir au cadre institutionnel qui va accompagner ce développement et permettre une prise en charge de manière adéquate des biens.

Cependant, cette prise en charge a un coût. Les BGA ont acquis à travers leurs expériences et leurs réseaux une connaissance approfondie de la gestion des produits du crime. Ils sont à cet égard des experts incontournables pour juger de l'efficacité des systèmes de gestion, mais également à travers une lecture budgétaire, économique de l'efficacité de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime, notamment pour garantir que la confiscation ne se transforme en une sanction pour l'État. En effet, la gestion pose désormais la question de l'opportunité de la mesure de gel et/ou de confiscation. Ainsi, à la question « *toutes les saisies sont-elles « bonnes à faire » ?* », Monsieur Duchaine, ancien Directeur général de l'AGRASC répond : « *Les biens à saisir en priorité sont les liquidités et les comptes bancaires ; pour les biens corporels immobiliers, il faut prendre en compte le fait que la saisie de ces biens génère des frais pour la justice. La difficulté réside dans la perception exacte des conséquences de la décision de justice* »¹⁰¹⁰. La question du coût est également prise en compte par les recommandations internationales faites sur le sujet. Ainsi, l'étude faite par le Secrétariat des Nations unies "*on effective management and disposal of seized and confiscated assets*" précise que « *à l'étape de la gestion intermédiaire, le suivi des coûts engagés pour la gestion et l'entretien des biens saisis afin de s'assurer que ces coûts ne dépassent pas la valeur qui pourrait finalement être recouvrée à la suite de la réalisation de l'actif est une préoccupation pour de nombreux pays* »¹⁰¹¹. La gestion des biens gelés implique donc que les autorités judiciaires procèdent à un calcul coût-avantage, et nécessite à cet égard de définir un système de gestion optimum, où « *il faut trouver un équilibre entre la culture judiciaire qui est celle de la peine (la confiscation du bien comme faisant partie de cette peine) et la culture*

¹⁰¹⁰ C. Duchaine, « *De la nécessité d'un usage raisonné des saisies et des confiscations. Punir le condamné ou punir l'Etat* », *op. cit.*

¹⁰¹¹ Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets, *op. cit.*, p. 63. Citation : "*at the interim management stage, keeping track of the costs incurred in the management and maintenance of seized assets to ensure that such costs do not exceed the value that may ultimately be recovered from realization of the asset is a concern for many countries*".

budgétaire qui est celle de l'impact de la décision sur le budget (l'État doit en tirer profit et non perdre de l'argent dans l'opération) »¹⁰¹². Les mesures de gel et de confiscation devraient remplir deux objectifs primordiaux : la sanction du délinquant et le non-appauvrissement de l'État. « Pour trouver cet équilibre on peut se poser la question suivante : où s'arrête la sanction du condamné et où commence celle de l'État ? »¹⁰¹³ Cette question est d'autant plus pertinente dans le cadre des relations de coopération judiciaire où le coût de la gestion est supporté par l'État d'exécution. Le coût financier peut-il constituer un frein à la coopération judiciaire, et expliquer le taux bas de recouvrement des produits du crime dans l'UE ?

¹⁰¹² C. Duchaine, « De la nécessité d'un usage raisonné des saisies et des confiscations. Punir le condamné ou punir l'Etat », *op. cit.*

¹⁰¹³ *Ibid.*

CHAPITRE 2. LES EFFETS DE LA PHASE DE GESTION SUR LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE

212. Les conséquences du développement et de la diffusion de la gestion des produits du crime et des autres biens en rapport le crime sur l'entraide répressive et la coopération judiciaire en matière pénale. Le développement de la phase de gestion des produits du crime est intrinsèquement lié à celui de la procédure de recouvrement des avoirs, et ce constat s'observe également dans les méthodes de coopération judiciaire mises en place pour recouvrer les avoirs illicites. Comme le souligne K. Prost, le gel et la confiscation des produits du crime ont eu « *une influence directe sur les genres d'assistance que se prêtent les États en matière d'enquêtes et de poursuites criminelles* », et des questions opérationnelles ont émergé telles que la gestion ou la disposition des fonds gelés et confisqués dans le cadre de la procédure de coopération.

Les conventions internationales et européennes, depuis l'adoption des premiers textes à la fin des années 1980, ont intégré ces questions, mais sans pour autant adopter des dispositions ou des accords juridiques concrets et contraignants, notamment concernant le partage des fonds confisqués. La majorité des textes rappelle qu'il appartient à l'État Partie qui confisque le produit du crime d'en disposer conformément à son droit interne et à ses procédures administratives, l'État demandeur n'ayant aucun droit sur le bien confisqué. Ce principe pose la question de l'opportunité de formuler une demande de coopération. Pour pallier cet obstacle, l'UE dès 2006, en adoptant la décision-cadre 2006/783/JAI relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, règlemente la disposition des biens confisqués en établissant des règles de partage des produits du crime ne laissant désormais aux États en la matière qu'une faible marge d'appréciation. En revanche, la gestion est une question récente et soulève dans le cadre de la procédure de coopération de nouveaux enjeux, tels que le financement pour le compte d'un autre État membre des mesures de gel et de confiscation. Les frais liés à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision de gel ou d'une décision de confiscation ne risquent-ils pas à terme d'être un motif de non-reconnaissance et de non-exécution des décisions de gel et de confiscation. Ne feraient-ils pas peser sur les systèmes européens les plus fragiles une obligation trop importante ?

Les enjeux varient une fois encore selon le statut juridique du bien, c'est la raison pour laquelle seront envisagées distinctement les enjeux juridiques et pratiques que soulèvent la

gestion des biens en rapport avec le crime dans le cadre de l'application du principe de reconnaissance mutuelle (section 1), interrogeant les voies à emprunter pour faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions de gel et de confiscation dans l'UE. L'une de ces voies est la généralisation de la confiscation en valeur équivalente (section 2). Toutefois, cette dernière remettrait nécessairement en question les fonctions de la peine pénale.

SECTION 1. LA PHASE DE GESTION DES BIENS DANS LE CADRE DE L'APPLICATION DE LA RECONNAISSANCE MUTUELLE DES DÉCISIONS DE GEL ET DE CONFISCATION

213. Des obligations à la charge des États membres d'exécution. Le règlement (UE) 2018/1805 fixe de nouvelles obligations dont l'obligation pour l'État d'exécution de gérer de manière adéquate les biens placés sous leur contrôle (§1), ainsi que de prendre en compte les décisions d'indemnisation ou de restitution en faveur de la victime lorsqu'une décision de confiscation est prononcée dans l'État d'émission (§2). Les nouvelles exigences issues de la directive 2014/42/UE et du règlement (UE) 2018/1805 font peser les obligations inhérentes à la gestion sur les États membres qui exécutent les demandes de gel ou de confiscation, en vertu de l'application du principe de réciprocité. Or, ces obligations ont d'importantes conséquences, notamment économiquement parlant. Par conséquent, cela soulève la question de savoir si les conséquences financières de la procédure européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime peuvent à terme constituer un motif de non-reconnaissance ou de non-exécution des décisions de gel et de confiscation.

§1. L'application du principe de réciprocité comme justification de la prise en charge financière de la gestion des biens gelés par l'État d'exécution

214. Une répartition des frais de gestion justifiée par le principe de réciprocité. Dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des décisions de gel, l'enjeu principal ici demeure le coût de la gestion des biens gelés jusqu'à ce qu'une décision définitive soit prise, dont la charge revient à l'État d'exécution. Cette règle se justifie également au regard du principe de réciprocité, qui repose sur le principe de fournir ultérieurement une aide équivalente. Il est important de souligner, à cet égard, que le règlement (UE) 2018/1805 pose l'obligation que les États membres s'engagent à une gestion adéquate des biens gelés. Cette disposition soulève une question centrale : les frais de gestion peuvent-ils constituer un frein à la reconnaissance et à l'exécution des décisions de gel, notamment lorsque le système de gestion d'un État membre est défaillant ? Cette interrogation rappelle que les disparités institutionnelles, comme les disparités législatives, peuvent constituer un frein aux demandes de coopération et nuisent à l'efficacité de la sanction de confiscation à l'échelle européenne. Cette situation est susceptible de déclencher un phénomène de *forum shopping*, permettant aux groupes criminels de choisir les États les moins armés pour satisfaire les demandes de coopération. C'est la raison pour

laquelle le règlement (UE) 2018/1805 a intégré la question de la gestion dans son dispositif. Il impose clairement l'obligation à tous les États membres qui réceptionnent une demande de coopération de gérer les biens gelés de manière à prévenir leur dépréciation, élargissant ainsi les obligations posées par la directive 2014/42/UE. Ainsi, le droit à un recours effectif contre les actes de gestion devra être exercé devant les juridictions de l'État d'exécution, puisqu'il revient l'obligation de gérer les biens de manière adéquate jusqu'à ce qu'une décision soit prise par l'État d'émission.

215. Le coût financier lié à la gestion des biens durant la phase de gel supporté par l'État d'exécution. Dans le domaine de la coopération judiciaire, le principe est que « *les États membres ne devraient pas pouvoir réclamer l'un à l'autre la compensation des frais résultant de l'application du présent règlement. Toutefois, lorsque l'État d'exécution a dû supporter des frais élevés ou exceptionnels, notamment parce que les biens ont été gelés pendant une longue période, toute proposition de partage des frais formulée par l'autorité d'exécution devrait être prise en considération par l'autorité d'émission* »¹⁰¹⁴. Le principe est qu'il appartient à l'État d'exécution de supporter les frais, sauf frais élevés ou exceptionnels. Pour autant le texte ne les définit pas et renvoie les États membres à régler entre eux cette question. Le seul critère donné est exemple est un critère temporel. Sur ce point, il convient de préciser que la reconnaissance et l'exécution d'une décision de gel implique que « *les biens qui font l'objet d'une décision de gel restent gelés dans l'État d'exécution jusqu'à ce que l'autorité compétente de cet État ait apporté une réponse définitive à une décision de confiscation transmise conformément à l'article 14 ou jusqu'à ce que l'autorité d'émission ait informé l'autorité d'exécution de toute décision ou mesure ayant pour effet de faire perdre à la décision son caractère exécutoire ou de faire retirer la décision, conformément à l'article 27, paragraphe 1* »¹⁰¹⁵. En d'autres termes, l'État d'exécution a l'obligation le bien jusqu'à ce que l'État d'émission statue sur le sort du bien. Or, il convient de rappeler que les procédures de confiscation et de recouvrement des produits sont souvent des procédures longues et complexes impliquant qu'elles soient dans certains cas détachées de la procédure criminelle. C'est la raison pour laquelle le règlement (UE) 2018/1805 prévoit un tempérament à cette obligation. « *L'autorité d'exécution peut, en tenant compte des circonstances de l'espèce, présenter à l'autorité d'émission une demande motivée visant à limiter la durée pendant laquelle le gel des biens est maintenu* »¹⁰¹⁶. En cas de

¹⁰¹⁴ Cons. 49, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

¹⁰¹⁵ Art. 12.1, règlement (UE) 2018/1805, *op. cit.*

¹⁰¹⁶ Art. 12.2, *ibid.*

désaccord, l'autorité d'émission doit justifier les raisons du maintien du bien gelé dans l'État d'exécution et le maintien s'opère. En revanche, un délai de six semaines est prévu, durant lequel l'État d'émission doit répondre. Au-delà l'État d'exécution est en droit de lever le gel. Les frais ne sont pas évoqués par le règlement (UE) 2018/1805, mais sont-ils des motifs suffisant pour lever une mesure de gel ?

216. Le droit à un recours effectif contre les actes de gestion menés par l'État d'exécution. Avec la judiciarisation de la phase de gestion, les personnes concernées par les mesures disposent d'un droit à un recours effectif. Ce droit peut s'exercer à l'encontre de la décision de gel, elle-même, devant les juridictions de l'État membre qui a émis la décision, contre la décision de reconnaissance et d'exécution de la décision de gel devant les juridictions de l'État membre d'exécution ou contre les actes de gestion eux-mêmes mis en place dans l'État d'exécution. Or, ces derniers peuvent engager la responsabilité de l'État d'exécution. Ainsi se pose la question de savoir si un État membre ayant conscience que son système est défaillant s'engagera à reconnaître et exécuter une décision de gel et engagera potentiellement sa responsabilité en cas de mauvaise gestion et ce, même si la gestion est confiée à un tiers ?

Cette question soulève la question de la responsabilité des sous-traitants privés ayant reçu un mandat pour gérer les biens. Leur responsabilité peut être engagée sur le fondement de responsabilité civile extracontractuelle, elle-même constituée par les responsabilités délictuelle et quasi délictuelle du fait personnel, qui peut être recherchée dans les cas où « *l'acte dommageable consiste dans la violation d'une obligation, quelle qu'en soit l'origine (légale au sens le plus large, coutumière, jurisprudentielle), que l'acte soit volontaire ou involontaire* »¹⁰¹⁷. Celle-ci ne sera enclenchée que par la réunion de trois conditions : un préjudice relié par un lien de causalité à un fait générateur et ce, du fait personnel, du fait d'autrui ou encore du fait des choses. « *Ce fait générateur est un fait juridique (par opposition à un acte juridique), déclenchant l'application d'une norme légale qui, lorsque ses conditions sont réunies, se traduira par une indemnisation de la victime* »¹⁰¹⁸. En outre il convient de ne pas omettre la responsabilité du fait des commettants à l'égard du sous-traitant, qui implique que les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Parallèlement à la responsabilité civile, il convient de rappeler que la responsabilité pénale des agents et administrateurs pourra

¹⁰¹⁷ P. le Tourneau, Responsabilité : généralités, Répertoire de droit civil, Dalloz.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*

être engagée, si une infraction a été commise – telles que des faits de destruction, de dégradations et détériorations commis intentionnellement ou de corruption passive et du trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique, de corruption active et du trafic d'influence commis par les particuliers et de corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique – ou si faute pénale est démontrée. Le terme de faute pénale renvoie à la faute d'imprudence, qui consiste en une négligence, une imprudence, une maladresse ou une inattention ou dans le manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement. Pour que la responsabilité de l'agent soit établie la preuve d'une inexécution des diligences normales compte tenu de la nature des missions ou des fonctions, des pouvoirs, des compétences et des moyens dont il disposait doit être établie. Plus particulièrement dans le cas d'une imprudence, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage mais qui ont créé ou contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage ou n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, n'engageront leur *responsabilité pénale que dans deux cas* : s'ils ont violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence et de sécurité prévue par la loi ou le règlement ou s'ils ont commis une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'ils ne pouvaient ignorer. Dans ce dernier, la responsabilité pénale de la personne ne pourra être engagée que si un dommage en a résulté. Une gestion inadéquate des biens gelés pourra ainsi donner lieu à un droit d'indemnisation grevant à cet égard les frais d'administration des biens gelés et ce, principalement dans le cas où la responsabilité de l'établissement public administratif sera reconnue. Il convient de préciser sur ce point que la procédure dont l'objet concerne la gestion adéquate ou non des biens et recherchant quelles peuvent être les responsabilités à engager se déroulera dans le cadre d'une procédure nouvelle n'impactant de la sorte que peu la procédure de recouvrement des produits du crime. L'exemple français est intéressant sur ce point, puisque la Cour de cassation s'emploie désormais à contrôler si les droits des personnes concernées pendant la gestion sont respectés. C'est ainsi que la responsabilité de l'État a pu être engagée dans une affaire où avait été décidé la destruction de scellés sans que la personne à laquelle la restitution avait été accordée n'ait été préalablement mise en demeure de les reprendre dans un délai de deux mois, traduisant « *l'inaptitude du service public de la justice à remplir sa mission* »¹⁰¹⁹. Enfin, l'allongement de la procédure peut également être due à « *un changement de circonstances dû à diverses raisons* »¹⁰²⁰, tels que

¹⁰¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 2008, *Bull. civ. I*, n°196, n°07-18.239. Voir également commentaire de la DECISION n°2014-406 QPC du 9 juillet 2014.

¹⁰²⁰ Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime, *op. cit.*, p. 79.

l'abandon des poursuites répressives – laissant l'opportunité dans les États la pratiquant de recourir à une procédure de confiscation civile ou tout autre régime de confiscation sans condamnation pénale. Le changement de régime de confiscation « *n'est pas anodin* » car la confiscation sans condamnation est dans certains États un moyen de procéder au paiement des dommages-et-intérêts dus à la victime à titre de réparation lorsque celle-ci n'a pu intervenir dans le cadre d'une procédure criminelle. Dans cette perspective, l'administrateur a pu conformément à la loi constituer un fonds pour procéder à cette indemnisation mise en œuvre dans le cadre d'une nouvelle procédure de confiscation sans condamnation, et qui peut « *grever lourdement l'administration des avoirs* »¹⁰²¹. « *Des consultations [seront par conséquent] nécessaires, même si l'administrateur n'est pas directement concerné par la décision de se désister de la demande de confiscation ou de mettre fin aux mesures conservatoires* »¹⁰²².

217. Les frais de gestion ne constituent pas un motif de non-reconnaissance ou de non-exécution des décisions de gel. Il est important de noter que le coût de la gestion ne figure pas parmi les motifs de non-reconnaissance et de non-exécution des décisions de gel. Cependant, elle soulève la question de l'opportunité pour l'autorité compétente de l'État d'émission d'émettre une demande de reconnaissance mutuelle si le système de gestion est défaillant dans l'État où le bien se situe. Le risque est la réalisation d'une gestion inadéquate du bien, emportant la responsabilité de l'État d'exécution, et de nuire à terme à l'objectif de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime : garantir l'exécution de la confiscation des produits du crime. Cela rappelle enfin qu'il est important d'accompagner l'harmonisation des systèmes législatifs de confiscation et de recouvrement des produits du crime d'une harmonisation des capacités institutionnelles des États membres, qui seule garantit une mise en œuvre efficiente des dispositifs adoptés dans le cadre de l'UE.

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² *Ibid.*

§2. Les règles encadrant le partage entre États membres des biens confisqués dans le cadre d'une demande de coopération judiciaire en matière pénale

218. Le partage des biens confisqués comme moteur de la coopération des produits du crime. Le partage des produits du crime entre l'État d'émission et l'État d'exécution est présenté comme un moyen de stimuler la coopération judiciaire notamment en permettant à l'État d'émission de recouvrer tout ou partie des produits confisqués (B). Le partage prévu par le droit européen est une avancée significative par rapport au droit international public, qui rappelons-le prévoit que les droits de propriété du bien confisqué sont transférés à l'État d'exécution, et non à celui d'émission (A).

Le partage des produits du crime est un moyen d'encourager les autorités nationales compétentes d'émission à recourir aux instruments d'entraide répressive et de coopération judiciaire en matière pénale pour priver les délinquants des produits de leurs crimes.

A. Le transfert des droits de propriété des biens confisqués à l'État d'exécution

219. La procédure de partage des produits illicites situés à l'étranger. Au sein des procédures de recouvrement des avoirs, il est important de différencier la procédure de partage des avoirs confisqués de la procédure de restitution des avoirs, qui implique au propriétaire de démontrer son droit de propriété sur le bien. La procédure de partage peut se définir comme suivant : « *le partage des avoirs criminels confisqués entre les États dans le cadre de la coopération judiciaire internationale en matière pénale [...] concerne le partage des avoirs pécuniaires et/ou des biens entre au moins deux États, après l'exécution d'une sanction de confiscation par l'un de ces États* »¹⁰²³. Cette procédure doit être distinguée de la procédure de restitution des avoirs, En outre, il convient de rappeler que cette procédure est distincte de la reconnaissance et d'exécution des décisions de confiscation dans un État étranger. Certes, il s'agit là d'une conséquence de la reconnaissance et de l'exécution d'une décision de confiscation, mais elle répond à des conditions d'exécution propres. Il sera donc intéressant d'étudier et d'opposer la procédure de recouvrement des avoirs en droit international, qui favorise le transfert des droits de propriété à l'État ayant procédé à la confiscation, à celle prévue par le droit européen, qui favorise le partage des biens confisqués.

¹⁰²³ "the sharing of confiscated criminal assets between states in the framework of international judicial co-operation in criminal matters [...] it concerns the division of criminal monetary and/or a property assets between at least two states, following the execution of a confiscation sanction by one of those states

220. En droit international public le transfert des biens à l'État constitue la règle. Les conventions internationales contiennent peu de dispositions relatives à la phase de gestion des biens gelés et confisqués. Ces dispositions tendent principalement à régler le sort des biens dans le cadre de la coopération internationale. La plupart des conventions retiennent qu'il appartient à l'État requis de disposer du bien conformément à son droit interne¹⁰²⁴. Autrement dit, il n'existe pas de droit à restitution des biens faisant l'objet des décisions d'entraide répressive et ce, même si l'article quatorze de la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée qui régit la disposition du produit de crime précise que « *si la demande lui en est faite, envisager à titre prioritaire de restituer le produit du crime ou les biens confisqués à l'État partie requérant, afin que ce dernier puisse indemniser les victimes de l'infraction ou restituer ce produit du crime ou ces biens à leurs propriétaires légitimes* »¹⁰²⁵. Toutefois, ce principe connaît plusieurs tempéraments.

221. La restitution des biens à la victime. L'une des premières exceptions au principe énoncée concerne le cas de la restitution des biens à la victime. En vertu de cette disposition, les États parties devraient envisager à titre prioritaire, et dans la mesure où leur droit interne le leur permet, de restituer le produit du crime ou les biens confisqués à l'État partie requérant, afin que ce dernier puisse indemniser les victimes de l'infraction ou leur restituer ledit produit ou lesdits biens. « *Dans la plupart des systèmes juridiques, la confiscation a pour objectif premier de restituer aux victimes les biens dont elles ont été privées par les auteurs d'infractions, et il est donc fort utile d'établir, en droit interne, une procédure autorisant le partage des avoirs confisqués entre les victimes nationales et autorités étrangères* »¹⁰²⁶. Mais il ne s'agit pas d'une obligation impérative, les États demeurent libres de restituer ou pas des biens aux victimes identifiées.

222. Le versement des biens confisqués à un Fonds pour la prévention du crime et de la justice pénale. La seconde exception qui peut être citée concerne le versement des avoirs au Fonds des Nations unies pour la prévention du crime et la justice pénale. Les États Parties peuvent également faire le choix – et ils y sont invités au paragraphe trois, article quatorze de

¹⁰²⁴ Art. 25.1 de la Convention n°198 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, du 16 mai 2005 et art. 14.1 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, résolution 55/25 de l'Assemblée générale du 15 novembre 2000 et entrée en vigueur le 29 septembre 2003.

¹⁰²⁵ Art. 14.2, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, *ibid.*

¹⁰²⁶ Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, *op. cit.*, p. 122, §379.

la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée – de verser tout ou partie des avoirs confisqués au Fonds des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale pour qu'ils servent à la lutte contre la criminalité organisée. Ce Fonds – placé sous le contrôle de la Commission pour la Prévention du Crime et la Justice pénale (CCPCJ), créé par le Conseil Économique et Sociale (ECOSOC) dans la résolution 1992/1, dont les mandats et les priorités comprennent : le renforcement de l'action internationale pour combattre la criminalité nationale et transnationale et l'amélioration de l'efficacité et de l'impartialité des systèmes d'administration de la justice pénale¹⁰²⁷ – fournit les ressources nécessaires à la promotion de l'assistance technique. Il est important de noter à cet égard que la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée prévoit que « *les États Parties s'entraident pour planifier et exécuter des programmes de recherche et de formation conçus pour échanger des connaissances spécialisées dans les domaines visés au paragraphe 1¹⁰²⁸ du présent article et, à cette fin, mettent aussi à profit, lorsqu'il y a lieu, des conférences et séminaires régionaux et internationaux pour favoriser la coopération et stimuler les échanges de vues sur les problèmes communs, y compris les problèmes et besoins particuliers des États de transit* »¹⁰²⁹. En outre, « *les États Parties encouragent les activités de formation et d'assistance technique de nature à faciliter l'extradition et l'entraide judiciaire [,] ces activités de formation et d'assistance technique peuvent inclure une formation linguistique, des détachements et des échanges entre les personnels des autorités centrales ou des organismes ayant des responsabilités dans les domaines visés* »¹⁰³⁰, et « *lorsqu'il existe des accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux en vigueur, les États Parties renforcent, autant qu'il*

¹⁰²⁷ <https://www.unodc.org/unodc/fr/commissions/CCPCJ/index.html>

¹⁰²⁸ Il est fait obligation à chaque État Partie d'établir, développer ou améliorer, « *dans la mesure des besoins, des programmes de formation spécifiques à l'intention du personnel de ses services de détection et de répression, y compris des magistrats du parquet, des juges d'instruction et des agents des douanes, ainsi que d'autres personnels chargés de prévenir, de détecter et de réprimer les infractions visées par la présente Convention. Ces programmes peuvent prévoir des détachements et des échanges de personnel. Ils portent en particulier, dans la mesure où le droit interne l'autorise, sur les points suivants : a) Méthodes employées pour prévenir, détecter et combattre les infractions visées par la présente Convention; b) Itinéraires empruntés et techniques employées par les personnes soupçonnées d'implication dans des infractions visées par la présente Convention, y compris dans les États de transit, et mesures de lutte appropriées ; c) Surveillance du mouvement des produits de contrebande ; d) Détection et surveillance du mouvement du produit du crime, des biens, des matériels ou des autres instruments, et méthodes de transfert, de dissimulation ou de déguisement de ce produit, de ces biens, de ces matériels ou de ces autres instruments, ainsi que les méthodes de lutte contre le blanchiment d'argent et contre d'autres infractions financières ; e) Rassemblement des éléments de preuve ; f) Techniques de contrôle dans les zones franches et les ports francs; g) Matériels et techniques modernes de détection et de répression, y compris la surveillance électronique, les livraisons surveillées et les opérations d'infiltration ; h) Méthodes utilisées pour combattre la criminalité transnationale organisée perpétrée au moyen d'ordinateurs, de réseaux de télécommunication ou d'autres techniques modernes; et i) Méthodes utilisées pour la protection des victimes et des témoins* ».

¹⁰²⁹ Art. 29.2, Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, *op. cit.*

¹⁰³⁰ Art. 29.3, *ibid.*

est nécessaire, les mesures prises pour optimiser les activités opérationnelles et de formation au sein des organisations internationales et régionales et dans le cadre d'autres accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux en la matière »¹⁰³¹. Plus précisément, il est demandé aux États Parties de faire « des efforts concrets, dans la mesure du possible, et en coordination les uns avec les autres ainsi qu'avec les organisations régionales et internationales »¹⁰³², et le Fonds permettrait de financer des programmes afin d'améliorer « la coopération à différents niveaux avec les pays en développement, en vue de renforcer la capacité de ces derniers à prévenir et combattre la criminalité transnationale organisée » ; d'accroître « l'assistance financière et matérielle à fournir aux pays en développement afin d'appuyer les efforts qu'ils déploient pour lutter efficacement contre la criminalité transnationale organisée et de les aider à appliquer la présente Convention avec succès » ; de « fournir une assistance technique aux pays en développement et aux pays à économie en transition afin de les aider à répondre à leurs besoins »¹⁰³³. Ce sont les raisons pour lesquelles il est demandé aux États Parties de s'efforcer « de verser volontairement des contributions adéquates et régulières à un compte établi à cet effet dans le cadre d'un mécanisme de financement des Nations Unies. Les États Parties peuvent aussi envisager spécialement, conformément à leur droit interne et aux dispositions de la présente Convention, de verser au compte susvisé un pourcentage des fonds ou de la valeur correspondante du produit du crime ou des biens confisqués en application des dispositions de la présente Convention »¹⁰³⁴. Le but étant de fournir une assistance aux États les plus en difficulté afin de les aider à atteindre les objectifs de la Convention et ce, afin de garantir l'efficacité de ce texte. Mais il ne s'agit pas là encore de dispositions obligatoires, cela est laissé à la discrétion des États Parties.

223. La disposition des fonds confisqués par voie d'accords bilatéraux ou multilatéraux.

Enfin, les conventions prévoient la possibilité de régler la question de la disposition des biens confisqués par la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux. Enfin, la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée prévoit que « lorsqu'un État Partie agit à la demande d'un autre État Partie en application des articles 12 et 13 de la présente Convention, il peut envisager spécialement de conclure des accords ou arrangements prévoyant [...] de partager avec d'autres États Parties, systématiquement ou au cas par cas,

¹⁰³¹ Art. 29.4, *ibid.*

¹⁰³² Art. 30.2, *ibid.*

¹⁰³³ *Ibid.*

¹⁰³⁴ Art. 30.2, c), Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, *op. cit.*

ce produit ou ces biens, ou les fonds provenant de leur vente, conformément à son droit interne ou à ses procédures administratives »¹⁰³⁵. Cette disposition nous rappelle que le partage des avoirs dans le cadre de la coopération internationale est une question qui demeure à la discrétion des États Parties concernés. Mais l'absence de dispositions claires et obligatoires sur la disposition des avoirs ou sur le partage est un obstacle au recouvrement des avoirs à un niveau international. En effet, « bien que constituant une arme des plus efficaces, le partage des avoirs confisqués n'est pas suffisamment exploité pour lutter contre la criminalité organisée. Ce peut être un encouragement à renforcer la coopération entre les autorités de détection et de répression en vue de la localisation, du gel et de la confiscation du produit du crime puisque les autorités étrangères ayant prêté une assistance aux fins de la confiscation peuvent recevoir une partie des fonds, qu'elles emploieront pour continuer à lutter contre la criminalité. Des États ont d'ores et déjà conclu des accords prévoyant la disposition des avoirs confisqués à leur avantage mutuel, et les autres pays sont invités à en faire de même »¹⁰³⁶. Pour faciliter la coopération entre les États, l'UNODC a établi un Modèle d'accord bilatéral sur le partage des biens et du produit des crimes confisqués et ce, depuis la Convention de 1988.

B. Le partage des biens confisqués dans le contexte de la reconnaissance mutuelle de la décision de confiscation

224. Le principe de partage des biens confisqués est limité par la confiscation de biens indivisibles. Le partage des produits du crime permet la répartition des produits monétaires et/ou immobiliers entre au moins deux États pour donner suite à l'exécution d'une décision de confiscation rendue par un État membre. Il s'agit d'une procédure à part entière qui repose sur le principe du partage des produits du crime, contrairement au droit international public. Mais le partage demeure soumis à un obstacle : celui de la nature des biens confisqués, nécessitant de réinterroger les mécanismes de confiscation eux-mêmes.

225. Le principe en droit européen est le partage des biens confisqués. Contrairement au droit international, le droit européen fait ici exception car, depuis l'adoption de la décision-cadre 2006/783/JAI, il pose les bases d'un partage entre les États membres et ce, sans délimiter le champ d'application à une catégorie particulière d'infraction. En cas de désaccord sur la

¹⁰³⁵ Art. 14.3, b), *ibid*.

¹⁰³⁶ Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, *op. cit.*, p. 122, §382.

question, la décision-cadre 2006/783/JAI pose les conditions de la répartition des fonds et détaille les règles et procédures liées à celle-ci. Ainsi, « *l'argent qui a été recouvré en application de la décision de confiscation est réparti par l'État d'exécution comme suit : si le montant recouvré en application de la décision de confiscation est inférieur à 10 000 EUR, ou à l'équivalent de ce montant, le montant revient à l'État d'exécution ; dans tous les autres cas, 50 % du montant recouvré en application de la décision de confiscation sont transférés par l'État d'exécution à l'État d'émission. Il est disposé des biens, autres que les sommes d'argent, recouverts en application de la décision de confiscation de l'une des manières suivantes, à arrêter par l'État d'exécution : les biens peuvent être vendus. Dans ce cas, le produit de la vente est réparti conformément au paragraphe 1 ; les biens peuvent être transférés à l'État d'émission. Si la décision de confiscation vise une somme d'argent, les biens ne peuvent être transférés à l'État d'émission que si cet État y a consenti ; lorsqu'il n'est possible d'appliquer aucun des points a) ou b), il peut être disposé des biens d'une autre manière conformément à la législation de l'État d'exécution. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, l'État d'exécution n'est pas tenu de vendre ou restituer les biens déterminés ayant fait l'objet de la décision de confiscation, lorsqu'il s'agit de biens culturels relevant du patrimoine national de cet État. En l'absence d'accord contraire entre l'État d'émission et l'État d'exécution, les paragraphes 1, 2 et 3 sont d'application* »¹⁰³⁷.

226. Ces dispositions ont pour objectif de stimuler la coopération internationale. Le partage des avoirs peut être un stimulateur de la coopération en matière de recouvrement des avoirs. En effet, « *il faut garder à l'esprit que les avoirs criminels confisqués étaient traditionnellement attribués à l'État qui a exécuté la sanction de confiscation (l'État d'exécution), sauf accord contraire entre les États concernés. Une telle approche est non seulement conforme au principe international de souveraineté des États, mais peut aussi être justifiée par le principe de réciprocité* »¹⁰³⁸. En d'autres termes, le transfert de la propriété des biens à l'État d'exécution lui permet de pouvoir rembourser les frais engagés pour recouvrer les biens d'origine illicite visés par la décision de confiscation émise par les autorités judiciaires

¹⁰³⁷ Art. 16, décision-cadre 2006/783/JAI, *op. cit.*

¹⁰³⁸ L. Vande Reyde et D. Van Daele, « *Asset Sharing as a Tool for a More Efficient Cross-Border Asset Recovery in the EU ? The EU Asset Sharing Model and its Implementation in Belgium and the Netherlands* » in in "Chasing Criminal Money", *op. cit.*, p. 310. Citation : "it should be kept in mind that confiscated criminal assets traditionally were allocated to the state that executed the confiscation sanction (the executing state), unless an agreement between the states involved stipulated otherwise. Such an approach is not only in accordance with the international principle of sovereignty of states, but can also be justified by the principle of reciprocity".

de l'État d'émission. Il s'agit une mesure de compensation¹⁰³⁹. Cette question doit toutefois être distinguée d'une autre : celle du remboursement envisagé dans le cadre de l'article dix-huit de la décision-cadre 2006/783/JAI. Cette disposition renvoie au remboursement de l'État d'émission à l'État d'exécution les sommes que celui-ci a versées à cette personne à titre de réparation du dommage dont il est responsable, sauf et uniquement si le préjudice, ou une partie du préjudice, est exclusivement imputable au comportement de l'État d'exécution. En effet, il convient de rappeler que « *chaque État membre prend toutes les dispositions nécessaires pour garantir que la reconnaissance et l'exécution d'une décision de confiscation en application de l'article 7 puissent faire l'objet d'un recours formé par toute personne concernée, y compris des tiers de bonne foi, en vue de préserver ses droits. L'action est engagée devant un tribunal de l'État d'exécution conformément à la législation de cet État. Cette action peut avoir un effet suspensif en vertu de la législation de l'État d'exécution* »¹⁰⁴⁰. En d'autres termes, cet article vise le cas particulier où la personne concernée par la mesure de confiscation s'est vue octroyée des dommages-intérêts car, la mesure aurait porté atteinte à ses droits. Ce cas est à distinguer de la procédure de partage, qui peut être également considérée comme un moyen de stimuler la coopération judiciaire.

227. Le principe selon lequel les droits de propriété sont transférés à l'État d'exécution peut constituer un frein à l'émission des demandes de coopération. Cette approche peut ne pas inciter « *l'État dans lequel un Tribunal compétent en matière pénale a rendu une décision de confiscation (l'État d'émission) à investir dans le recouvrement d'actifs criminels et/ou dans l'exécution d'une sanction de confiscation à l'égard des produits de la criminalité situés à l'étranger* »¹⁰⁴¹. Le dépistage et l'identification des produits du crime dans la phase d'exécution d'une sanction de confiscation sont des étapes « *complexes, coûteuses, chronophages et sujettes*

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ Art. 9.1, décision-cadre 2006/783/JAI, *op. cit.* En revanche, les raisons substantielles qui ont conduit au prononcé de la décision de confiscation ne peuvent pas être contestés devant un tribunal de l'État d'exécution et si un recours est formé devant un tribunal de l'État d'exécution, l'autorité compétente de l'État d'émission en est informée. (9.2 et 9.3, *ibid.*).

¹⁰⁴¹ L. Vande Reyde et D. Van Daele, « *Asset Sharing as a Tool for a More Efficient Cross-Border Asset Recovery in the EU ? The EU Asset Sharing Model and its Implementation in Belgium and the Netherlands* » in *“Chasing Criminal Money”*, *op. cit.*, p. 311. Citation : “*does not stimulate the state in which a court competent in criminal matters has issued a confiscation decision (issuing state) to invest in criminal asset recovery and/or in the enforcement of a confiscation sanction with regard to criminal proceeds located abroad. Criminal (financial) investigations preceding the imposition of a confiscation decision are often complex, costly, time consuming and subject to limited resources, as is the case for the prosecution and investigative measures in the execution phase. In that regard, granting all the confiscated criminal assets to the executing state implies a limited return on investment for the issuing state, which in turn can have a demotivating effect on police officers, magistrates and judges in devoting their limited time and resources to international asset recovery cases*”.

à des ressources limitées »¹⁰⁴². Or, le principe selon lequel les biens confisqués reviennent à l'État d'exécution représente « un retour sur investissement limité pour l'État d'émission » engendrant chez les acteurs répressifs et judiciaires de l'état d'émission ayant consacré leur temps et leurs ressources à la recherche des produits du crime un sentiment de découragement¹⁰⁴³. Ainsi, le partage des produits confisqués constitue un moyen d'inciter les autorités compétentes à utiliser les instruments de reconnaissance mutuelle en matière de gel et de confiscation.

228. Une coopération judiciaire en matière de gel et de confiscation conditionnée par la nécessité de rapatrier les fonds confisqués vers l'État d'émission. Cependant, fonder la coopération internationale sur un partage des avoirs, et poser un seuil à ce dernier – comme cela est le cas en droit européen – peut constituer un risque. Ce risque est que d'une demande de confiscation et de recouvrement des produits du crime soit fondée sur un calcul coût-bénéfice, qu'elle soit déterminée par le montant et la nature des biens à partager. Ce mode de raisonnement porte atteinte à l'objectif même de la coopération internationale en matière pénale : la prévention et la répression de la criminalité¹⁰⁴⁴. Certains auteurs rappellent à cet égard que « le recouvrement des avoirs devrait être perçu comme une responsabilité commune des États (européens) et que l'opération ne doit pas dépendre des bénéfices pour les États concernés »¹⁰⁴⁵. Ce point est intéressant, il renvoie à la question de la nature de la sanction de confiscation. La confiscation est une peine, sa mise en œuvre ne devrait pas être examinée sous un angle purement économique. En effet, si la confiscation est définie comme une peine, la question du partage ou non des biens confisqués ne devrait pas conditionner les demandes d'entraide pénale et de coopération judiciaire. L'objectif principal demeurant l'exécution effective de la sanction de confiscation. Toutefois, certains auteurs rappellent que dans les États membres où la sanction a pour objectif de rétablir la situation antérieure à la commission de l'infraction, le partage des produits du crime tient une place importante¹⁰⁴⁶. En d'autres termes, le recours à la coopération judiciaire en matière de gel et de confiscation pourrait dépendre étroitement de la possibilité ou non de rapatrier tout ou partie des fonds confisqués vers l'État d'émission, notamment si la sanction de confiscation est avant tout perçue comme une mesure de

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ *Ibid.*

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 313.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.* Citation : “This contrasts with the prevention and reduction of crime as the fundamental objectives of international co-operation in criminal matters, which implies that asset recovery should be perceived as a common responsibility of (European) states and that co-operation must not depend on the benefits for the states involved”.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 312.

réparation. Ainsi, le partage des avoirs serait également fondé sur la nécessité de réparer le préjudice causé par l'infraction, qui constitue aussi une des fonctions de la peine pénale. Cette question est d'autant plus importante que dans la plupart des cas les victimes du crime résident dans l'État d'émission, voire l'État d'émission est lui-même la victime¹⁰⁴⁷, comme cela est le cas en matière de corruption.

229. La procédure de partage des biens confisqués dans l'Union européenne. Le partage des produits du crime est conditionné, dans un premier temps, par la reconnaissance et l'exécution de la décision de confiscation. La décision-cadre 2006/783/JAI a pour objet de fixer les règles selon lesquelles un État membre reconnaît et exécute sur son territoire une décision de confiscation rendue par un tribunal compétent en matière pénale d'un autre État membre. Ne sont concernées par la décision-cadre que les décisions de confiscation rendue par une autorité judiciaire dans le cadre d'une procédure, qui ne visent que les instruments et les produits de l'infraction. À ce stade, il convient également de préciser que les autorités amenées à reconnaître et exécuter les décisions de confiscation et le partage peuvent ne pas être les mêmes. En effet, comme il a été vu précédemment, les décisions de confiscation ne peuvent être reconnues et exécutées que par une autorité judiciaire. En revanche, « *il incombe aux États membres de désigner les autorités compétentes pour décider du partage des actifs* »¹⁰⁴⁸. Cette autorité peut être un membre de l'autorité judiciaire telles que le Ministère public, une autorité publique administrative telles qu'un bureau de gestion des avoirs ou encore un Ministère. Il convient de garder à l'esprit qu'il ne s'agit que d'une mesure d'exécution et non une mesure judiciaire¹⁰⁴⁹.

230. La décision-cadre opère une distinction entre l'argent et les biens confisqués. Concernant l'argent, elle précise que « *l'argent qui a été recouvré en application de la décision de confiscation est réparti par l'État d'exécution comme suit : si le montant recouvré en application de la décision de confiscation est inférieur à 10 000 EUR, ou à l'équivalent de ce montant, le montant revient à l'État d'exécution ; dans tous les autres cas, 50 % du montant recouvré en application de la décision de confiscation sont transférés par l'État d'exécution à l'État d'émission* ». En d'autres termes, le partage ne s'effectue que si le montant à recouvrer

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, p. 311.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 316. Citation : “*it is the responsibility of the Member states to designate the authorities competent to decide on asset sharing*”

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*

est supérieure à 10 000 euros, et donnera lieu à un partage pour moitié entre l'État d'émission et l'État d'exécution. Cependant, cette disposition devrait être éclaircie. « *Il n'est pas tout à fait clair si ce montant fait référence au produit brut ou au net – c'est-à-dire après déduction des coûts, comme le coût de conservation et de gestion des biens et le coût des enquêtes criminelles– produit* »¹⁰⁵⁰. Il semblerait que ce soit le produit brut qui devrait être pris en considération, puisque la question des frais liés à la procédure d'exécution des décisions de confiscation est une autre question traitée dans une disposition particulière de la décision-cadre, qui précise que « *sans préjudice de l'article 16, les États membres renoncent à réclamer de part et d'autre le remboursement des frais résultant de l'application de la présente décision-cadre* »¹⁰⁵¹. En revanche, « *lorsque l'État d'exécution a dû supporter des frais qu'il considère comme élevés ou exceptionnels, il peut en proposer le partage à l'État d'émission. Celui-ci prend en considération cette proposition sur la base d'indications détaillées données par l'État d'exécution* »¹⁰⁵². Le partage et le remboursement des frais sont deux demandes différentes.

231. Une procédure de partage définie par la règle des 50%. Néanmoins, la règle des 50% présente des avantages. Tout d'abord, « *un pourcentage fixe empêche les négociations fastidieuses dans des cas individuels* »¹⁰⁵³. Ensuite, il permet de résoudre en partie la question de la réparation des dommages causés par l'infraction, ainsi que la question du coût de l'enquête¹⁰⁵⁴. En effet, ce chiffre ne tient pas compte des spécificités et des caractéristiques liées à une affaire. Des auteurs proposent de conduire la procédure de partage n'ont pas par rapport à un modèle standard, mais par rapport à « *un modèle lié à un cas* »¹⁰⁵⁵. Il est intéressant de noter que la proposition danoise prévoyait « *les biens confisqués ou le produit de la vente de biens confisqués sont restitués à l'État d'émission, après déduction des frais supportés par l'État d'exécution, sauf convention contraire entre l'État d'émission et l'État d'exécution* ». Cette disposition a été remplacée par la règle du partage des avoirs à hauteur de 50% pour les sommes supérieures à 10 000 euros. Mais il est intéressant de noter également que la proposition prévoyant le recouvrement et la restitution totale des fonds à l'État d'émission, sauf convention

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, p. 314. Citation : “*it is not fully clear if this amount refers to the gross proceeds or the net – ie after deducting costs, such as the cost of preserving and managing the assets and the costs of criminal investigation – proceeds*”.

¹⁰⁵¹ Art. 20.1, décision-cadre 2006/783/JAI, *op. cit.*

¹⁰⁵² Art. 20.2, *ibid.*

¹⁰⁵³ L. Vande Reyde et D. Van Daele, « *Asset Sharing as a Tool for a More Efficient Cross-Border Asset Recovery in the EU ? The EU Asset Sharing Model and its Implementation in Belgium and the Netherlands* ” in in “*Chasing Criminal Money*”, *op. cit.*, p. 314. Citation : “*first, a fixed percentage prevents time-consuming negotiations in individual cases*”.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

contraire entre les États membres. Il est important de souligner que les États peuvent décider d'un commun accord de disposer autrement des fonds confisqués par rapport aux dispositions liées au partage de la décision-cadre 2006/783/JAI¹⁰⁵⁶. Cette disposition nous rappelle que le partage est une mesure autant politique que judiciaire. En effet, « *compte tenu de la nature délicate des relations internationales et des aspects stratégiques inhérents au partage des actifs, il est justifié d'attribuer cette compétence au ministre de la Justice* », qui est le plus capable pour connaître des relations bilatérales de son pays, des expériences et pratiques dans le domaine de la coopération judiciaire¹⁰⁵⁷. Mais cela soulève ensuite la question de l'information des parties exécutantes de la mesure de confiscation, qui ne sont pas celles qui négocient les termes du partage, et également l'information des parties concernées par la mesure de confiscation. Concernant le partage des biens, à proprement parler, et ce, quels que soient leur nature - un bien de toute nature, qu'il soit corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur ce bien¹⁰⁵⁸ –, la décision-cadre prévoit qu'il « *est disposé des biens, autres que les sommes d'argent, recouvrés en application de la décision de confiscation de l'une des manières suivantes, à arrêter par l'État d'exécution : les biens peuvent être vendus. Dans ce cas, le produit de la vente est réparti conformément au paragraphe 1 ; les biens peuvent être transférés à l'État d'émission. Si la décision de confiscation vise une somme d'argent, les biens ne peuvent être transférés à l'État d'émission que si cet État y a consenti ; lorsqu'il n'est possible d'appliquer aucun des points a) ou b), il peut être disposé des biens d'une autre manière conformément à la législation de l'État d'exécution* »¹⁰⁵⁹. Deux choix s'offrent ainsi à l'autorité d'exécution : la vente ou le transfert. Si la vente est choisie, les règles applicables sont celles prévues en matière de partage de l'argent. Néanmoins, cette approche simpliste doit être nuancée¹⁰⁶⁰. Ainsi, la vente ou le transfert peuvent ne pas avoir lieu notamment si la législation de l'État d'exécution prévoit la destruction des biens. De plus, dans certains cas, l'État d'exécution ne pourra pas recouvrer la somme d'argent, et devra procéder à la confiscation d'un bien d'une valeur équivalente¹⁰⁶¹. Cette voie ne peut être empruntée que si, et seulement, si

¹⁰⁵⁶ Art. 16.4, décision-cadre 2006/783/JAI, *op. cit.*

¹⁰⁵⁷ L. Vande Reyde et D. Van Daele, « *Asset Sharing as a Tool for a More Efficient Cross-Border Asset Recovery in the EU ? The EU Asset Sharing Model and its Implementation in Belgium and the Netherlands* » in in "Chasing Criminal Money", *op. cit.*, p. 318.

¹⁰⁵⁸ Art. 2, d), décision-cadre 2006/783/JAI, *op. cit.*

¹⁰⁵⁹ Art. 16.2, *ibid.*

¹⁰⁶⁰ L. Vande Reyde et D. Van Daele, « *Asset Sharing as a Tool for a More Efficient Cross-Border Asset Recovery in the EU ? The EU Asset Sharing Model and its Implementation in Belgium and the Netherlands* » in in "Chasing Criminal Money", *op. cit.*, p. 315.

¹⁰⁶¹ Art. 7.3, *ibid.*

l'État d'émission donne son consentement. A défaut, l'État d'exécution devra vendre ledit bien¹⁰⁶². Enfin, l'État d'exécution n'est pas tenu de vendre ou de restituer des biens spécifiques visés par la décision de confiscation qui constituent des biens culturels faisant partie de son patrimoine national¹⁰⁶³.

232. Les apports du règlement (UE) 2018/1805 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de gel et de confiscation. Le règlement (UE) 2018/1805 fixe de nouvelles obligations et de nouveaux cas de figure à celles précédemment exposés, dont le fait pour l'État d'exécution de gérer les biens gelés ou confisqués de manière à prévenir leur dépréciation et conformément à l'article 10 de la directive 2014/42/UE ou la reconnaissance du droit des victimes à être indemnisée d'indemnisation ou à se voir restituer leurs biens. Il est intéressant de noter que les décisions d'indemnisation et de restitution écartées de la décision-cadre 2006/783/JAI – et par conséquent non-exécutables dans le cadre de l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation – sont désormais prises en considération, et les victimes bénéficient de droits « *prioritaires* » sur ceux détenus par l'État. Concernant le partage des sommes d'argent, la règle demeure la même. Pour ce qui est des biens autres que les sommes d'argent : les biens peuvent être vendus ; les biens peuvent être transférés à l'État d'émission pour autant que, lorsque la décision de confiscation concerne une somme d'argent, l'autorité d'émission ait consenti au transfert des biens à l'État d'émission ; s'il s'avère impossible d'appliquer le point a) ou b), il peut être disposé des biens d'une autre manière conformément au droit de l'État d'exécution; ou les biens peuvent être utilisés pour des objectifs sociaux ou d'intérêt général dans l'État d'exécution conformément à son droit, sous réserve du consentement de l'État d'émission. Ces dispositions sont intéressantes car elle prévoit qu'en cas d'impossibilité il appartiendra à l'État d'exécution de disposer des biens. Cependant cette disposition ne peut se faire que si et seulement si l'État d'émission y consent. La règle est le partage, mais l'impossibilité de transférer un bien peut conduire à revenir aux règles posées par le droit international public. Cette règle se justifie également au regard du principe de réciprocité, qui repose sur le principe de fournir ultérieurement une aide équivalente.

¹⁰⁶² Cette condition relative au consentement est le fruit d'un ajout dans la législation néerlandaise.

¹⁰⁶³ Art. 16.3, décision-cadre 2006/783/JAI, *op. cit.*

SECTION 2. LA CONFISCATION EN VALEUR ÉQUIVALENTE

233. Une mesure subsidiaire ou alternative à la confiscation standard. L'une des solutions aux difficultés soulevées par la gestion des produits du crime est le recours au mécanisme de confiscation en valeur équivalente. Cet instrument permet de confisquer en lieu et place des biens identifiés comme les produits du crime n'importe quel bien appartenant à la personne condamnée.

Toutefois, ce mécanisme divise les États membres. Certains d'entre eux y recourent si et seulement si la confiscation des biens en rapport avec le crime est impossible. En effet, sa mise en œuvre demeure objet à controverse, puisqu'elle permet de confisquer un bien acquis légalement dans le patrimoine de l'intéressé (§1). Un recours systématiquement à ce mécanisme soulève ainsi la question de la praticité d'une sanction en lien avec la commission d'une infraction. Une telle sanction peut-elle être envisagée de façon pragmatique notamment pour faciliter l'exécution de décisions de gel et de décisions de confiscation portant sur des biens complexes à gérer (§2).

§1. Le mécanisme européen de confiscation par équivalent ou la confiscation en valeur équivalente

234. La confiscation par équivalent ou la confiscation en valeur équivalente. La confiscation en valeur équivalente permet à un tribunal, une fois déterminé la valeur des instruments et des produits directs ou indirects de l'infraction, d'imposer une sanction pécuniaire dont le montant correspond à la valeur estimée, dont l'exécution peut être assurée par tout avoir appartenant à la personne condamnée. Le champ d'application de la confiscation en valeur apparaît dans un premier temps restreint, puisqu'il a vocation à se calquer sur celui de la confiscation des instruments et des produits directs ou indirects de l'infraction (A). Cependant, cette restriction semble être contrebalancée par un second élément : le champ étendu des biens confiscables au terme de ce mécanisme. En effet, le mécanisme de confiscation en valeur peut être assuré par tout avoir appartenant à la personne condamnée et ce, quel que soit l'origine de l'avoir. En ce sens, la mesure de confiscation en valeur équivalente démontre un durcissement de la répression, puisque son application permet de confisquer des biens acquis de manière licite, soulevant la question de la protection du droit de propriété (B)¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶⁴ Aborder la question de la protection du droit de propriété dans cette partie permettra de poser dès à présent les fondements juridiques de la relation entre la mesure de confiscation et le droit de propriété.

A. Le champ d'application de la confiscation par équivalent ou en valeur équivalente

235. Un mécanisme contemporain de la confiscation des instruments et des produits du crime. La confiscation en valeur équivalente est une construction juridique apparue avec les premières conventions internationales faisant mention de la confiscation¹⁰⁶⁵. Elle se définit classiquement comme la confiscation en valeur monétaire d'un montant équivalent à celui des instruments ou des produits du crime, lorsque ceux-ci ne peuvent être confisqués¹⁰⁶⁶. Elle est ainsi comparable à une amende, qui serait égale aux montants des biens visés non recouverts par une décision de confiscation.

236. Le champ d'application de la confiscation en valeur équivalente dans le droit européen. La confiscation en valeur équivalente est prévue par l'ensemble des dispositifs européens de lutte contre les produits du crime. Dès l'action commune 98/699/JAI concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits de l'infraction – premier texte européen adopté en la matière –, elle est présente. L'article un, paragraphe deux, de l'action commune prévoit que « *[c]haque État membre veille à ce que sa législation et ses procédures relatives à la confiscation des produits du crime permettent aussi la confiscation des biens d'une valeur correspondant à ces produits, dans le cadre tant de procédures purement internes que de procédures engagées à la demande d'un autre État membre, y compris des demandes d'exécution d'ordres de confiscation étrangers* ». Cependant, les États membres pouvaient l'exclure « *dans les cas de moindre gravité* »¹⁰⁶⁷. Face à l'absence

¹⁰⁶⁵ V. art. 5, a), Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, adoptée par la Conférence à sa 6^e séance plénière, le 19 décembre 1988 : « *Chaque Partie adopte les mesures qui se révèlent nécessaires pour permettre la confiscation [...] des produits tirés d'infraction [...] ou des biens dont la valeur correspond à celle desdits produits* » ; art. 1. 1, a) de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée par la résolution 55/25 de l'Assemblée générale du 15 novembre 2000 : « *Les États Parties adoptent, dans toute la mesure possible dans le cadre de leurs systèmes juridiques nationaux, les mesures nécessaires pour permettre la confiscation [...] du produit du crime provenant d'infractions visées par la présente Convention ou de biens dont la valeur correspond à celle de ce produit* » ; art. 31.1, a) de la Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée par la Résolution 58/4 de l'Assemblée générale du 31 octobre 2003 : « *Chaque État Partie prend, dans toute la mesure possible dans le cadre de son système juridique interne, les mesures nécessaires pour permettre la confiscation [...] du produit du crime provenant d'infractions établies conformément à la présente convention ou de biens dont la valeur correspond à celle de ce produit* » ; art. 3.1 de la Convention du Conseil de l'Europe 198 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, adoptée le 16 mai 2005 : « *chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour lui permettre de confisquer des instruments, des biens blanchis et des produits ou des biens dont la valeur correspond à ces produits* ».

¹⁰⁶⁶ J-F. Thony, « *Renversement, allègement ou contournement de la charge de la preuve ?* », in « *Le champ pénal* » Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof, Dalloz, coll. Etudes, mélanges, travaux, Paris, juin 2006, p. 287.

¹⁰⁶⁷ Art. 1.2, action commune 98/699/JAI, *ibid.*

de définition de cette expression laissant aux États membres une large marge d'appréciation, le législateur européen a dans la décision-cadre 2001/500/JAI posé un seuil au-dessus duquel les États membres ne pouvaient l'exclure, y compris pour les procédures engagées à la demande d'un autre État membre¹⁰⁶⁸. Ils ne pouvaient l'exclure que si la valeur correspondant aux produits du crime était inférieure à 4 000 euros¹⁰⁶⁹. La décision-cadre 2005/212/JAI relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime semble quant à elle l'avoir supprimé¹⁰⁷⁰. L'article deux, paragraphe un de la décision-cadre prévoyait ainsi l'obligation pour chaque État membre de prendre « *les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des instruments et des produits provenant d'infractions pénales passibles d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à un an, ou de biens dont la valeur correspond à ces produits* ». Cette disposition ne fait plus aucune référence à un quelconque seuil monétaire. Mais, elle pose un nouveau seuil, non plus lié à la valeur monétaire des produits et instruments de l'infraction, mais lié à la gravité des faits commis : le seuil d'un an d'emprisonnement à partir duquel les États membres ont l'obligation de mettre en œuvre les mesures nécessaires pour permettre la confiscation des instruments et produits de l'infraction ou de biens dont la valeur correspond à celle de ces instruments ou produits. En outre, il convient de rappeler que les dispositions formulées respectivement dans la décision-cadre 2001/500/JAI et la décision-cadre 2005/212/JAI ont coexisté jusqu'à l'adoption de la directive 2014/42/UE, venue remplacer l'article trois de la décision-cadre 2001/500/JAI par l'article quatre de la directive 2014/42/JAI (reprenant la formulation de la décision-cadre 2005/212/JAI) abrogeant les seuils de 4000 euros et d'un an d'emprisonnement¹⁰⁷¹. Par conséquent, la réglementation européenne prévoit actuellement l'obligation pour les États membres de prendre « *les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des instruments et des produits des biens dont la valeur correspond à celle de ces instruments ou produits, sous réserve d'une condamnation définitive pour une infraction pénale, qui peut aussi avoir été prononcée dans le cadre d'une procédure par défaut* »¹⁰⁷². Cette disposition tend à réduire davantage la marge d'appréciation des États membres quant aux critères d'application de la confiscation en valeur équivalente car, elle n'est plus soumise à un quelconque critère lié à un seuil monétaire ou à une peine d'emprisonnement. Par ailleurs, cette absence de seuil étend son champ d'application.

¹⁰⁶⁸ Art. 3, décision-cadre 2001/500/JAI, *op. cit.*

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

¹⁰⁷⁰ Art. 2.1, décision-cadre 2005/212/JAI, *op. cit.*

¹⁰⁷¹ Art. 4.1, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

¹⁰⁷² *Ibid.*

237. Une conception large de la confiscation en valeur équivalente retenue par le droit européen. L'Union semble, en effet, avoir retenue une conception large de la confiscation en valeur¹⁰⁷³, « *la plus efficace en pratique* »¹⁰⁷⁴. Certains États membres ont développé une approche stricte de la confiscation en valeur en imposant aux autorités de démontrer l'impossibilité de procéder à la confiscation des instruments et des produits de l'infraction, faisant de la confiscation en valeur une mesure subsidiaire. D'autres ont privilégié une conception large de la confiscation en valeur en faisant de cette mesure une mesure alternative ou équivalente à la mesure de confiscation des instruments et des produits de l'infraction, ne posant à l'égard des autorités compétentes aucune obligation de démontrer l'impossibilité de recouvrer les instruments et les produits de l'infraction. Inscrire le mécanisme de confiscation en valeur équivalente dans une conception large permettra de faciliter en amont le travail de dépistage et d'identification des instruments et des produits du crime, notamment lorsqu'un processus de blanchiment de capitaux est intervenu en vue de transformer, de transférer, de dissimuler ou de déguiser les instruments et les produits de l'infraction. L'Union, quant à elle, n'a pas tranché cette question, puisqu'elle laisse les États membres « *libres de définir la confiscation de biens d'une valeur équivalente comme une mesure subsidiaire ou alternative à la confiscation directe, le cas échéant, conformément à leur droit national* »¹⁰⁷⁵. Pour autant, l'article quatre, paragraphe un, de la directive 2014/42/UE ne pose aucune obligation de prouver l'impossibilité de procéder à la confiscation des instruments et des produits du crime pour recourir à la confiscation en valeur équivalente, permettant d'inscrire ce mécanisme européen dans une conception large, sans cependant poser une obligation pour les États membres d'adopter une telle approche¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷³ Deux approches s'opposent : une approche stricte, qui « *ne permet la confiscation en valeur que des biens qui ont été identifiés et évalués, mais qui ne peuvent être représentés pour une raison spécifique* » (le cas belge et français) ; une approche large, « *qui permet d'évaluer le montant supposé des produits de l'infraction d'après les estimations faites sur les revenus tirés de la commission de la ou des infractions, et d'ordonner leur confiscation en valeur, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence de biens, ou d'établir que le prévenu a effectivement touché ces revenus autrement que par une « balance de probabilité »* » (système britannique). J-F. Thony, « *Renversement, allègement ou contournement de la charge de la preuve ?* », in « *Le champ pénal* », Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhol, Dalloz Sirey, Paris, 2006, p. 269 et s.

¹⁰⁷⁴ Lelieur, « *Le dispositif juridique de l'Union européenne pour la captation des avoirs criminels* », AJ Pénal, 2015, p. 232.

¹⁰⁷⁵ Cons. 14, directive 2014/42/UE, *ibid.*

¹⁰⁷⁶ Il est cependant important de préciser que l'obligation de prouver l'impossibilité de procéder à la confiscation des instruments et des produits de l'infraction – critère indispensable de mise en œuvre de la confiscation en valeur équivalente dans certains droits nationaux – pourra constituer une des conditions d'exécution ou de reconnaissance d'une décision de confiscation. V. *infra*, ...

238. Une conception étendue de la notion de bien confiscable retenue par le droit européen. Une approche large de la notion de bien confiscable dans le cadre d'application du dispositif européen de confiscation en valeur équivalente a été également retenue par le législateur européen. La notion de biens dans la directive 2014/42/UE est entendue largement. Elle inclut « *tous les types d'avoirs, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant de la propriété de ces avoirs ou les droits y relatifs* »¹⁰⁷⁷. La confiscation peut ainsi porter tant sur une somme d'argent que sur un bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, tangible ou intangible, ainsi que sur des actes juridiques ou documents attestant de la propriété de ce bien et les droits y relatifs acquis de façon licite ou illicite. Cette précision ou non-précision – puisque la directive ne précise pas si les biens couverts par le mécanisme de confiscation en valeur équivalente doivent être acquis de manière licite ou illicite – quant à l'origine des biens est essentielle. Elle étend considérablement le champ des biens susceptibles d'être confisqués et ce, contrairement à la confiscation élargie qui quant à elle ne peut porter que sur des biens dont l'origine illicite est établie/présumée¹⁰⁷⁸. Le mécanisme de confiscation en valeur équivalente pose ainsi la question de la protection du droit de propriété.

239. La protection du droit de propriété par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le droit de propriété est un droit fondamental, protégé par plusieurs textes internationaux, tels que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁰⁷⁹, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰⁸⁰, ou encore la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁰⁸¹. Tous ces textes appellent au respect du droit de propriété, sans pour autant faire de ce droit un droit absolu, puisqu'au nom de l'utilité publique et de l'intérêt général, les États ont la possibilité de mettre en place une

¹⁰⁷⁷ Art. 2, 2), directive 2014/42/UE, *op. cit.*

¹⁰⁷⁸ Art. 5.1, directive 2014/42/UE, *ibid.* : « *Les États membres adoptent les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des biens appartenant à une personne reconnue coupable d'une infraction pénale susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique, lorsqu'une juridiction, sur la base des circonstances de l'affaire, y compris les éléments factuels concrets et les éléments de preuve disponibles, tels que le fait que la valeur des biens est disproportionnée par rapport aux revenus légaux de la personne condamnée, est convaincue que les biens en question proviennent d'activités criminelles* ».

¹⁰⁷⁹ Art. 1. Protocole 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹⁰⁸⁰ Art. 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « *1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général. 2. La propriété intellectuelle est protégée* ».

¹⁰⁸¹ Art. 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété* ».

« réglementation quant à l'usage des biens ». L'article un, du Protocole un de la CESDH rappelle que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ». Il poursuit en précisant que « les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ». Cet article peut être dissocié en trois parties. Tout d'abord, la première disposition – « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens » – pose un principe général, une norme générale, celui « du respect de la propriété »¹⁰⁸². Ensuite, la seconde disposition vise quant à elle « la privation de propriété et la soumet à certaines conditions » : la cause d'utilité publique, d'une part, et la condition légale – la réglementation doit être issue, soit du droit interne, soit du droit international –, d'autre part¹⁰⁸³. Enfin, la dernière disposition précise que les États disposent du « droit [...] de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes »¹⁰⁸⁴. Énoncer ces trois dispositions est important pour déterminer l'étendue de la protection accordée par la Convention au droit de propriété lors de la mise en œuvre d'une mesure de confiscation et l'étendue du contrôle de la CEDH.

B. Droit de propriété et confiscation en valeur équivalente

240. La confiscation d'un bien acquis licitement. Le mécanisme de confiscation en valeur équivalente, contrairement aux autres mécanismes de confiscation édictés dans la directive 2014/42/UE, offre cette possibilité de confisquer un avoir acquis légalement. Pour comprendre la conformité d'un tel mécanisme avec la Convention, il est nécessaire de le rapprocher de la peine d'amende, qui constitue une sanction pécuniaire édictée par la loi consistant en une somme d'argent payable à l'État. Il a été exposé précédemment que la confiscation en valeur équivalente consiste généralement dans le paiement d'une somme d'argent et ce, peu importe l'origine des fonds. Ces deux mécanismes tendraient donc à se confondre. L'arrêt *Phillips contre Royaume-Uni* est une illustration de cette interrogation. Le droit britannique prévoit en

¹⁰⁸² CEDH, *Sporrong et Lönnroth*, 23 septembre 1982, A n°52, §61.

¹⁰⁸³ *Ibid.*

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*

effet que lorsqu'une personne reconnue coupable d'une ou plusieurs infractions relevant du trafic de drogue comparait devant elle pour s'entendre prononcer sa peine, la *Crown Court* doit rendre une ordonnance de confiscation si elle estime que la personne en question a perçu, à un moment quelconque, un paiement ou une autre rétribution en rapport avec le trafic de la drogue. L'ordonnance de confiscation doit fixer une somme correspondant au profit que l'accusé est supposé avoir retiré du trafic de drogue, sauf si la *Crown Court* estime qu'au moment de l'établissement de l'ordonnance seule une somme moindre peut être réalisée. Elle s'apparente dans ce cas fortement à la peine d'amende, puisque la Cour détermine une somme correspondant au profit que l'accusé est supposé avoir tiré de la commission d'une infraction et donne trois ans à l'intéressé pour s'acquitter du montant fixé par l'ordonnance de confiscation, et il assortit ce délai d'une période d'emprisonnement de deux ans à purger en cas de défaut de paiement. Il ressort de cette législation une frontière extrêmement floue entre ces deux notions : confiscation et amende. En outre, la Cour dans cet arrêt rappelle que « l'ordonnance de confiscation constituait une « peine » au sens de la Convention. Elle entre dès lors dans le champ d'application du deuxième paragraphe de l'article 1 du Protocole n°1, qui permet notamment aux États contractants de réglementer l'usage des biens pour assurer le paiement des amendes »¹⁰⁸⁵. Il est intéressant de relever le lien opéré par la CEDH entre l'ordonnance de confiscation et l'amende. L'ordonnance de confiscation qui constitue une réglementation sur l'usage des biens permet à cet égard d'assurer le paiement des amendes. Ce lien étroit entre la confiscation en valeur équivalente et la peine d'amende peut expliquer la possibilité de confisquer un bien acquis légalement.

§2. *Des biens complexes à gérer dans le cadre de la confiscation et du recouvrement des produits du crime*

241. Le recours au mécanisme de confiscation en valeur équivalente dans le cas de biens complexes à gérer. Certains biens sont, soit par nature, par les droits qui les affectent, complexes à gérer et constituer pour les États une charge importante. Le mécanisme de confiscation en valeur équivalente peut constituer un moyen de lever les obstacles liés au partage, mais également ceux liés à la présence de tiers, notamment les tiers-crédanciers. Dans cette catégorie peuvent notamment être rangés les fonds de commerce (A) et les immeubles (B).

¹⁰⁸⁵ CEDH, *Phillips c. Royaume-Uni*, op. cit., §51. Voir également CEDH, *Grifhorst c. France*, 26 février 2009, §§85-86 ; CEDH, arrêt *Silickienė c. Lituanie*, 10 avril 2012, §62.

Il s'agirait ici de viser des cas particuliers de biens dont les autorités savent qu'il existe de réelles difficultés à les gérer, ainsi qu'un coût financier important. Cet élément rappelle l'importance qu'il y aurait à impliquer dès l'identification des biens en rapport avec les crimes les autorités compétentes pour gérer les biens afin qu'ils émettent des avis, des orientations techniques portant sur la gestion à destination de l'autorité judiciaire, avant que celle-ci ne prenne une décision de gel ou de confiscation.

A. La gestion des fonds de commerce

242. Le cas particulier des fonds de commerce. Lorsque l'ancien Directeur général de l'AGRASC explique que toutes les saisies ne sont pas forcément « *bonnes à faire* », il prend l'exemple du fonds de commerce, qui peut à terme se révéler être une saisie – voire une confiscation – très coûteuse. « *Si la saisie d'un fonds de commerce peut sembler de prime abord une bonne idée, malheureusement c'est rarement le cas car souvent la personne qui gère le fond a vidé le stock et ne s'est plus occupée du bien donc la clientèle est perdue et il ne reste que le droit au bail de ce fonds de commerce, or, comme l'État se retrouve gestionnaire de ce bien il a l'obligation de payer les loyers notamment et l'opération n'est pas rentable en définitive pour l'État. La saisie d'un fonds de commerce qui n'a plus d'activité florissant est en réalité une très mauvaise opération pour l'État* »¹⁰⁸⁶. Concrètement, la saisie et la confiscation d'un fonds de commerce soulèvent deux types de problématiques liées, d'une part, à la gestion de ces fonds, à proprement parler, et, d'autre part, aux conséquences juridiques qu'appellent la saisie et la confiscation. Concernant ce dernier, il convient de rappeler que les fonds de commerce peuvent se définir comme des « *biens mobiliers affectés à l'exploitation d'une entreprise commerciale* »¹⁰⁸⁷ ou, plus précisément, « *d'un ensemble de biens ou de droits mobiliers corporels ou incorporels affectés à l'exercice et au développement d'une activité commerciale* »¹⁰⁸⁸. Et, à cet égard, « *il peut être un moyen efficace de transgresser la loi sous le vernis de professions respectables ou tout simplement d'y investir le produit d'activités illicites* »¹⁰⁸⁹. C'est la raison pour laquelle le droit français a instauré un régime particulier de confiscation. « *Le fonds de commerce est un ensemble de biens corporels et incorporels. La confiscation concerne a priori toute l'enveloppe. Mais, pour cela, encore faut-il que le fonds*

¹⁰⁸⁶ C. Duchaine, « *De la nécessité d'un usage raisonné des saisies et confiscation. Punir le condamné ou punir l'État* », *op. cit.*

¹⁰⁸⁷ L. Besombes, « *Le patrimoine d'origine criminelle* », *op. cit.*, p. 294.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, p. 343.

¹⁰⁸⁹ E. Camous, Peines criminelles et correctionnelles. - Confiscation, J.-Cl. Pénal, n° 30.

de commerce ainsi que chaque élément qui le compose soit individuellement identifié et mentionné dans la décision de confiscation »¹⁰⁹⁰, alors même que la mesure de gel porte sur l'ensemble des biens composant le fonds commerce¹⁰⁹¹ – cela s'explique par le fait que la mesure de gel sert à garantir la mesure de confiscation et qu'elle n'emporte pas à cet égard de transfert de propriété. En d'autres termes, tout bien non-identifié dans la décision judiciaire ne pourra être confisqué. En outre, il est important de noter que la vente des fonds confisqués doit répondre à certaines exigences : *« Lorsque la confiscation d'un fonds de commerce est prononcée par une juridiction répressive en application des articles 225-16, 225-19 et 225-22 du code pénal et 706-39 du code de procédure pénale, l'État doit procéder à la mise en vente du fonds confisqué selon les formes prévues par le présent titre dans un délai d'un an, sauf prorogation exceptionnelle de ce délai par ordonnance du président du tribunal de grande instance. Il n'est tenu à l'égard des créanciers qu'à concurrence du prix de vente de ce fonds. Cette mise en vente doit être réalisée sous forme d'une annonce légale faite quarante-cinq jours au moins avant la vente, que celle-ci ait lieu par adjudication ou sous forme amiable. Les sûretés inscrites après la date de la mention de l'engagement des poursuites pour l'une des infractions visées au premier alinéa sont nulles de plein droit sauf décision contraire du tribunal. L'autorité administrative peut, à tout moment, demander la fixation du loyer à un taux correspondant à la valeur locative des locaux. Lorsque le propriétaire du fonds confisqué est en même temps propriétaire des locaux dans lesquels le fonds est exploité, il doit être établi un bail dont les conditions sont fixées, à défaut d'accord amiable, par le président du tribunal de grande instance, qui statue dans les formes prévues pour les baux d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal* »¹⁰⁹². Il est intéressant en outre de noter qu'une fois la peine de confiscation prononcée, la juridiction pénale perd sa compétence au profit du Président du Tribunal de grande instance en matière de contestation des baux d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal. Enfin, il est important de préciser que la gestion des fonds de commerce à un coût élevé, puisque *« il n'est généralement pas possible de contrôler ou saisir efficacement une entreprise sans la placer sous le contrôle d'un gestionnaire d'avoirs ; cependant les risques et dépenses induites par cette manière de procéder peuvent être considérables* »¹⁰⁹³, d'où la nécessité de procéder à une évaluation de

¹⁰⁹⁰ L. Besombes, *op. cit.*, p. 344.

¹⁰⁹¹ La saisie est opposable aux tiers dès son inscription sur le registre des nantissements tenu au greffe du Tribunal de commerce du lieu de situation du fonds.

¹⁰⁹² Art. L 143-22 Code du commerce.

¹⁰⁹³ J-P. Brun, L. Gray, C. Scott et K. M. Stephenson, *« Manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis. Un guide pour les Praticiens »*, *op. cit.* p. 114.

l'entreprise avant la saisie afin de déterminer ses dettes et ses fonds propres. Le manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis considère même que « *pour une entreprise de faible valeur, le mieux peut être d'en prévoir la confiscation sans pour autant assumer les risques financiers associés à la poursuite de son exploitation ; il convient d'en arrêter le fonctionnement ou de la vendre* »¹⁰⁹⁴. De plus, il rappelle qu'une mesure de saisie et/ou de confiscation peut entacher la réputation de l'entreprise et nuire à son activité, et « *l'un des moyens d'empêcher cela est d'autoriser le directeur en fonction à poursuivre l'exploitation sous le contrôle d'un superviseur choisi par le gestionnaire d'avoirs ou nommé par le tribunal* »¹⁰⁹⁵. Par conséquent, planifier la saisie et la confiscation est ici une étape essentielle et ce, d'une part, pour éviter la dissipation d'avoirs et, d'autre part, pour prendre le contrôle immédiat de l'entreprise en ayant toutes les informations nécessaires et pertinentes pour en l'assurer en ayant à disposition les comptes bancaires, les informations comptables – la poursuite de l'activité de l'entreprise implique le gestionnaire dispose d'un accès à tous les livres de compte –, les données importantes – telles que les fichiers clients, les stocks ou encore les équipements de valeur. Mais poursuivre une activité signifie également avoir des connaissances en ressources humaines, puisqu'il lui faudra « *se confronter au personnel et au principaux cadres de façon à préparer d'éventuelles décisions concernant la fiabilité de ces employés* »¹⁰⁹⁶. Certes, le licenciement des membres du personnel peut se révéler coûteux – tant en terme financier qu'en terme de connaissance de l'entreprise – mais « *le fait de conserver des employés dont la loyauté est acquise à un suspect peut se révéler tout aussi dangereux pour l'entreprise* »¹⁰⁹⁷. Cette gestion doit finalement être supervisée et contrôlée par une autorité judiciaire – principalement lors de la phase de gel –, et des rapports quant à la performance de l'entreprise ou quant à ses difficultés doivent régulièrement être transmis afin de pouvoir également ajuster le cadre légal d'action du gestionnaire face aux obstacles rencontrés.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, p. 115.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*

B. Les immeubles indivis

243. Un actif facile à saisir et complexe à gérer. « *En règle générale, les actifs fonciers et leurs travaux de valorisation sont des avoirs qu'il est aisé de saisir avant confiscation, « en particulier dans les juridictions disposant d'un système de propriété fonctionnel qui conserve les détails concernant la propriété et les hypothèques dans un registre centralisé ou une conservation des hypothèques* »¹⁰⁹⁸ et « *peuvent être efficacement contrôlés sans qu'il soit nécessaire de nommer un gestionnaire d'avoirs* »¹⁰⁹⁹. Cependant, la gestion des actifs peut se révéler délicate et ce, à plusieurs égards. Parmi les premières difficultés, la question financière peut être avancée, puisqu'en effet les biens immeubles font souvent l'objet, soit de taxes gouvernementales ou locales, soit l'objet de droits, ce qui signifie que le bien peut être grevé auprès de banques comme garantie pour un crédit hypothécaire ou encore un prêt. Les frais ne sont pas suspensifs et doivent continuer à être payés par le ou les propriétaires dudit bien(s) et ce, tout au long de la procédure. Le non-paiement devrait imposer le recours à un juge afin que le gestionnaire puisse rechercher un accord avec le ou les propriétaire(s) qui peuvent lui concéder « *le droit à l'occupation des lieux à condition du paiement de ces dépenses, et qui prévoit le droit immédiat du gestionnaire à prendre possession du bien et à en expulser les occupants si ces conditions ne sont pas remplies* »¹¹⁰⁰, et chercher à mettre le bien en location pour couvrir les dépenses. En effet, « *le contrôle d'actifs fonciers peut être compliqué par de lourdes charges et factures* »¹¹⁰¹ nécessitant de les couvrir – lorsque ces charges reviennent à un gestionnaire – par un loyer ou « *si des fonds sont disponibles parmi les avoirs du suspect, via un fonds de confiscation spécifique ou via un autre type de fonds d'urgence, ils doivent être utilisés pour préserver la valeur du bien. Si aucune ressource n'est disponible ou que la valeur du bien est impossible à maintenir, la location ou la vente de l'actif foncier peut se révéler la meilleure option* »¹¹⁰². Cependant, confisquer de tels avoirs emportent un certain nombre de questions de droit – telles que la parts saisissable et confiscales – et de conséquences juridiques notamment pour les tiers lorsque le bien est grevé.

244. La part saisissable et confiscable. Sont saisissables les biens immeubles, quelle qu'en soit leur nature, divis ou indivis, ainsi que les droits réels qui y sont attachés, tels que la nue-

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, p. 112.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

¹¹⁰⁰ *Ibid.*

¹¹⁰¹ *Ibid.*, p. 113.

¹¹⁰² *Ibid.*

propriété ou l'usufruit. Pour autant, se pose la question de savoir si l'immeuble dans son ensemble est saisissable et à terme confiscable ou si n'est saisissable et à terme confiscable que la fraction correspondant à la valeur des produits de l'infraction. Doivent être à ce stade distinguer le gel et la confiscation. Concernant le gel, il peut porter sur la totalité de l'immeuble car la saisie immobilière « a vocation à garantir l'exécution de la peine complémentaire de confiscation »¹¹⁰³, et « c'est la raison pour laquelle, « elle porte, jusqu'à mainlevée ou confiscation, sur la valeur totale de l'immeuble, même si une fraction seulement a une origine illicite » »¹¹⁰⁴. Il est intéressant de noter qu'il semble ressortir de la directive 2014/42/UE une identité des champs d'application des mécanismes de gel et de confiscation ou en d'autres termes les biens saisissables ne pourraient être que les biens objets de la mesure de confiscation appartenant aux personnes suspectées ou mises en examen ou aux tiers de mauvaise foi. Or, la jurisprudence de la Cour de cassation rappelle que « la saisie des immeubles dont la confiscation est prévue par l'article 131-21, alinéa 3, du code pénal, faite en application de l'article 706-150 du Code de procédure pénale, n'est pas limitée aux biens des personnes mises en examen, mais s'étend à tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, peu important que ceux-ci aient été acquis pour partie avec des fonds d'origine licite ». En d'autres termes, la mesure de gel est opposable aux tiers – même de bonne foi – s'ils sont en possession des instruments et produits de l'infraction. Cette position résulte de l'objectif de la mesure de gel : garantir la mesure de confiscation. Quant à la mesure de confiscation, celle-ci ne peut excéder la valeur des produits du crime. Par conséquent, ne pouvant procéder à la confiscation de la totalité de l'immeuble en raison d'une fraction estimée en deçà de la valeur de ce dernier, la confiscation en valeur devra être privilégiée.

245. L'opposabilité des mesures de gel et de confiscation aux tiers ayant un droit sur le bien. La décision judiciaire de gel doit être notifiée au propriétaire du bien, ainsi qu'aux tiers ayant des droits sur le bien, qui selon les termes de la directive 2014/42/UE sont en droit de faire valoir leur titre de propriété ou d'autres droits de propriété, y compris dans le cas d'une confiscation des avoirs des tiers – cette disposition vise les créanciers des tiers concernés par la mesure de confiscation¹¹⁰⁵. Le droit européen est néanmoins silencieux quant aux recours susceptibles d'être exercés par cette catégorie de tiers non-directement concernée par la mesure

¹¹⁰³ L. Besombes, « *Le patrimoine d'origine criminelle* », *op. cit.*, p. 261.

¹¹⁰⁴ *Ibid.* Elle cite la circulaire du 22 décembre 2010 relative à la présentation des dispositions résultant de la loi^o 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale.

¹¹⁰⁵ Art. 8.9, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

de gel et/ou de confiscation, laissant aux États une marge d'appréciation. En droit français, les tiers ayant un droit sur le bien doivent se voir notifier la décision de gel et/ou de confiscation, et ces personnes disposent d'un droit de recours devant la chambre de l'instruction pouvant être exercé dans un délai de dix jours à compter de la notification. L'appel n'étant pas ici suspensif. Mais, l'opposabilité est conditionnée par l'accomplissement de formalité de publicité, qui est obligatoire et non circonscrite dans des délais. Toutefois, « *il est préférable qu'elle intervienne le plus tôt possible puisque c'est elle qui détermine la date du début de l'opposabilité aux tiers* »¹¹⁰⁶, et le rang des créanciers. La publication de la décision de gel se fait auprès du bureau des hypothèques. En effet, « *l'inscription d'une sûreté ou d'une hypothèque dans les registres fonciers est assez simple et permettra d'annoncer qu'un actif foncier est sujet à une procédure de confiscation à tout acheteur potentiel auquel le suspect tenterait de vendre son bien* »¹¹⁰⁷. L'inscription de la mesure de gel et/ou de confiscation sur un tel registre est essentiel car, elle permet d'assurer la publicité nécessaire à l'information de toute personne intéressée par le bien ou ayant un droit sur ce dernier sans nécessairement procéder à un travail d'inventaire de ces personnes. En outre, « *tout manquement à l'obligation d'une telle inscription sur un titre est susceptible de gêner voire de détruire les efforts des autorités vers une confiscation : même avec une mesure de contrôle en place, un suspect pourrait transférer un actif foncier vers un acheteur de bonne foi contre rémunération, et ce dernier pourrait alors revendiquer le statut de propriétaire de bonne foi* »¹¹⁰⁸.

246. La cession des biens immobiliers en amont de la publication de la décision de gel.

« *La question est importante car l'on ne peut exclure que la personne poursuivie ne tente au cours de l'enquête ou de l'information judiciaire céder ses biens immobiliers pour éviter qu'ils ne soient saisis* »¹¹⁰⁹. Le droit français prévoit à cet égard que « *la cession de l'immeuble conclue avant la publication de la décision de saisie pénale immobilière et publiée après cette publication à la conservation des hypothèques ou au livre foncier pour les départements concernés est inopposable à l'État, sauf mainlevée ultérieure de la saisie* »¹¹¹⁰. Cette disposition susceptible de porter atteinte à un tiers de bonne foi « *a été assumée lors des travaux préparatoires* »¹¹¹¹. Le rapporteur « *s'est interrogé sur l'opportunité de revenir sur cette règle*

¹¹⁰⁶ L. Besombes, « *Le patrimoine d'origine criminelle* », *op. cit.*, p. 264-265.

¹¹⁰⁷ J-P. Brun, L. Gray, C. Scott et K. M. Stephenson, « *Manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis. Un guide pour les Praticiens* », *op. cit.* p. 112

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

¹¹⁰⁹ L. Ascensi, Saisies spéciales, Rép. Pénal, n° 66.

¹¹¹⁰ Art. 706-152 CPP

¹¹¹¹ L. Besombes, « *Le patrimoine d'origine criminelle* », *op. cit.*, p. 266.

qui lèse d'une certaine manière les tiers de bonne foi qui auraient acquis le bien sans savoir qu'il allait faire l'objet d'une décision de saisie pénale. Il lui est cependant apparu que cet article transpose une règle traditionnelle en matière de hiérarchie des droits sur un bien : c'est la date de publication d'une cession qui importe et non la date de la cession elle-même »¹¹¹². En d'autres termes, celle-ci est inopposable à l'État.

247. Les droits des tiers ayant un droit sur le bien. Ces tiers – qui ne peuvent être inclus dans la catégorie des personnes concernées par la mesure de gel et de confiscation en ce qu'ils ne sont pas directement concernés – disposent tout de même de droits – non-décrits dans la directive 2014/42/UE, imposant de se référer aux droits nationaux. En droit français, ils disposent certes d'un droit d'appel, mais ils ne peuvent accéder à toutes les pièces de la procédure. Seules les pièces liées à la saisie leur sont accessibles. Cette position ne semble pas aller à l'encontre des dispositions de la CEDH, notamment celles de l'article six relatif au droit à un procès équitable, l'article treize relatif au droit à un recours effectif et l'article un, Protocole un, relatif au droit de propriété. La Cour de cassation a jugé dans un arrêt que *« le demandeur ne saurait faire grief de n'avoir eu accès qu'aux pièces de la procédure se rapportant à la saisie, conformément à l'alinéa 2 de l'article 706-154, dès lors que ce texte ne méconnaît aucune des dispositions conventionnelles invoquées en ce qu'il garantit un juste équilibre entre les droits de la personne concernée par la saisie et la nécessité de protéger l'enquête et l'instruction »¹¹¹³. La procédure de confiscation française est certes inscrite dans la procédure criminelle. Néanmoins, il est intéressant de noter que la procédure de confiscation amène à cloisonner les procédures – l'une ne devant pas nuire aux exigences de l'autre.*

248. La confiscation en valeur comme mécanisme palliatif aux difficultés de partage d'un bien confisqué. La confiscation en valeur équivalente permet à un tribunal, une fois déterminé la valeur des instruments et des produits directs ou indirects de l'infraction, d'imposer une sanction pécuniaire dont le montant correspond à la valeur estimée, dont l'exécution peut être assurée par tout avoir appartenant à la personne condamnée. Le champ d'application de la confiscation en valeur apparaît dans un premier temps restreint, puisqu'il a vocation à se calquer sur celui de la confiscation des instruments et des produits directs ou

¹¹¹² Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi MM. J-L Warsmann et G. Geoffroy (n° 1255), visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale par M. G. Geoffroy, député, n° 1689, p. 52. Confirmé par un arrêt : cass. crim., 12 juin 2014, n° 13-83-545.

¹¹¹³ Cass. crim., 25 février 2015, n° 14-86.447.

indirects de l'infraction. Cependant, cette restriction semble être contrebalancée par un second élément : le champ étendu des biens confiscables au terme de ce mécanisme. En effet, le mécanisme de confiscation en valeur peut être assuré par tout avoir appartenant à la personne condamnée et ce, quel que soit l'origine de l'avoir. En ce sens, la mesure de confiscation en valeur équivalente démontre un durcissement de la répression, puisque son application permet de confisquer des biens acquis de manière licite. La confiscation en valeur équivalente est une construction juridique apparue avec les premières conventions internationales faisant mention de la confiscation¹¹¹⁴. Elle se définit classiquement comme la confiscation en valeur monétaire d'un montant équivalent à celui des instruments ou des produits du crime, lorsque ceux-ci ne peuvent être confisqués¹¹¹⁵. Elle est ainsi comparable à une amende, qui serait égale aux montants des biens visés non recouverts par une décision de confiscation. Elle est prévue par l'ensemble des dispositifs européens de lutte contre les produits du crime. Dès l'action commune 98/699/JAI concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits de l'infraction – premier texte européen adopté en la matière –, elle est présente. L'article un, paragraphe deux, de l'action commune prévoit que « [c]haque État membre veille à ce que sa législation et ses procédures relatives à la confiscation des produits du crime permettent aussi la confiscation des biens d'une valeur correspondant à ces produits, dans le cadre tant de procédures purement internes que de procédures engagées à la demande d'un autre État membre, y compris des demandes d'exécution d'ordres de confiscation étrangers ». Cependant, les États membres pouvaient l'exclure « dans les cas de moindre gravité »¹¹¹⁶. Face à l'absence de définition de cette

¹¹¹⁴ V. art. 5, a), Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, adoptée par la Conférence à sa 6^e séance plénière, le 19 décembre 1988 : « Chaque Partie adopte les mesures qui se révèlent nécessaires pour permettre la confiscation [...] des produits tirés d'infraction [...] ou des biens dont la valeur correspond à celle desdits produits » ; art. 1. 1, a) de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée par la résolution 55/25 de l'Assemblée générale du 15 novembre 2000 : « Les États Parties adoptent, dans toute la mesure possible dans le cadre de leurs systèmes juridiques nationaux, les mesures nécessaires pour permettre la confiscation [...] du produit du crime provenant d'infractions visées par la présente Convention ou de biens dont la valeur correspond à celle de ce produit » ; art. 31.1, a) de la Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée par la Résolution 58/4 de l'Assemblée générale du 31 octobre 2003 : « Chaque État Partie prend, dans toute la mesure possible dans le cadre de son système juridique interne, les mesures nécessaires pour permettre la confiscation [...] du produit du crime provenant d'infractions établies conformément à la présente convention ou de biens dont la valeur correspond à celle de ce produit » ; art. 3.1 de la Convention du Conseil de l'Europe 198 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, adoptée le 16 mai 2005 : « chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour lui permettre de confisquer des instruments, des biens blanchis et des produits ou des biens dont la valeur correspond à ces produits ».

¹¹¹⁵ J-F. Thony, « Renversement, allègement ou contournement de la charge de la preuve ? », in « Le champ pénal » Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof, Dalloz, coll. Etudes, mélanges, travaux, Paris, juin 2006, p. 287.

¹¹¹⁶ Art. 1.2, action commune 98/699/JAI, *ibid.*

expression laissant aux États membres une large marge d'appréciation, le législateur européen a dans la décision-cadre 2001/500/JAI posé un seuil au-dessus duquel les États membres ne pouvaient l'exclure, y compris pour les procédures engagées à la demande d'un autre État membre¹¹¹⁷. Ils ne pouvaient l'exclure que si la valeur correspondant aux produits du crime était inférieure à 4 000 euros¹¹¹⁸. La décision-cadre 2005/212/JAI relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime semble quant à elle l'avoir supprimé¹¹¹⁹. L'article deux, paragraphe un de la décision-cadre prévoyait ainsi l'obligation pour chaque État membre de prendre « *les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des instruments et des produits provenant d'infractions pénales passibles d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à un an, ou de biens dont la valeur correspond à ces produits* ». Cette disposition ne fait plus aucune référence à un quelconque seuil monétaire. Mais, elle pose un nouveau seuil, non plus lié à la valeur monétaire des produits et instruments de l'infraction, mais lié à la gravité des faits commis : le seuil d'un an d'emprisonnement à partir duquel les États membres ont l'obligation de mettre en œuvre les mesures nécessaires pour permettre la confiscation des instruments et produits de l'infraction ou de biens dont la valeur correspond à celle de ces instruments ou produits. En outre, il convient de rappeler que les dispositions formulées respectivement dans la décision-cadre 2001/500/JAI et la décision-cadre 2005/212/JAI ont coexisté jusqu'à l'adoption de la directive 2014/42/UE, venue remplacer l'article trois de la décision-cadre 2001/500/JAI par l'article quatre de la directive 2014/42/JAI (reprenant la formulation de la décision-cadre 2005/212/JAI) abrogeant les seuils de 4000 euros et d'un an d'emprisonnement¹¹²⁰. Par conséquent, la réglementation européenne prévoit actuellement l'obligation pour les États membres de prendre « *les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des instruments et des produits des biens dont la valeur correspond à celle de ces instruments ou produits, sous réserve d'une condamnation définitive pour une infraction pénale, qui peut aussi avoir été prononcée dans le cadre d'une procédure par défaut* »¹¹²¹. Cette disposition tend à réduire davantage la marge d'appréciation des États membres quant aux critères d'application de la confiscation en valeur équivalente car, elle n'est plus soumise à un quelconque critère lié à un seuil monétaire ou à une peine d'emprisonnement. Par ailleurs, cette absence de seuil étend son champ d'application. L'Union semble, en effet, avoir retenue une conception large de la

¹¹¹⁷ Art. 3, décision-cadre 2001/500/JAI, *op. cit.*

¹¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹¹⁹ Art. 2.1, décision-cadre 2005/212/JAI, *op. cit.*

¹¹²⁰ Art. 4.1, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

¹¹²¹ *Ibid.*

confiscation en valeur¹¹²², « *la plus efficace en pratique* »¹¹²³. Certains États membres ont développé une approche stricte de la confiscation en valeur en imposant aux autorités de démontrer l'impossibilité de procéder à la confiscation des instruments et des produits de l'infraction, faisant de la confiscation en valeur une mesure subsidiaire. D'autres ont privilégié une conception large de la confiscation en valeur en faisant de cette mesure une mesure alternative ou équivalente à la mesure de confiscation des instruments et des produits de l'infraction, ne posant à l'égard des autorités compétentes aucune obligation de démontrer l'impossibilité de recouvrer les instruments et les produits de l'infraction. Inscrire le mécanisme de confiscation en valeur équivalente dans une conception large permettra de faciliter en amont le travail de dépistage et d'identification des instruments et des produits du crime, notamment lorsqu'un processus de blanchiment de capitaux est intervenu en vue de transformer, de transférer, de dissimuler ou de déguiser les instruments et les produits de l'infraction. L'Union, quant à elle, n'a pas tranché cette question, puisqu'elle laisse les États membres « *libres de définir la confiscation de biens d'une valeur équivalente comme une mesure subsidiaire ou alternative à la confiscation directe, le cas échéant, conformément à leur droit national* »¹¹²⁴. Pour autant, l'article quatre, paragraphe un, de la directive 2014/42/UE ne pose aucune obligation de prouver l'impossibilité de procéder à la confiscation des instruments et des produits du crime pour recourir à la confiscation en valeur équivalente, permettant d'inscrire ce mécanisme européen dans une conception large, sans cependant poser une obligation pour les États membres d'adopter une telle approche¹¹²⁵. Une approche large de la notion de bien confiscable dans le cadre d'application du dispositif européen de confiscation en valeur équivalente a été également retenue par le législateur européen. La notion de biens dans la directive 2014/42/UE est entendue largement. Elle inclut « *tous les types d'avoirs, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, ainsi que les actes juridiques*

¹¹²² Deux approches s'opposent : une approche stricte, qui « *ne permet la confiscation en valeur que des biens qui ont été identifiés et évalués, mais qui ne peuvent être représentés pour une raison spécifique* » (le cas belge et français) ; une approche large, « *qui permet d'évaluer le montant supposé des produits de l'infraction d'après les estimations faites sur les revenus tirés de la commission de la ou des infractions, et d'ordonner leur confiscation en valeur, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence de biens, ou d'établir que le prévenu a effectivement touché ces revenus autrement que par une « balance de probabilité »* » (système britannique). J-F. Thony, « *Renversement, allègement ou contournement de la charge de la preuve ?* », in « *Le champ pénal* », Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhol, Dalloz Sirey, Paris, 2006, p. 269 et s.

¹¹²³ Lelieur, « *Le dispositif juridique de l'Union européenne pour la captation des avoirs criminels* », AJ Pénal, 2015, p. 232.

¹¹²⁴ Cons. 14, directive 2014/42/UE, *ibid.*

¹¹²⁵ Il est cependant important de préciser que l'obligation de prouver l'impossibilité de procéder à la confiscation des instruments et des produits de l'infraction – critère indispensable de mise en œuvre de la confiscation en valeur équivalente dans certains droits nationaux – pourra constituer une des conditions d'exécution ou de reconnaissance d'une décision de confiscation. V. *infra*, ...

ou documents attestant de la propriété de ces avoirs ou les droits y relatifs »¹¹²⁶. La confiscation peut ainsi porter tant sur une somme d'argent que sur un bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, tangible ou intangible, ainsi que sur des actes juridiques ou documents attestant de la propriété de ce bien et les droits y relatifs acquis de façon licite ou illicite. Cette précision ou non-précision – puisque la directive ne précise pas si les biens couverts par le mécanisme de confiscation en valeur équivalente doivent être acquis de manière licite ou illicite – quant à l'origine des biens est essentielle. Elle étend considérablement le champ des biens susceptibles d'être confisqués et ce, contrairement à la confiscation élargie qui quant à elle ne peut porter que sur des biens dont l'origine illicite est établie/présumée¹¹²⁷. Le mécanisme de confiscation en valeur équivalente pose ainsi la question de la protection du droit de propriété.

Pour gérer les obstacles liés à la vente de certains fonds confisqués, des États ont recours aux mécanismes de confiscation en valeur, soit en tant que mécanisme principal, soit en tant que mécanisme optionnel ou subsidiaire. Il présente l'avantage de recourir une somme d'argent impliquant des frais d'administration moins élevés et d'accélérer le processus de redistribution des fonds confisqués. Cependant, la confiscation basée sur la valeur ne permet pas de satisfaire l'un des objectifs principaux de la politique de captation des produits du crime : priver les délinquants des produits de leurs crimes, puisqu'elle permet que les délinquants conservent la propriété des biens acquis illégalement. Cette question soulève également celle de la préacquisition des biens confisqués par les délinquants. À cet égard, « *le Code antimafia italien prévoit que, sur rapport d'un citoyen ou information à la préfecture, l'acte de cession peut être révisé s'il devient clair que le bien a été racheté par la mafia* »¹¹²⁸. Sur ce point, la directive 2014/42/UE préconise aux États membres, « *lorsqu'ils gèrent des biens gelés et lorsqu'ils prennent des mesures concernant l'utilisation de biens confisqués, les États membres devraient prendre des mesures appropriées afin de prévenir une infiltration par des réseaux criminels ou illégaux* »¹¹²⁹, mais ne répond pas à la question des moyens à mettre en place pour éviter toute infiltration des réseaux criminels ou illégaux dans la gestion des biens gelés ou toute re-acquisition par ces réseaux des fonds confisqués. Pour pallier cette éventualité, le droit français

¹¹²⁶ Art. 2, 2), directive 2014/42/UE, *op. cit.*

¹¹²⁷ Art. 5.1, directive 2014/42/UE, *ibid.* : « *Les États membres adoptent les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des biens appartenant à une personne reconnue coupable d'une infraction pénale susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique, lorsqu'une juridiction, sur la base des circonstances de l'affaire, y compris les éléments factuels concrets et les éléments de preuve disponibles, tels que le fait que la valeur des biens est disproportionnée par rapport aux revenus légaux de la personne condamnée, est convaincue que les biens en question proviennent d'activités criminelles* ».

¹¹²⁸ *Ibid.*, p. 38. V. art. 48, paragraphe 15 du Code italien Anti-Mafia. Texte original : "the Italian Antimafia Code provides that upon a citizen's report or information at the prefecture, the act of assignment may be reviewed if it becomes clear that the property has been reacquired by the mafia"

¹¹²⁹ Cons. 35, directive 2014/42/UE, *op. cit.*

à titre d'exemple a créé le délit de détournement des biens confisqués. Est ainsi puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende « *le fait de détruire, détourner ou tenter de détruire ou de détourner un véhicule immobilisé ou un véhicule, une arme, tout autre objet ou un animal confisqués en application des articles 131-6, 131-10, 131-14 ou 131-16* » du Code pénal¹¹³⁰. Pour conclure, il convient de rappeler que « *en raison de la sensibilité sociale élevée et de l'objectif important d'accroître la confiance sociale dans le pouvoir judiciaire, toute méthode d'élimination devrait être appliquée après mûre réflexion et une bonne motivation au nom de l'autorité d'élimination. Une transparence totale est cruciale* »¹¹³¹. Par conséquent, il est important que des lignes directrices strictes soient adoptées lors de la phase de gestion des biens confisqués et ce, quelle que soit la méthode choisie.

¹¹³⁰ Art. 434-41, alinéa 2 CP.

¹¹³¹ Study by the Center for the Study of Democracy entitled Disposal of Confiscated Assets in the UE Member States, Laws and Practices commissioned, *op. cit.*, p. 38. Texte original : “*Because of high social sensitivity and the important objective of increasing social trust in the judiciary, any disposal method should be applied after careful consideration and good motivation on behalf of the disposal authority. Full transparency is crucial*”.

CONCLUSION – CHAPITRE 2

249. Une redéfinition de la notion de produit du crime au profit des procédures d'entraide répressives et de coopération judiciaire en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Les recommandations internationales mettent l'accent sur une gestion éclairée des biens criminels qui renvoie à l'idée d'une gestion éclairée de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Elle impose l'idée d'une mise en état de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime ou une mise en état patrimoniale permettant à un tribunal ou une autorité judiciaire de rendre une décision après avoir pris connaissance de l'ensemble des arguments ainsi que des pièces sur lesquelles celles-ci se fondent. Cette étape a donc pour objet de mettre le dossier en état d'être jugé. Mais, la phase de gestion au-delà de son rôle opérationnel est également un instrument de réflexion et de remise en question de la sanction de confiscation. Elle peut offrir un cadre régulateur à la procédure de confiscation et de recouvrement des avoirs. Le développement de la procédure de gestion, de disposition et de destination des biens gelés et confisqués permet d'analyser les mesures de gel et de confiscation car, elle peut en chiffrer le coût. Les États pourraient ainsi en tirer des conclusions pour améliorer l'effectivité de la confiscation et du recouvrement des produits du crime, notamment dans les relations de coopération où la question financière peut se révéler être un obstacle à l'exécution des décisions de gel et de confiscation. Mais, cela nécessite de repenser, de re-contextualiser la sanction de confiscation, pour en faire une mesure davantage pratique que théorique, notamment en permettant le recours dans le cadre de la coopération judiciaire à la confiscation en valeur équivalente, et de préférence la confiscation de sommes d'argent.

En effet, est confiscable tout bien de toute nature, qu'il soit corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur ce bien, s'il constitue le produit ou l'instrument de l'infraction. En d'autres termes, la notion de bien est ici conditionnée par sa nature criminelle. C'est parce qu'il est en lien avec l'infraction qu'il peut être gelé et confisqué. Cependant, est-il opportun de confisquer le produit ou l'instrument du crime, tout en sachant qu'il est possible de procéder à une confiscation en valeur, notamment lors des procédures de coopération ? Cela pourrait faciliter et inciter le recours aux instruments de coopération.

CONCLUSION – TITRE 2

250. Trouver un équilibre entre les impératifs liés à la sanction de confiscation et ceux liés aux considérations budgétaires. La gestion des produits du crime est la conséquence de la volonté des États de développer un nouveau droit relatif à la sanction de confiscation. Pour aboutir au prononcé effectif de la peine de confiscation, les États ont développé des procédures - les enquêtes financières et patrimoniales et la procédure de gel - ayant pour objectif de garantir l'application de la peine de confiscation. Dans cette logique, le développement de la phase de gestion des biens gelés doit également répondre à cet objectif et les impératifs liés à la sanction de confiscation ont guidé l'établissement de la phase de gestion. Pour autant, cette volonté des États de geler et de confisquer les instruments et les produits du crime engendre un coût financier important, susceptible de constituer, à terme, une sanction pour les États. Mais, la phase de gestion peut également communiquer des informations utiles pour améliorer l'efficacité de la sanction de confiscation et d'en garantir son effectivité.

La réflexion autour de la phase de gestion s'inscrit par conséquent dans une réflexion plus large, celle d'une politique de gestion des avoirs efficace, dont l'objectif serait de renforcer l'efficacité de la sanction de confiscation tout en limitant les coûts financiers. Les États pourraient ainsi privilégier la mesure de confiscation basée sur la valeur, permettant de recourir à une peine d'amende, plutôt que de recourir à la confiscation des produits et des instruments du crime. Cette politique permettrait ainsi d'éviter le recours aux procédures d'entraide répressive, diminuerait de manière conséquente les frais liés à la gestion et faciliterait la réponse à la question de la disposition future des biens confisqués. Également, penser la politique de gestion pourrait amener les États à repenser la notion de bien à geler ou à confisquer. Est-il nécessaire et pertinent de procéder au gel et la confiscation de tous les avoirs, directement ou indirectement, liés à la commission d'un crime ou est-il plus pertinent d'opérer un choix, guidé par des considérations d'administration, des biens devant être gelés et confisqués ? Analyser l'efficacité de la sanction de confiscation sous le prisme de la politique de gestion remet en question l'efficacité de la sanction de confiscation analysée sous l'angle de la politique criminelle. La notion d'efficacité diffère d'une politique à une autre. La politique criminelle analyse l'effectivité de la peine de confiscation au regard de la condamnation finale, alors que la politique de gestion analyse l'efficacité de la peine de confiscation au regard de son coût. L'objectif futur est par conséquent de trouver un équilibre entre les impératifs liés à l'application de la peine de confiscation et ceux liés à la politique de gestion dans le cadre de

la procédure de coopération par une redéfinition structurelle de la gestion des produits du crime, d'une part, et par redéfinition de la notion de produits du crime, d'autre part.

CONCLUSION – PARTIE 2

251. La création d'une autorité centrale chargée de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits dans l'UE. Le règlement (UE) 2018/1805 s'est accompagnée de plusieurs modifications visant à améliorer la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation. Parmi les avancées notables peut être noté le travail effectué autour des délais relatifs à la reconnaissance et à l'exécution des décisions de gel. En effet, le gel doit être mis en œuvre rapidement et « *nécessite des délais serrés pour la reconnaissance et l'exécution des décisions* ». Le texte précise que l'exécution devrait avoir lieu « *avec la même rapidité et le même degré de priorité que dans des cas similaires au niveau national* ». La décision de gel ne devrait pas mettre plus de quarante-huit heures pour être exécutée. Un travail a également été fait sur le certificat qui accompagne les décisions de gel et de confiscation afin de rendre la procédure plus simple et rapide. Toutefois, ce certificat doit comprendre un certain nombre d'informations relatives aux personnes concernées, portant sur le bien, et nécessite l'intervention en amont d'autorités qui ont pu fournir dans le cadre de la procédure d'échange d'informations les informations souhaitées. Enfin, une attention particulière a été portée à la question de la gestion des biens et une obligation de gestion adéquate des biens gelés a été posée dans le cadre de la reconnaissance mutuelle des décisions de gel.

Toutes ces avancées procédurales ne peuvent trouver un réel écho que si les États membres disposent de ressources matérielles et humaines, compétentes et spécialisées, adéquates pour satisfaire la reconnaissance et l'exécution des décisions de gel et de confiscation dans un délai rapide et d'une manière efficace. Il importe que les États disposent de relais institutionnels compétents. Rappelons que l'un des obstacles à la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime est le manque de lisibilité des autorités compétentes en la matière, notamment lors des demandes de coopération. Pour améliorer cette communication directe entre les autorités compétentes, ce que tend à mettre en place le règlement (UE) 2018/1805, il est impératif que des structures émergent pour faciliter, pour fluidifier la circulation dans l'UE des décisions de gel et de confiscation, ainsi que les demandes d'échange d'informations et de coopération répressive. L'une des pistes de réflexion à étudier pour améliorer l'efficacité du dispositif européen est la mise en place d'une autorité centrale transdisciplinaire rendant le système européen de confiscation et de recouvrement des avoirs plus efficace. Les BRA sont à cet égard des organes intéressants à développer. Parmi les questions largement évoquées lors des réunions des BRA reviennent celles liées à l'accès aux données, ou encore celles relatives à la sécurisation des échanges, mais également des questions

liées à l'extension de leurs compétences, telles que la capacité d'exécuter une mesure de gel urgent, la capacité d'engager une enquête après l'obtention d'une condamnation définitive ou encore celle de gérer les avoirs gelés. Ces questions institutionnelles sont au cœur des futures réflexions européennes. La Commission doit examiner la possibilité d'élargir les compétences des BRA. Ces trente dernières années, l'UE s'est attelée à harmoniser les législations nationales de gel et de confiscation, le prochain enjeu sera de tenter d'harmoniser les compétences des organes en charge de ces questions dans la perspective d'améliorer la coopération judiciaire en matière de gel et de confiscation. Ce travail d'harmonisation ne peut pas se faire à l'échelle européenne, au sein des institutions européennes, puisque l'article quatre-vingt-deux TFUE ne permet pas de rapprocher les compétences attachées aux organes. L'harmonisation touche le droit et la procédure. Cependant, les BRA, de même que les BGA, sont autant de structures qui peuvent œuvrer au sein de leur État pour faire évoluer la législation dans ce domaine. L'échange des bonnes pratiques est une voie parallèle, complémentaire à la procédure législative ordinaire. Ces organes communiquent, partagent entre eux, et leur expérience, leur spécialisation leur permettent d'avoir au sein des États une voix particulière. En d'autres termes, l'harmonisation repose ici sur la capacité des BRA et BGA à se réunir, à s'organiser et à faire émerger tant au niveau européen que national des propositions visant à améliorer la procédure européenne de confiscation et de recouvrement des produits du crime dans l'UE. Cette capacité est en outre renforcée par les liens entre les BRA et la Commission européenne, entre les BRA et les agences européennes, telles qu'Eurojust ou Europol.

CONCLUSION GÉNÉRALE

252. Priver les délinquants des produits de leur crime - le point de départ du développement de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime.

Pour lutter efficacement contre les organisations criminelles, les États ont fait le choix de recourir à la peine de confiscation. Ils souhaitent ainsi punir le délinquant en le privant des biens issus de la commission d'une activité criminelle. Cet objectif perdure depuis l'adoption de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, adoptée le 19 décembre 1988. Ainsi, « *chaque Partie adopte les mesures qui se révèlent nécessaires pour permettre la confiscation* » des produits tirés de la commission des infractions visées par la Convention et des stupéfiants, substances psychotropes, matériels et équipements ou autres instruments utilisés ou destinés à être utilisés de quelque manière que ce soit pour les infractions visées par la Convention. Par l'adoption de cette Convention, les États Parties étaient résolus à « *priver ceux qui se livrent au trafic illicite du fruit de leurs activités criminelles et à supprimer ainsi leur principal mobile* ». Après l'adoption de cette Convention, de nombreuses conventions ont ainsi mis l'accent sur la nécessité d'empêcher les criminels de tirer profit de leurs agissements. Doivent être citées : la Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée transnationale, la Convention des Nations Unies contre la corruption, la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, la Convention interaméricaine contre la corruption ou encore la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Elles ont donc toutes pour objectif de mettre en œuvre des mesures destinées à lutter contre les activités criminelles motivées par l'appât du gain. Depuis une trentaine d'années, le but est de confisquer les produits, les instruments et les biens en lien, direct ou indirect, avec la commission d'une activité criminelle motivée par la recherche du profit. La peine de confiscation doit ainsi satisfaire plusieurs impératifs. Elle doit, tout d'abord, punir le délinquant en le privant des produits et des instruments, directement ou indirectement, liés à la commission d'une infraction. La peine de confiscation a, ensuite, un effet dissuasif. Ainsi, « *en confortant l'idée que « le crime ne paie pas », elle exerce un effet dissuasif, susceptible de réduire l'influence des modèles négatifs sur les communautés locales* ». L'objectif est ici de réduire l'attractivité financière des activités criminelles. Enfin, la peine de confiscation tend, purement et simplement, à éliminer

les organisations criminelles, en empêchant que leurs ressources financières puissent être utilisées pour financer d'autres activités criminelles, mettre à mal la confiance placée dans le système financier et corrompre la société légitime. Suivant cette ligne directrice, les conventions internationales, les textes européens et les législations nationales ont considérablement développé les régimes juridiques de confiscation. Du simple mécanisme de confiscation des produits et des instruments du crime, les législations nationales sont passées à des modes de confiscation plus répressifs, tels que la confiscation des avoirs des tiers, la confiscation élargie ou encore la confiscation sans condamnation pénale. Désormais, pour « *garantir que le crime ne paie pas* », les États visent l'intégralité du patrimoine des personnes en lien avec des groupes criminels organisés. Ces trente dernières années un droit sectoriel transnational, portant sur le droit matériel et le droit procédural de la confiscation et du recouvrement des produits du crime, s'est développé et construit afin de priver aussi largement que possible les délinquants des produits de leur crime.

La peine de confiscation s'inscrit dans une procédure plus large : la procédure de confiscation et recouvrement des produits du crime. Pour pouvoir aboutir à la confiscation effective d'un bien, il a fallu au préalable mettre en œuvre des procédures complexes. Ces procédures sont celles liées à l'identification, à la localisation et au gel des biens. Elles nécessitent de faire appel à des services d'enquête spécialisés - en matière patrimoniale et financière - et à des procédures lourdes et complexes, telles que les procédures d'entraide répressive ou le traçage des fonds criminels. Il existe une interdépendance entre les différentes étapes de la procédure de recouvrement des avoirs, les unes dépendent de la réussite des autres. Mais, ces étapes, en vue d'aboutir à la peine de confiscation, génèrent un coût non négligeable.

253. Le développement d'une réflexion autour de l'économie de la peine. Comme toutes les politiques publiques, la confiscation et le recouvrement sont soumis à un mode de gestion spécifique, celui du Nouveau Management Public (NMP) ou de la Nouvelle Gestion Publique (NGP), dont l'objectif est d'atteindre les résultats en optimisant les coûts financiers. Il peut être résumé par l'équation suivante : Économie-Efficacité-Efficience¹¹³². Appliqué à notre sujet, cela pourrait signifier que l'ouverture de toute procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime devrait régulièrement ou systématiquement aboutir à une décision de confiscation, puis à la confiscation effective des biens désignés illicites suites à une décision de justice, alors qu'actuellement, statistiquement, elle n'aboutit qu'une fois sur deux. Un autre

¹¹³² M. Palacio, « *Le New Public Management. Pragmatisme moderne ou idéologie politique ?* », Les Cahiers 238 de la Sécurité et de la Justice, n° 32, p. 5- 11.

élément qui vient à l'appui de cette hypothèse – qui tend à affirmer que l'ouverture d'une procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime devrait aboutir à une confiscation effective du ou des produit(s) du crime – la dénomination européenne pour l'étape du gel : le gel à des fins éventuelles de confiscation ultérieure. Cette dénomination renvoie à l'idée que le gel doit aboutir à la confiscation. Ou plus exactement les moyens mis en œuvre durant la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime doivent aboutir à une confiscation effective. Autrement dit, l'investissement fait doit être à terme rentabilisé. Cette idée renvoie à l'hypothèse d'un déterminisme judiciaire. Le gel devrait systématiquement aboutir à la confiscation.

Les autorités compétentes en charge de ces questions rappellent que ce processus peut devenir une sanction pour l'État et vont jusqu'à exprimer l'idée que toutes les saisies ne devraient pas être exécutées¹¹³³. L'UE ne fait pas exception à cette règle, puisque l'analyse d'impact ayant accompagné la proposition de directive analyse le coût économique des options législatives envisagées. Elle va même plus loin en analysant la rentabilité des options législatives envisagées ou « *faculté d'un capital placé ou investi de dégager un résultat ou un gain exprimé en monnaie* » ou, plus communément, un bénéfice¹¹³⁴. Pour ce faire, elle analyse deux variables, celle du coût financier et celle du taux de recouvrement espéré par la mise en place des investissements faits. Pour être rentable, un système devrait donc avoir un taux de recouvrement suffisamment important pour couvrir le coût de la procédure, il devrait par conséquent pouvoir à terme s'autofinancer et dégager un bénéfice qui pourrait être réinvesti dans le système afin d'accroître ses capacités de confiscation et de recouvrement des produits du crime, qui aboutit à une marchandisation de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime, soulevant la délicate question des frais liés à la reconnaissance et à l'exécution des décisions de gel et de confiscation et de leurs places dans l'application du principe de reconnaissance mutuelle. Ce type de raisonnement apparaît assez éloigné des théories relatives aux sanctions pénales, notamment à celles relatives à la fonction de la peine, qui aurait pour objectif de sanctionner, de prévenir et de réadapter. Ces théories ne font pas mention d'un quelconque gain-bénéfice qui s'évaluerait en terme monétaire, mais plutôt social. Or, avec la confiscation et le recouvrement des produits du crime, assisterions-nous à une nouvelle ère, où la gestion financière et comptable de la sanction pénale prédominerait ?

¹¹³³ V. art. de C. Duchaine, « *De la nécessité d'un usage raisonné des saisies et confiscations. Punir le condamné ou punir l'État* », AJ Pénal, n°5, mai 2015.

¹¹³⁴ Document de travail des services de la Commission, résumé de l'analyse d'impact accompagnant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne (SWD/2012/0032 - COD/2012/0036).

Il est intéressant de constater que la phase de gestion des biens est liée au développement de la sanction de confiscation. Ainsi, les impératifs liés à la peine de confiscation ont guidé l'établissement d'une politique de gestion. Mais, actuellement, il est possible de constater que la gestion a des conséquences sur le cadre juridique de la confiscation, inversant ainsi la logique de départ. L'expérience accumulée permet aux organes en charge de la gestion des avoirs gelés et confisqués d'avoir un regard critique sur les éléments de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime qui sont susceptibles de fonctionner ou non. Autrement dit, les recommandations susceptibles d'être émises par les BGA peuvent tendre vers une amélioration des régimes de la peine de confiscation et, *in fine*, de la politique criminelle de lutte contre les organisations transnationales organisées. Mettre en place une politique de gestion ne remet pas en cause la volonté originelle des États de « *garantir que le crime ne paie pas* ». Mais, l'incursion de la politique de gestion dans la conceptualisation de la peine de confiscation permettra à terme d'améliorer l'efficacité de peine de confiscation et de garantir qu'elle ne constitue pas une peine pour l'État. Il y a donc une nécessité à trouver un juste équilibre entre les enjeux budgétaires et les enjeux répressifs¹¹³⁵.

254. Le développement d'une réflexion autour de la place des peines économiques dans l'arsenal répressif des États membres. Mais les évolutions de la sanction de confiscation ont également eu des conséquences sur la procédure criminelle, elle-même. Elles ont été conduites dans l'objectif de lutter contre la criminalité organisée transnationale, mais demeure la question de sa réelle efficacité, plus-value dans la lutte contre ce phénomène ? Il est intéressant de rappeler que la confiscation est dans ce domaine présentée comme une mesure plus efficace que la peine d'emprisonnement, alors même que la gravité d'une sanction s'apprécie généralement par rapport à ces conséquences sur la liberté d'un individu d'aller et venir. Ainsi, les peines patrimoniales « *seraient porteuses d'une transformation de la répression qu'induirait une évolution en profondeur des valeurs de notre temps* »¹¹³⁶. Les peines patrimoniales auraient une force plus contraignante, plus dissuasive que la peine privative de liberté, elle-même. Cependant, cette évolution soulève plusieurs remarques. L'une des premières remarques porte sur le manque réel de données quant aux conséquences de la législation relative à la confiscation et au recouvrement des produits du crime sur la criminalité organisée, d'une part, et sur le délinquant et ses proches, d'autre part. Il est important de rappeler que le développement de la

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ E. Camous, « *La peine patrimoniale : une alternative prospective à la peine d'emprisonnement* », AJ pénal 2018.

sanction de confiscation s'est inscrit dans le cadre de la lutte contre les criminalités graves transnationales, soulevant la question de savoir si elle a eu sur ce phénomène de réelles conséquences ? Il est difficile de connaître le réel impact des mesures de confiscation sur la délinquance transnationale organisée. Comme le souligne l'étude d'Europol, les chiffres existants sur les bénéfices que tireraient la criminalité transnationale organisée sont peu fiables en raison notamment d'un manque de lisibilité quant aux méthodologies employées¹¹³⁷. En revanche, l'une des conséquences des textes internationaux et européens est la généralisation, la banalisation de la sanction de confiscation pour des faits de délinquance ordinaire en raison des seuils relativement bas à partir desquels cette sanction est applicable. Elle a acquis un caractère obligatoire dans les systèmes pénaux des États membres. Ainsi, les avancées portées dans ce domaine depuis la fin des années 80 ont conduit à des changements profonds dans les systèmes répressifs tels que l'émergence de nouveaux acteurs institutionnels provenant du secteur public, mais également de la société civile, la mise en place d'une nouvelle procédure transdisciplinaire centrée sur la recherche des produits du crime et se détachant progressivement de la procédure criminelle classique, ainsi que la judiciarisation d'étapes extra-judiciaires comme la gestion des biens. Les objectifs de départ se sont mués en un nouveau droit en construction, qui est celui de la confiscation et du recouvrement des produits du crime.

Le droit européen illustre cette idée de droit en construction, puisqu'il est certain que les années à venir seront porteuses de nouvelles avancées, notamment en ce qui concerne la confiscation sans condamnation pénale¹¹³⁸. Cette étape vers laquelle l'UE se dirige marquera explicitement la scission entre les procédures criminelles classiques et la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime. Un modèle autonome de confiscation et de recouvrement des produits du crime émergera, même si des éléments attestent déjà de ce projet. Le cadre proposé par l'UE fixe ainsi les grandes lignes d'un nouveau modèle de répression criminelle centrée sur les produits du crime où il sera impératif de définir un nouveau statut juridique, celui des personnes concernées par les mesures de gel et de confiscation, et d'en définir les garanties.

¹¹³⁷ Europol, "Does crime still pay?", *op. cit.*

¹¹³⁸ V. rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée « *Recouvrement et confiscation d'avoirs : Garantir que le crime ne paie pas* », *op. cit.*

BIBLIOGRAPHIE

I. Manuels, traités et ouvrages généraux

BOULOC Bernard, « *Pénologie. Exécution des sanctions adultes et mineurs* », Dalloz, coll. Précis, 3^e éd., Paris, juin 2005, 508 p.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 13^e éd., 2020.

FLORE Daniel, « *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne* », Larcier, coll. Europe(s), 2^e éd., Bruxelles, novembre 2014, 844 p.

GUINCHARD Serge et BUISSON Jacques, « *Procédure pénale* », LexisNexis/Litec, coll. Manuel, 12^e éd., 2020, 1509 p.

GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry, *Lexique des termes juridiques*, coll. Lexique, 29^e éd., 2021.

GRIMALDI Cyril, « *Droit des biens* », LGDJ-Lextenso, coll. Manuel, 2^e éd., Paris, 2019, 683 p.

HUET André et KOERING-JOULIN Renée, « *Droit pénal international* », PUF, coll. Thémis, sous-coll. Droit privé, 3^e éd., 2005, 507 p.

ALAURIE Philippe, AYNES Laurent et JULIENNE Maxime, « *Droit des biens* », LGDJ-Lextenso, coll. droit civil, 8^{ème} éd., Paris, 2019, 444 p.

PRADEL Jean,

- « *Droit pénal général* », Cujas, coll. Référence, 20^e éd., Paris, août 2014, 792 p.
- « *Procédure pénale* », Cujas, coll. Référence, 17^e éd., Paris, septembre 2013, 984 p.

PRADEL Jean, CORSTENS Geert et VERMEULEN Gert, « *Droit pénal européen* », Dalloz, coll. Précis Dalloz Droit Privé, 3^{ème} éd., Paris, avril 2009, 848 p.

II. Mélanges, monographies et thèses

ABATE Bernard, « *La nouvelle gestion publique ce que nous avons appris* », 2^e éd., LGDJ-Lextenso édition, Issy-les-Moulineaux, 2014, 145 p.

BERNARDI Alessandro (éd.) et ROSSI Francesco (coord.), « *Improving confiscation procedures in the EU* », Jovene Editore, 2019, 612 p.

BESOMBES Lydie, « *Le patrimoine d'origine criminelle* », Thèse dactyl., Toulouse 1, 2015, 498 p.

CAMILLERI-SUBRENAT Anne, PROUVÈZE Rémy et VERDIER-BÜSCHEL Isabelle, « *Nouvelles technologies et défis du droit en Europe - L'imagerie active au service de la sécurité globale* », Bruylant, coll. Travaux de droit international et européen, avril 2014, 361 p.

CESONI Maria Luisa, « *Criminalité organisée. Des représentations sociales aux définitions juridiques* », L.G.D.J – Bruylant – Paris – Bruxelles – Genève, décembre 2004 (L.G.D.J), 788 p.

CESONI Maria Luisa, « *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception. Étude de droit comparé (Belgique, États-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)* », Bruylant – L.G.D.J, Bruxelles – Paris, mars 2007, 387 p.

CUTAJAR Chantal (dir.), « *Garantir que le crime ne paie pas. Stratégie pour enrayer le développement des marchés criminels* », Presses Universitaires de Strasbourg, coll. Droit de l'Entreprise, Strasbourg, décembre 2010, 336 p.

DASQUE Jean-Michel, « *Géopolitique du crime international* », Ellipses, coll. référence Géopolitique, Paris, décembre 2008, 240 p.

DUCOULOUX-FAVARD Claude et LOPEZ Christian, « *La criminalité d'argent : quelle répression ?* », LGDJ, coll. Grands colloques, janvier 2005, 245 p.

GAYRAUD Jean-François, « *Le monde des mafias : géopolitique du crime organisé* », Odile Jacob, coll. Poches Odile Jacob, Paris, juin 2008, 448 p.

GAYRAUD Jean-François et THUAL François, « *Géostratégie du crime* », Odile Jacob, Paris, mars 2012, 272 p.

HERRAN Thomas, « *Essaie d'une théorie générale de l'entraide policière internationale* », Thèse dactyl., UPPA, 2012, 717 p.

HOLCMAN Robert (dir.), « *Management public* », Dunod, Paris, 2014, 309 p.

KING Colin and WALKER Clive (Edited by), « *Dirty Assets. Emerging Issues in the regulation of Criminal and Terrorist Assets* », Ashgate, Surrey, février 2014, 372 p.

KUTY Franklin, « *Justice pénale et procès équitable* », Larcier, vol. 2, Bruxelles, septembre 2006, 635 p.

LATIMIER Corentin, « *Le recouvrement des avoirs illicites de la corruption internationale. Évolutions récentes en droit français et recommandations à la lumière de la Convention des Nations Unies contre la corruption* », Thèse dactyl., Nice Sophia-Antipolis, 2017, 481 p.

LORY Nicolas, « *La saisie pénale des biens incorporels* », L'Harmattan, coll. Bibliothèque de droit, Paris, 2016, 217 p.

LUGENTZ Frédéric et VANDERMEERSCH Damien, « *Saisie et confiscation en matière pénale* », Bruylant, 1^{er} éd., 2015, 310 p.

MADSEN Franck G., « *Transnational Organized Crime* », Routledge, coll. Global Institutions, Londres, juin 2009, 144 p.

PIETH Marc, « *Recovering stolen assets* », Peter Lang, coll. Law Economic, Management, 2008, 391 p.

POULIQUEN Thierry, « *La lutte contre le blanchiment d'argent* », Promoculture-Larcier, coll. Vademecum, 1^{ère} éd., octobre 2014, 432 p.

RAUFER Xavier et QUERE Stéphane, « *Le crime organisé* », PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., Paris, septembre 2005, 127 p.

RAUFER Xavier, « *Géopolitique de la mondialisation criminelle : la face obscure de la mondialisation* », PUF, coll. Major, Paris, avril 2013, 192 p.

RUI Jon Petter et SIEBER Ulrich (eds.), “*Non-conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*”, Duncker & Humblot GmbH, 13 janvier 2016, 306 p.

ROUX-DEMARE François-Xavier, « *De l'entraide pénale à l'Europe pénale* », Thèse dactyl., Lyon 3, 2012, 1076 p.

TAUPIAC-NOUVEL Guillemine, « *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne. Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice* », Thèse dactyl., Toulouse 1, 2010, 565 p.

VETTORI Barbara, « *Tough on Criminal Wealth. Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU* », Springer, Dordrecht, 2006, 158 p.

III. Articles, chroniques, JurisClasseur et Répertoire Dalloz

ADDESA-PELLISER, « *Former à l'investigation et à l'analyse financières criminelles, une impérieuse nécessité* », n°07 08, juillet 2019, p. 366.

AJ Pénal 2019 p.366

ALAGNA Federico, « *Non-conviction Based Confiscation : Why the EU Directive is a Missed Opportunity* », Eur J Crime Policy Res (2015).

ALLAIN Emmanuelle, « *Le futur cadre des géolocalisations* », AJ Pénal, 2014, p. 4.

ALT-MAES Françoise, « *Le concept de victime en droit civil et en droit pénal* », RSC, 1994, p. 35.

ALVAREZ-RODRIGUEZ Ceferino et Du CASTILLON Laure, « *Aperçu des nouvelles formes de confiscation en droit international et européen* », GRASCO, n°3, novembre 2013, p. 80.

AMICELLE Anthony, « *Les programmes européens de gel des fonds « terroristes » : une mise en œuvre sous tensions* », Cahiers de la sécurité, n°25, septembre 2013, p. 28.

AMICELLE Anthony et FAVAREL-GARRIGUES Gilles, « *La lutte contre l'argent sale au prisme des libertés fondamentales : quelles mobilisations ?* », Cultures & Conflits, 76, hiver 2009, mis en ligne le 3 mai 2011.

ASCENSI Lionel,

- « *Les saisies et confiscation en matière pénale après la loi du 9 juillet 2010 : l'édifice parachevé ?* », AJ Pénal, n°5, mai 2015, p. 228.
- « *État des saisies et confiscation immobilières* », AJ Pénal, n°2, février 2016, p. 66.
- « *Les saisies et confiscations pénales dans la jurisprudence de la Cour de cassation* », AJ Pénal, n° 10, octobre 2020, p. 440.

ATTISSO Kodjo, « *Le recouvrement des avoirs volés : gérer l'équilibre entre les droits de l'humain fondamentaux en jeu* », Basel Institute on Governance, mai 2010.

AUDA Grégory, « *Le crime organisé, une perception variable, un concept polémique* », Cahier de la sécurité, n° 7, janvier-mars 2009, p. 16.

BACACHE-BEAUVALLET, « *Construire des indicateurs et mettre en place des objectifs est plus facile que de manager les agents* », Cahier de la sécurité et de la justice, n° 32, p. 9-11.

BACARESE Alan, « *Advancing international understanding and cooperation in combating fraud and corruption: Recovering stolen assets – a new issue ?* », ARA Forum, 2009, p. 421-434.

BAH Saliou, « *La restitution des avoirs issus de la corruption dans les conventions anti-corruption internationales : une avancée conceptuelle et normative à la portée pratique limitée* ».

BALLOT Thomas, « *Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale* », RSC, n°2, avril-juin, 2013, p. 321.

BARBE Emmanuel, « *Les magistrats de liaison : une « succes story »* », Cahiers de la sécurité, n°7, janvier mars 2009, p. 218.

BARRETT Richard, « *Proceedings takes by the Criminal Assets Bureau* », Judicial Studies Institute Journal, p. 229.

BAUCHY Julie, CORNETTE Fanny, COUTTS Stephen et autres, « *L'espace de liberté sécurité justice : un droit à géométrie variable ?* », RTD eur., 2013, p. 839.

BAUER Alain, « *L'invention de la criminalité globale* », Cahiers de la sécurité, n° 25, septembre 2013, p. 85.

BAVITOT Alexis, « *L'amende à taux mobile* », AJ Pénal, n°1, janvier 2019, p. 18.

BEIGZADEH Ebrahim, « *Présentation des instruments internationaux en matière de crime organisé* », Archives de politique criminelle, 2003/1, n° 25, p. 195-212.

BELLET Pierre, « *La coopération judiciaire en matière de traite des êtres humains* », Cahiers de la sécurité et de la justice, n°29, p. 34.

BESSON Jean-Luc, « *Les cartes au service de la lutte contre la criminalité* » Cahier de la sécurité, n° 22, décembre 2012, p. 81-94.

BESSONE Nicolas, « *Saisissons plus, saisissons mieux* », AJ Pénal, n°10, octobre 2020, p. 444.

BEZIE-AYACHE Annie, Confiscation, Rép. de droit pénal et de procédure pénale, octobre 2015.

BOLLÉ Alain, « *Une loi pour « frapper les délinquants au portefeuille »* », Gaz. Pal., 19 août 2010, n° 231, p. 12.

BORGERS Matthias J., “*International cooperation in confiscation matters and Dutch legislation: Points of attention for effective cooperation in the European Union*”, novembre 2005.

BOUCHT Johan,

- “*Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty*”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 21 (2013), p. 127-162.
- “*Civil asset forfeiture and the presumption on innocence under article 6(2) ECHR*”, New Journal of European Criminal Law, vol. 5, Issue 2, 2014, p. 221.

BUCOLO Elisabetta,

- « *L'économie sociale et solidaire et la création d'espaces d'action publique territoriale : le cas des coopératives sociales gérant des confisqués à la mafia* ».
- « *Le rôle des coopératives sociales gérant des biens confisqués à la mafia dans la définition d'une politique publique locale. Un exemple d'interaction entre pouvoirs publics et initiatives de l'économie sociale et solidaire* ».

BULLOCK Karen, “*Criminal benefit, the confiscation order and the post-conviction confiscation regime*”, Crime Law Social Change (2014).

De BUSSER Els, “*The architecture of data exchange*”, Revue international de droit pénal, érés, 78e année, 1^{er}/2^e trimestre, 2007, p. 35.

CAMOUS Éric,

- « *Les saisies en procédure pénale : un régime juridique éparpillé* », Droit pénal, n°2, février 2010, ét. 5.
- « *Les saisies en procédure pénale : un régime juridique modernisé. Commentaire des dispositions pénales de droit interne de la loi n°2010-768 du 9 juillet 2010 visant à*

faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale », Droit pénal, n°1, janvier 2011, ét. 1.

- « *La peine patrimoniale : une alternative prospective à la peine d'emprisonnement* », AJ Pénal, n°1, janvier 2018, p. 25.

CAMOUS Éric et COTELLE Guillaume, « *La mise en état patrimoniale des affaires pénales* », Droit pénal, n°6, juin 2013, ét. 12.

CAMOUS Éric et THONY Jean-François, « *Gel, saisie et confiscation des avoirs criminels : les nouveaux outils de la loi française* », Revue internationale de droit pénal, 1/2013, vol. 84, p. 205 (URL : www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2013-1-page-205.htm).

CAMUS Benjamin, « *Une statistique criminelle Justice en forte évolution* », Cahier de la sécurité, n° 22, décembre 2012, p. 95-101.

CARDAMONE Daniela, « *Criminal prevention in Italy From the "PICA Act" to the "Anti-Mafia Code"* ».

CASSANI Ursula,

- « *La confiscation de l'argent des potentats* » : à qui incombe la preuve ? », La Semaine judiciaire. II, Doctrine, 2009, n°8, p. 229-256.
- « *La « Proceeds of Crime Act 2002 » du Royaume-Uni : présentation générale, confiscation, recouvrement civil et taxation des profits illicites, première partie* », Revue pénale suisse, vol. 122, n° 3, p. 280-309.
- « *L'infraction fiscale comme crime sous-jacent au blanchiment d'argent : considération de lege ferenda* », Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, 1/13, p. 12.

CASSELLA Stefen D., « *Civil Asset Recovery: The American Experience* », Eucrium, 3/2013, p. 98.

CASSUTO Thomas,

- « *Exigences du droit de l'Union européenne en matière d'investigation financière* », AJ Pénal, n°12, décembre 2013, p. 651.

- « *Le nouveau dispositif législatif de l'Union européenne en faveur des victimes de la criminalité* », AJ Pénal, 2013, p. 534.
- « *La directive concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale* », AJ Pénal, 2014, p. 338.
- « *Le règlement européen gel et confiscation : un instrument orienté vers l'efficacité et le respect des droits fondamentaux* », AJ Pénal, n°07 08, juillet 2019, p. 368.

Du CASTILLON Laure et ALVARES-RODRIGUEZ Ceferino, « *Aperçu des nouvelles formes de confiscation en droit international et européen* », Revue GRASCO, n° 7, novembre 2013, p. 80.

CATELAN Nicolas, « *La présomption d'impureté : blanchir sans linge sale ?* », Revue de l'Union européenne, n° 587, avril 2015, p. 252.

CHARPENEL Yves, « *L'appréhension française de la confiscation des avoirs criminels* ».

CHAVENT-LECLÈRE Anne-Sophie,

- « *Droit des parties civiles de faire appel d'une mesure de confiscation* », cass. crim., 26 janvier 2016, n° 14-86030, Procédures n°3, mars 2016, comm. 109.
- « *Halo sur la jurisprudence de la Chambre criminelle en matière de confiscations et saisies* », AJ Pénal, n°1, janvier 2019, p. 8.

CONTE Philippe, « *Preuve de l'origine délictueuse des biens* », Droit pénal n° 3, mars 2016, comm. 41.

COSTANTINO Salvatore, « *The importance of reuse of confiscated assets for social purposes in fighting the illegal economy. Some case studies* ».

CROWFORD Adam, « *Partenariat et responsabilité à l'ère managériale. Retour sur l'expérience britannique* », Cahier de la sécurité et de la justice, n° 32, p. 87-101.

CULLAFFROZ-JOVER Sandrine, « *La preuve du blanchiment de capitaux : une affaire d'État ?* ».

CUTAJAR Chantal,

- « *La saisie du produit du blanchiment sur le territoire français* », Recueil Dalloz, n°33, octobre 2009, p. 2250.
- « *Commentaire des dispositions de droit interne de la loi n°2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale* », Recueil Dalloz, n°5, octobre 2012, p. 2305.
- « *Projet de loi ALUR : cession de parts de SCI et blanchiment de capitaux* », Recueil Dalloz 2013, p. 2392.
- « *Le volet répressif de la loi contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière* », AJ Pénal, 2013, p. 638.
- « *Vers une plus grande efficacité de la justice financière ?* », BJB, janvier 2014, n°1, p. 8.
- « *La transparence financière et la lutte anti-blanchiment* », La revue fiscale du patrimoine n° 4, avril 2015, dossier 5.
- « *Identification du bénéficiaire réel, un leurre au sein de la 4 directive blanchiment ?* », JCP-G, n° 19-20, 11 mai 2015, 554.
- « *Les investigations financières au service de la lutte contre la criminalité organisée* », AJ Pénal, n°07 08, juillet 2019, p. 356.

DAURY-FAUVEAU, Fasc. 20 : Infractions assimilées au recel. – Non-justification de ressources et facilitation de la justification de ressources fictives, J.cl. Pénal Code art. 321-6 et 321-6-1, 13 juillet 2014.

DANDURAND Yvon, COLOMBO Gherardo et PASSAS Nikos, « *Measures and mechanisms to strengthen international cooperation among prosecution services* », Crime Law Social Change (2007), p. 261-289.

DEDIEU Dominique, « *Le « bénéficiaire effectif » et la « tierce introduction » du dispositif de la lutte contre le blanchiment de capitaux à la lumière des nouvelles lignes directrices de l'AMF* », BJB, mai 2013, n° 5, p. 255.

DEFOIS Sébastien, MATHYS Patricia et SOUVIRA Jean-Marc, « *La plate-forme d'identification des avoirs criminels (PIAC), outil à la disposition des enquêteurs et des magistrats* », AJ Pénal, n°3, mars 2012, p 134.

DELEPIERE Jean-Claude, « *Quelques considérations sur l'efficacité de la lutte contre le blanchiment de capitaux* », Revue de l'Union européenne, n° 587, avril 2015, p. 243.

DENYS Simon, « *Les « notions autonomes » en droit de l'Union* » in Mélanges en l'honneur du Professeur H. OBERDORFF, Liber amicorum, LGDJ-Lextenso éd., 2015, p. 93.

DICKSON David J., « *Towards more effective asset recovery in Member States – the UK example* », ERA Forum (2009), p. 435-451.

DORNBIERER Andrew et MONTHEITH Charlie, « *Tracking and Tracing Stolen Assets in Foreign Jurisdictions* », Eucriim, 2/2013, p.51.

DOUILLET Anne-Cécile, de MAILLARD Jacques, ZAGRODZI Mathieu et SAVAGE Steve, « *L'usage des indicateurs chiffrés dans la police nationale : arrangements dans une organisation centralisée* », Cahier de la sécurité et de la justice, n° 32, p. 12-21.

DREYFUS Françoise, « *La nouvelle gestion publique, nouvel instrument du clientélisme ?* » in Mélanges DUP, p. 93.

DUCHAINÉ Charles,

- « *Vente avant jugement d'un meuble placé sous-main de justice et poursuite du propriétaire du bien (CPP, art. 99-2, al. 2)*, Droit pénal, n°6, juin 2014, ét. 11.
- « *De la nécessité d'un usage raisonné des saisies et confiscations. Punir le condamné ou punir l'État* », AJ Pénal, n°5, mai 2015, p. 242.

DUFOURQ Pauline, « *Blanchiment de produits de stupéfiants et ses conséquences* », comm. cass. crim., 16 décembre 2015, n° 15-85667, *Dalloz Actualité*, 22 janvier 2016.

DULIN François-Xavier, « *Le rôle du parquet dans le choix de la sanction des infractions économiques et financières* », AJ Pénal, n°1, janvier 2019, p. 15.

DUMOULIN Lisa,

- « *Lutte anti-blanchiment et lutte contre le terrorisme : de nouvelles propositions européennes* ».

- « *Lutte contre la traite des êtres humains : l'approche financière en question* », RSC, n°2, novembre 2014, p. 311.

DUPUIS Frederick, « *Les saisies en matière pénale, de l'opportun à l'opportunisme* », Procédures, n°5, mai 2014, ét. 6.

DUVAL-STALLA Alexandre et de TONQUEDEC Victoire « *Mariage avec un conjoint condamné : « pour le meilleur et pour la peine »* », AJ Pénal, n°10, octobre 2020, p. 465.

EYRIGNAC Loïc, Fasc. 20 : Restitution, aliénation et destruction des objets placés sous-main de justice par les juridictions d'instruction, JurisClasseur, Procédure Pénale art. 99 à 99-2, 12 novembre 2014.

FARALDO CABANA Patricia, "*Improving the Recovery of Assets Resulting from Organised Crime*", European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 22 (2014), p. 13-32.

FAZEKAS Milhaly et NANOPOULOS Eva, « *The Effectiveness of EU Law : Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation* », European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 24 (2016), p. 39-64.

FILHOL Vincent et CHIRAT Emmanuel, « *Surmonter les obstacles aux investigations financières dans un contexte transnational* », AJ Pénal, n° 07 08, juillet 2019, p. 363.

FONTEIX Cloé,

- « *Saisie pénale spéciale et confiscation : champ d'application identique* », comm. cass. crim. 29 janvier 2014, n° 13-80062 et cass. crim., 29 janvier 2014, n° 13-80063, *Dalloz Actualité*, 11 février 2014.
- « *Saisies pénales : conventionalité de l'accès limité au dossier* », comm. cass. crim. 25 février 2015, n° 14-86447, *Dalloz Actualité*, 19 mars 2015.
- « *De la saisie à la confiscation : un point sur le contentieux* », AJ Pénal, n°5, mai 2015, p. 232.

FORTAS Anne-Catherine, « *La Cour de cassation et les conventions internationales relatives à la lutte contre la corruption* », RSC, n°1, janvier-mars 2014, p. 25.

FOURNIER Alain, « *L'AGRASC : une approche patrimoniale de la lutte contre la délinquance et la criminalité* », JCP.-N, n°20, 20 mai 2016, act. 637.

GAYRAUD Jean-François,

- « *Aveuglement, enracinement : comment s'installe le crime organisé* », Sécurité globale, autonome 2008, p. 79.
- « *Renseignement d'intérêt criminel : une priorité oubliée ?* », Cahiers de la sécurité, n°13, juillet-septembre 2010, p. 55.
- « *Dans les eaux glacées du crime organisé* », Ét. 10/2013 (Tome 419), p. 295 (URL : www.cairn.info/revue-etudes-2013-10-page-295.htm).

GIACOPELLI Muriel, « *La pénétration des règles du procès pénal devant les juridictions de l'application des peines : état des lieux* », RSC, n°4, octobre-décembre 2015, p. 799.

GRACE Sara, « *Police et évaluation des performances. Étude de cas sur les penalty notices for disorder* », Cahier de la sécurité et de la justice, n° 32, p. 22-36.

GRECIANO Philippe, « *Lutte contre le blanchiment d'argent : une justice européenne à quel prix ?* », Petites affiches, juin 2006, n° 127, p. 14.

GUILLEMET Aurélie, « *Les directives et leur transposition en matière de droit pénal* », Revue de l'Union européenne, n°579, juin 2014, p. 363.

HUET André et KOERING-JOULIN Renée, Facs 50 : Effets en France des décisions répressives étrangères. – Force exécutoire ou exécution, J.-Cl. Procédure pénale, art. 689 à 696.

HY Matthieu,

- « *Peine de confiscation : pour en finir avec la mauvaise foi* », AJ Pénal, n°11, novembre 2018, p. 505.
- « *Droits de la défense : faudra-t-il un Outreau de la saisie pénale ?* », AJ Pénal, n°10, octobre 2021, p. 452.

KARGOPOULOS Alexandros-Ioannis, « *Ne bis in idem in Criminal Proceedings* » ... p. 85.

KING Colin, “*Using Civil Processes in Pursuit of Criminal Law Objectives: A Case Study of Non-Conviction Based Asset Forfeiture*”, *International Journal of Evidence and Proof*, 2012, 16(4), p. 337.

KOLAROV Todor, “*Mutual recognition of judicial decisions on confiscation: the way forward*”.

LABAYLE Henri, « *Reconnaissance et entraide* », in « *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international* », Anthemis, Limal, mars 2014, p. 445.

LABORDE Jean-Paul, « *Criminalité financière et droit pénal international : Vers un droit pénal international des affaires ?* », *Petites affiches*, juin 2008, n° 122, p. 55.

LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme,

- « *Secret bancaire et obligation de dénonciation du banquier en droit français et suisse* », *RSC* 2005, p. 231.
- « *Évolutions en matière de lutte contre les paradis fiscaux et le blanchiment des capitaux* », *Petites affiches*, septembre 2013, n°194, p. 21.

LE TALLEC, « *Le rôle de l’AGRASC dans l’effectivité de la peine de confiscation* », *AJ Pénal*, n°1, janvier 2019, p. 12.

LEBLOIS-HAPPE Jocelyne,

- « *Manifeste pour une procédure pénale européenne* », *AJ Pénal*, 2014, p. 6.
- « *La Cour de justice de l’Union européenne et la protection des droits fondamentaux dans la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle en matière pénale* », *AJ Pénal*, n°6, juin 2019, p. 302.

LEGRAND Gérard et MANTEROLA Aude, « *Les saisies pénales spéciales : entre efficacité revendiquée et respect des droits des créanciers* », *Revue Lamy Droit des affaires*, n°147, avril 2019.

LELIEUR Juliette, « *Le dispositif juridique de l'Union européenne pour la captation des avoirs criminels* », AJ Pénal, n°5, mai 2015, p. 232.

LEMAN-LANGLOIS Stéphane, « *Terrorisme et crime organisé, contrastes et similitudes* » in C.P DAVID et . GAGNON, « *Repenser le terrorisme* », Presses de l'Université de Laval, Québec.

LEVI Michael *et al.*, « *Impact économique, financier et social du crime organisé dans l'Union Européenne* », Sécurité et stratégie, 2014/1 (16), p. 84 (URL : <http://www.cairn.info/revue-securite-et-strategie-2014-1--page-84.htm>).

LEVI Michael, « *Money for Crime and Money from Crime : Financing Crime and Laundering Crime Proceeds* », Eur J Crim Policy Res (2015).

LUCIANI-MIEN Dominique, Indemnisation des victimes, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, janvier 2016.

De MAILLARD Jacques, « *Pour une approche réflexive de la performance. Une critique et des propositions* », Cahier de la sécurité et de la justice, n° 32, p. 67-86.

MIANSONI Camille, « *La révélation aux juridictions pénales des infractions économiques et financières par les juridictions financières* », AJ Pénal, 2013, p. 644.

MANACORDA Stefano,

- « *Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal : neutralisation et obligation d'incrimination* », RSC, 2006, p. 245.
- « *Le droit pénal sous Lisbonne : vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice ?* », RSC, 2011, p. 945.
- « *Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen* », RSC, 2013, p. 927.
- « *« L'âge de la maturité » : stabilisation et traits conservateurs dans la politique pénale de l'Union européenne* », RSC, 2013, p. 931.

MASSÉ Michel, « *L'évolution du droit en matière de gel et de confiscation* », RSC, 2006, p. 463.

MASSÉ Michel, « *La reconnaissance mutuelle* », in GIUDICELLI-DELAGÉ Geneviève et LAZERGES Christine (dir.), « *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne* », Société de législation comparée, coll. UMR de droit comparé de Paris, Paris, juillet 2012, p. 205.

MASSÉ Michel et SIMON Perrine, « *La construction de la jurisprudence de la Cour de justice en matière pénale* », AJ Pénal, n°6, juin 2019, p. 296.

MATSOPOULOU Haritini, « *Les nouveaux moyens de preuve au service de la criminalité organisée. À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016* », JCP.-G, n° 25, 20 juin 2016, p. 1222.

MAUGERI Anna Maria, « *The Criminal Sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisation* », New Journal of European Criminal Law, vol. 3, Issue 3-4, 2012.

MAURO Cristina, « *Le gel des avoirs n'est pas une sanction ... mais un peu quand même* », cons. const., 2 mars 2016, n° 2015-524 QPC, JCP.-G n° 20-21, mai 2016, 589.

MENDITTO Francesco, « *La « confiscation anti-mafia » et le sort des biens confisqués en Italie* ».

MERCINIER-PANTALACCI Emmanuel, « *La peine de confiscation prononcée pour indemniser la partie civile : une hérésie à corriger* », AJ Pénal, n°6, juin 2021, p. 305.

MÉSA Rodolphe,

- « *La restitution des profits illicites comme sanction des atteintes illégales au patrimoine d'autrui* », Droit et Patrimoine, n°248, juin 2015.
- « *L'efficacité tempérée de la restitution par équivalent des biens divertis comme sanction des recels en droit patrimonial de la famille* », Revue Le Lamy Droit civil, n°130, 1^{er} octobre 2015.

MET-DOMESTICI Alexandre, « *Le cadre juridique de la lutte contre le blanchiment d'argent dans l'Union européenne* », Revue de l'Union européenne, n° 587, avril 2015, p. 217.

MICHEAU Claire, « *Récupération des aides d'État illégales et incompatibles sous forme fiscale. Analyse critique des fondements et des développements récents* », RTD Eur., 2014, p. 343.

MIGNEMI Niccolò, « *Coopératives et réutilisation sociale des biens confisqués à la mafia : le projet Libera Terra en Sicile* », Revue internationale de l'économie sociale : Recma, n°328, 2013, p. 33-47.

MIGNEMI Niccolò et RIZZOLI Fabrice, « *La redistribution à des fins sociales des biens confisqués aux mafias en Italie : de l'informel mafieux au formel citoyen* ».

MOCCI Massimiliano, « *Confiscation by Equivalent in Italian Legislation* », Eucrim, 3/2013, p. 104.

MONJEAUD Christine, « *Nouveau dispositif de lutte contre la fraude fiscale : les impacts sur la saisie des avoirs criminels* », JCP.-N n° 13, 28 mars 2014, p. 1144.

MONTAIN-DOMENACH Jacqueline, « *Le droit de l'espace judiciaire pénal européen : un nouveau modèle juridique ?* », Cultures & Conflits, 62 (printemps 2006), mis en ligne le 21 juin 2014.

MONTALDO Stefano, « *Directive 2014/42/EU and Social Reuse of Confiscated Assets in the EU: Advancing a Culture of Legality* », New Journal of European Criminal law, vol. 6, Issue 2, 2015.

MONTEITH Charlie et DORNBIERER Andrew, « *Tracking and Tracing Stolen Assets in Foreign Jurisdictions* », Eucrim, 2/2013, p. 51.

MORGANTE Gaetana, « *La lutte contre la criminalité organisée en droit italien* ».

MOSCA Michele et VILLANI Salvatore,

- *“The Social Reuse of Illegal Asset and the Role of Social Economy in the Fight Against Criminal Organization : The Italian Case”*, mai 2012.
- *“The Reuse for Social Aims of Illegal Assets and the Competition Policy. A New Network Strategy to Defeat Organized Crime”*.

MUNGIU-PIPPIDI, « *The Good, the Bad and the Ugly : Controlling Corruption in the European Union* », Advanced Policy Paper for Discussion in the European Parliament, 9 April 2013, réalisé en mars 2013, 63 p.

NELEN Hans, *“Hot them where it hurts most?”*, Crime, Law & Social Change, 2004, p. 517.

NICAUD Baptiste, « *La reconnaissance mutuelle ... jusqu'où ?* », AJ Pénal, n°6, juin 2019, p. 299.

PADIEU René, « *La statistique, outil pour une connaissance scientifique de la société* », Cahier de la sécurité, n° 22, décembre 2012, p. 7-12.

PALACIO Manuel,

- « *Le New Public Management. Pragmatisme moderne ou idéologie politique* », Cahier de la sécurité et de la justice, n° 32, p. 5-8.
- « *Savoir. Agir. Communiquer. La politique face à l'expertise* », Cahier de la sécurité, n° 22, décembre 2012, p. 107-116.

PANDO Annabelle, « *Lutte contre la fraude fiscale : les bonnes armes ?* », Petites affiches, août 2013, n°170, p. 3.

PARIZOT Raphaële et PERRIER Jean-Baptiste, « *Les renversements de la responsabilité pénale (Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ; Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ; Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à la sécurité publique)*.

PARIZOT Raphaële, « *Organisation criminelle versus association de malfaiteurs et associazione per delinquere : quel socle à la lutte contre la criminalité organisée en France et en Italie ?* », RSC, n°1, avril 2017, p. 1.

PATTIN Michel, « *Le cadre juridique du dispositif de captation des avoires criminels et sa mise en œuvre par la gendarmerie nationale* », AJ Pénal, 2012, p. 130.

PEERS Steve, « *Criminal Suspects' Rights and EU law* ».

PELTIER Virginie, « *L'avenir du principe non bis in idem et ses répercussions sur les cumuls de sanctions* », Droit pénal, n°2, février 2015, comm. 29.

PETIT Bernard, « *Une nouvelle approche de la lutte contre la criminalité organisée : la prise en compte du volet financier des enquêtes* », AJ Pénal, AJ Pénal, n°3, mars 2012, p 148.

PETTITI Christophe, « *La réparation des atteintes au droit de propriété : l'application de l'article 41 de la CEDH* », in « *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme* », Bruylant, 2005, p. 97.

PICARD Etienne, « *La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français* », RSC, 1993, p. 275.

PIOLET Vincent, « *Géopolitique des paradis fiscaux* », Politique étrangère, 2013/3 Automne, p. 175-187.

POELEMANS Maiténa, « *Bilan et perspectives du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale en France* », in SURANO Laura, VERNIMMEN-VAN TIGGELEN Gisèle et WEYEMBERGH Anne (Edited by), « *The Future of Mutual Recognition in Criminal Matters in the European Union/L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne* », Ed. de l'Université de Bruxelles, coll. Et. européennes, Bruxelles, août 2009, p. 239.

PONS Noël, « *La grande mutation de l'économie criminelle* », Cahiers de la sécurité, n°25, septembre 2013, p. 7.

PONTIER Jean-Marie, « *La qualité du droit* », in *Mélanges en l'honneur du Professeur H. OBERDORFF, Liber amicorum*, LGDJ-Lextenso éd., 2015, p. 241.

PRADEL Jean, « *L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ?* », *Recueil Dalloz*, août 2014, n° 29, p. 1647.

PROST Kimberley, « *Pratique et nouvelles tendances de l'entraide judiciaire : l'avenir de la coopération internationale* », 1998.

QUELOZ Nicolas, « *Criminalité économique et criminalité organisée* », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 36, 2^e trimestre 1999.

RAPHAEL Monty, « *Tracing and confiscating illicit proceeds: the perspective of the defence* », *ERA Forum* (2011), p. 545-570.

RAOULT Sacha, « *L'évaluation du risque de récidive : l'expert, le politique et la production du « chiffre »* », *RSC*, n°3, janvier-septembre 2014, p. 655.

REBUT Didier, « *La saisie en valeur s'applique aux infractions antérieures à sa création* », *comm. cass. crim.* 24 septembre 2014, n° 13-88602, *JCP.-G* n° 49, 1^{er} décembre 2014, p. 2207.

RIZZOLI Fabrice, « *Pouvoirs et mafias italiennes. Contrôle du territoire contre État de droit* », *Pouvoirs*, 2010/1 n° 132, p. 41-55.

ROBERT Hervé, « *Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'argent. À propos de la loi du 6 décembre 2013* », *JCP.-G*, n°6, février 2014, p. 182.

ROCHÉ Sébastien, « *Évaluer l'impact des actions de prévention, détection et répression des délinquances* », *Cahier de la sécurité*, n° 22, décembre 2012, p. 22-28.

ROUSSEAU François, « *Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir* », *RSC*, n°2, avril-juin 2013, p. 257.

RUBI-CAVAGNA, « *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne* », RSC, 2009, p. 501.

ROYER Guillaume, « *Autonomie du délit de non-justification de ressources par rapport au délit d'origine* », comm. arrêt Cour de cassation, crim., 27 février 2013, n° 12-81.063.

SCHERRER Amandine, MÈGIE Antoine et MITSILEGAS Valsamis, « *La stratégie de l'Union européenne contre la criminalité organisée : entre lacunes et inquiétudes* », La revue Cultures et Conflits, n° 74, été 2009, p. 91-110.

SCHOENAERS Frédéric, « *Modernisation des institutions judiciaires belges : vers un management de type 2.0 ?* », Cahier de la sécurité et de la justice, n° 32, p. 46-55.

SEGONDS Marc, « *Les métamorphoses de l'infraction de blanchiment ... ou les enjeux probatoires de la lutte contre le blanchiment* », AJ Pénal, 2016, p. 168.

SIMONATO Michele,

- “*Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A step Forward on Asset Recovery*”, New Journal of European Criminal law, vol. 6, Issue 2, 2015, p. 213.
- “*Extended confiscation of criminal assets: limits and pitfalls of minimum harmonization in the EU*”, European Law Review, 2016.
- “*Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains*”, ERA Forum (2017).

SOULLEZ Christophe, « *La statistique de la délinquance : une approche plus complexe qu'il n'y paraît* », Cahiers de la sécurité, n° 22, décembre 2012, p. 13-21.

SOUVIRA Jean-Marc et MATHYS Patricia, « *La plate-forme d'identification des avoirs criminels (PIAC), outil à disposition des enquêteurs et des magistrats* », AJ Pénal 2012, p. 134.

SPIRE Alexis, « *Pour une approche sociologique de la délinquance en col blanc* », ChampPénal/Penal Field, vol. X/2013, mis en ligne le 28 juillet 2013.

SPREUTELS Jean, « *Le rôle du dispositif anti-blanchiment dans la lutte contre le financement du terrorisme* », Revue de l'Union européenne, n° 587, avril 2015, p. 231.

SPROAT Peter Alan, « *An evaluation of the UK's anti-money laundering and asset recovery regime* », Crime Law Social Change (2007), p. 169-184.

SUDRE Frédéric, « *Le « droit au respect de ses biens » au sens de la convention européenne des droits de l'homme* », in « *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme* », Bruylant, 2005, p. 1.

TARRAGO André, « *La détection et la captation des avoirs criminels : un acte d'enquête à part entière !* », AJ Pénal, n°10, octobre 2020, p. 447.

TAUPIAC-NOUVEL Guillemine, « *La transposition de la décision d'enquête européenne par l'ordonnance du 1^{er} décembre 2016 : une surprise attendue ...* », Blog GDR-ELSJ.

TELL Olivier, « *Les dernières initiatives en matière de garanties procédurales* », L'observateur de Bruxelles, n° 96, avril 2014, p. 8.

THELLIER de PONCHEVILLE Blandine, « *Vers une application du principe de reconnaissance mutuelle en matière probatoire* », Revue de l'Union européenne, n°580, juillet-août 2014, p. 441.

THOLOZAN Yannick, « *L'identification des avoirs criminels* », Cahiers de la sécurité et de la justice, n°29, p. 55.

THONY Jean-François, « *Renversement, allègement ou contournement de la charge de la preuve ?* » in Mélanges en l'honneur de Reynald Ottenhof, « *Le champ pénal* », Dalloz, p. 269.

VAN de KERCHOVE Michel, « *Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie* », Informations sociale, 2005/7 (n°127).

A.E. VERVALELE John, « *Les sanctions de confiscation en droit pénal : un intrus issu du droit civil ? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais* », RSC 1, janvier-mars 1998.

VIGOUR Cécile, « *Managérialisation de la justice pénale et accélération des temps judiciaires* », Cahier de la sécurité et de la justice, n° 32, p. 56-66.

VITU André, Fasc. 20 : Participation à une association de malfaiteurs, J.-Cl. Pénal Code art. 450-1 à 450-5, 15 septembre 2015.

WEYEMBERGH Anne,

- « *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem : une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale* », ... p. 539.
- « *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne : mise en perspective* » in De KERVOCHE Gilles e WEYEMBERGH Anne (édité par), « *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne* », Ed. de l'Université de Bruxelles, coll. Et. Européennes, Bruxelles, 2001, p.25.

IV. Études, manuels et rapports

ARMADA Inés, BRIERE Cloé et WEYEMBERG Anne, « *The inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area* », Policy Department, Bruxelles, novembre 2014, 67 p.

BRUN Jean-Pierre, GRAY Larissa, SCOTT Clive et STEPHENSON Kevin M., « *Manuel de Recouvrement des Biens Mal Acquis. Un guide pour les Praticiens* », Stolen Asset Recovery Initiative, Washington, janvier 2013, 305 p.

CCFD-Terre Solidaire, « *Bien mal acquis. À qui profite le crime ?* », auteurs : DULIN Antoine et MERCKAERT Jean, juin 2009, 215 p.

CEART PROJECT, « *White Paper on Best Practices in Asset Recovery* », Ministerio del interior, Madrid, 277 p.

CEPEJ, “*L’exécution des décisions de justice en Europe*”, 139 p.

CIDAD, “*Analysis o systems for the collection of data on seized and forfeited assets of illicit origin in the member states of the OAS*”, 24 septembre 2014, 46 p.

COMMISSION EUROPÉENNE,

- Rapport de la Commission sur la base de l’article 6 de la décision-cadre du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime (2005/212/JAI), 17 décembre 2007, COM(2007) 805 final.
- Rapport de la Commission fondé sur l’article 14 de la décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l’exécution dans l’Union européenne des décisions de gel de biens ou d’éléments de preuve, le 22 décembre 2008, COM(2008) 885 final.
- Rapport, « *Assesing the effectiness of EU Member States’ practices in the identification, tracing, freezing and confiscation of criminal assets* », réalisé par MATRIX INSIGHT pour la Commission européenne, juin 2009, 189 p.
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l’article 22 de la décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l’application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, 23 août 2010, COM(2010) 428 final.
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l’article 8 de la décision 2007/845/JAI du Conseil du 6 décembre 2007 relative à la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États membres en matière de dépistage et d’identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime, le 12 avril 2011, COM(2011) 176 final.
- Rapport technique, “*Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets*”, réalisé par RAND EUROPE pour la Commission européenne, DG affaires intérieures, 2012, 273 p.
- Rapport, “*Study on the implementation of the European Information Exchange Model (eixm) for strengthening law enforcement cooperation*”, réalisé par Deloitte pour la Commission européenne, DG Migration et affaires intérieures, 26 janvier 2015, 108 p.
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée « *Recouvrement et confiscation d’avoirs : Garantir que le crime ne paie pas* », du 2.06.2020, COM(2020) 217 final.

CONSEIL de l'EUROPE,

- *“Organised crime situation report 2005. Focus on the threat of economic crime”*, étude réalisée dans le cadre Octopus Programme, décembre 2005, 149 p.
- *“Impact Study on Civil Forfeiture”*, 2013, 92 p.
- Rec(2001)11 du Comité des Ministres aux États membres concernant des principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé, adoptée par le Comité des Ministres, le 19 septembre 2001, lors de la 765e réunion des Délégués des Ministres.

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, Travaux de l'Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice, Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, Vienne, 12-16 mai 2014, Point 5 e) de l'ordre du jour : Intégration et coordination de l'action de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime et des États Membres dans le domaine de la prévention du crime et de la justice pénale : autres activités à l'appui des travaux de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, en particulier celles du réseau du programme des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale, des organisations non gouvernementales et autres instances (E/CN.15/2014/18).

DULIN Antoine et MERCKAERT Jean, *« Bien mal acquis. À qui profite le crime ? »*, CCFD-Terre solidaire, Paris, juin 2009, 215 p.

ECLAN, étude, *« Analyse de l'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne »*, , novembre 2008, 90 p.

EUROJUST,

- Rapport, *« Strategic Seminar towards greater cooperation in Freezing and Confiscation of the proceeds of crime : a practitioner's approach Eurojust »*, The Hague, 11 december 2014.
- Report on Eurojust's Experience in the field of Asset Recovery, including Freezing and Confiscation, juin 2015.

EUROPOL, étude *“Does crime still pay? Criminal asset recovery in the EU. Survey of statistical. Information 2010-2014”*, réalisée par Europol, 2016, 15 p.

G8 BEST PRACTICES for the administration of seized assets, G8 Lyon/Roma Group, Criminal Legal Affairs Subgroup, avril 2005.

GAFI,

- “*Operational Issues Financial Investigations Guidance*”, juin 2012, 39 p.
- “*Best Practices Paper on Confiscation (Recommendations 4 and 38) and a Framework for ongoing Work on Asset Recovery*”, octobre 2012, 11 p.
- « *Les 40 recommandations et IX recommandations spéciales* », révisées en février 2012.
- “*The role of Hawala and other similar service providers in money laundering and terrorist financing*”, Rapport, octobre 2013, 72 p.
- “*Emerging Terrorist Financing Risks*”, octobre 2015, 47 p.

GOLOBINEK Robert, “*Financial Investigations and Confiscation of Proceeds from Crime. Training Manual for Law Enforcement and Judiciary*”, CARDS Regional programme 2002/2003, Project: Development of Reliable and Functioning Policing Systems and Enhancing of Combating Main Criminal Activities and Police Co-operation (CARPO), Focus : Strengthening police capacities against serious crime in South-eastern Europe, 39 p.

GRAY Larissa, GRANT Wingate, GREENBERG Theodore S. et SAMUEL Linda M., « *Bien mal acquis. Un guide des bonnes pratiques en matière de confiscation d’actifs sans condamnation (CSC)* », ESKA, Paris, 2013, 270 p.

GREENBERG Théodore S., SAMUEL Linda M., GRANT Wingate et GRAY Larissa, « *Bien mal acquis. Un guide des bonnes pratiques en matière de confiscation d’actifs sans condamnation (CSC)* », StAR et Banque Mondiale, 2009, 270 p.

KOLAROV Todor, RUSEV Atanas et VETTORI Barbara, « *Disposal of Confiscated Assets in the EU Member States. Laws and Practices* », Center for the Study of Democracy, Sofia, 2014, 111 p.

LEVI Michael, INNES Martin, REUTER Peter et GUNDUR Rajeev V., « *The Economic, Financial et Social Impacts of organised Crime in the EU* », Policy Department, Bruxelles, septembre 2013, 82 p.

LIVRE BLANC sur le crime organisé transnational, 26 juin 2014.

OCDE,

- « *Identification et quantification des profits de la corruption* », une analyse OCDE-StAR, 2011, 78 p.
- « *Document de réflexion. Évaluation des mesures prises par l'OCDE en réaction aux flux financiers illicites* », avril 2013, 17 p. (DCD/DAC(2013)13).

PARLEMENT EUROPÉEN,

- Rapport sur l'initiative du Royaume du Danemark en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens du crime, ainsi que sur l'initiative du Royaume du Danemark en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de confiscation, Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures, rapporteur Guiseppe Di Lello Finuoli, 7 novembre 2002, A5-0383/2002.
- Étude, « *The need for new EU legislation allowing the assets confiscated from criminal organisations to be used for civil society and in particular for social puposes* », réalisée par Basel Institute on Governance pour le Parlement européen, la Commission Libertés Civiles, Justice et Affaires intérieures, février 2012, 97 p.
- Étude, « *Nébuleuse criminalo-terroriste en Europe : Corrélation entre groupes terroristes et crime organisé dans l'Union européenne* », demandée par le Parlement européen, Commission Libertés civiles, Justice et Affaires intérieures, octobre 2012, 73 p.
- Thematic paper on Money Laundering, “*Relationship between Money Laundering, Tax Evasion and Tax Havens*”, Parlement européen, Commission CRIM, auteur TAVARES Rui, janvier 2013.
- Étude, “*The Economic, Financial & Social Impacts of Organised Crime in the European Union*”, réalisée par LEVI Michael, INNES Martin, REUTER Peter et V. GUNDUR Rajeev pour le Parlement européen, Commission CRIM, septembre 2013, 82 p.
- WEYEMBERG Anne, ARMADA Inès et BRIÈRE Chloè, “*The inter-agency cooperation and future architecture of the EU crimal justice and law enforcement*

area”, réalisé à la demande du Parlement européen, Commission LIBE, novembre 2014, 67 p.

- Rapport sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux : recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre, le 26 septembre 2013 (2013/2107 (INI)).
- Working document on organised crime and corruption, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Rapporteur : FERRARA Laura, 17 novembre 2015.
- Rapport sur la lutte contre la corruption et le suivi de la résolution de la commission CRIM, 7 octobre 2016 (2015/2110(INI)).

PROJECT ICARO, “*Comparative analysis on the European policies, laws and regulations related to confiscation and re-use of criminal companies and assets*”, rédigé par MEMO Francesco, MELI Ilaria, 2016.

SERMET Laurent, « *La Convention européenne des Droits de l’Homme et le droit de propriété* », Conseil de l’Europe, Dossier sur les droits de l’homme, n° 11 rév., éd. révisée 1998, 68 p.

SLOT Brigitte, de SWART Linette, DELEANU Ioana, MERKUS Erik, LEVI Mickael et Kleemans, “*Needs assessment on tools and methods of financial investigation in the European Union*”, rapport réalisé par ECORYS pour *Wetenschappelijk Onderzoek-en Documentatiecentrum* et le Ministère de la Justice néerlandais, 118 p.

SPAPENS Toine, PETERS Maaike et VAN DAELE Dirk (éd.), “*Administrative Approches to Crime. Administrative measures based on regulatory legislation to prevent and tackle (serious and organized) crime. Legal possibilities and practical applications in 10 EU Member States*”, 2015, 577 p.

SURANO Laura et VERNIMMEN-VAN TIGGELEN Gisèle, « *Analyse de l’avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l’Union européenne* », novembre 2008, 90 p.

TRANSCRIME, “*From illegal markets to legitimate businesses: The portfolio of organized crime in Europe*”, Final report of Project Organised Crime Portfolio, 2015, 337 p.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL Bulgaria, Romania & Italy, “*Confiscation of criminal and illegal assets: European perspectives in combat against serious crime*”, Policy Paper, 129 p.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL France et SHERPA, « *Pour une restitution des avoirs volés aux populations victimes. Les enseignements de l’affaire des « Biens Mal Acquis »* », rapport 2014, 31 p.

UNODC,

- « *Guides législatifs pour l’application de la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s’y rapportant* », 2005, 546 p.
- « *Référentiel d’aide à la lutte contre la traite des personnes. Programme mondial contre la traite des êtres humains* », 2009, 558 p.
- “*Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*”, Research report, octobre 2011, 138 p.
- « *Manuel sur l’entraide judiciaire et l’extradition* », 2012, 108 p.
- “*Guide législatif pour l’application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*”, août 2012, 256 p.
- « *Manuel sur la coopération internationale aux fins de confiscation du produit du crime* », 2013, 119 p.
- Communication datée du 29 août 2012, adressée à l’Organisation des Nations Unies à Vienne par la Mission permanente de la Belgique pour prier l’Office des Nations Unies contre la drogue et le crime de faire figurer le document intitulé « *La standardisation des procédures de recouvrement des avoirs criminels issus de la corruption des anciens dictateurs* » parmi les documents de travail du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur le recouvrement des avoirs.
- “*The Italian experience in the management, use and disposal of frozen, seized and confiscated assets*”, Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, Eighth meeting, Vienna, 11-12 septembre 2014.
- Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets, Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery Vienna, 24 et 25 août 2017, Forum for discussions on capacity-building and technical assistance.

V. Communications de la Commission européenne

COMMUNICATION de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à certaines actions à entreprendre dans le domaine de la lutte contre le terrorisme et d'autres formes de criminalité, notamment en vue d'améliorer les échanges d'information.

COMMUNICATION de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la prévention et la lutte contre la criminalité organisée dans le secteur financier, 16 avril 2004, COM(2004) 262 final.

COMMUNICATION de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen sur la nécessité de développer une stratégie coordonnée en vue d'améliorer la lutte contre la fraude fiscale, COM(2006) 254 final.

COMMUNICATION de la Commission au Parlement européen et au Conseil - *Produits du crime organisé : garantir que « le crime ne paie pas »*, 20 novembre 2008, COM/2008/0766 final.

COMMUNICATION de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « *Présentation générale de la gestion de l'information dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice* », le 20 juillet 2010, COM(2010) 385 final.

COMMUNICATION de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « *La stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action : cinq étapes vers une Europe plus sûre* », 22 novembre 2010, COM(2010) 673 final.

COMMUNICATION de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, « *La lutte contre la corruption dans l'Union européenne* », le 6 juin 2011, COM(2011) 308 final.

COMMUNICATION de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives – « *Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables* », COM(2011) 293 final.

COMMUNICATION de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « *Renforcer la coopération dans le domaine de la répression au sein de l'UE : le modèle européen d'échange d'informations (EIXM)* », le 7 décembre 2012, COM(2012) 735 final.

COMMUNICATION de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social des régions, « *Création d'un programme européen de formation des services répressifs* », le 27 mars 2013, COM(2013) 172 final.

COMMUNICATION de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « *Mieux protéger les intérêts financiers de l'Union : instituer le Parquet européen et réformer Eurojust* », COM(2013) 532 final.

COMMUNICATION de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « *L'agenda de l'UE en matière de justice pour 2020 – Améliorer la confiance, la mobilité et la croissance au sein de l'Union* », le 11 mars 2014, COM(2014) 144 final.

COMMUNICATION de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la transparence fiscale pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, le 18 mars 2015, COM(2015) 136 final.

COMMUNICATION de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « *Le programme européen en matière de sécurité* », 28 avril 2015, COM(2015) 185 final.

COMMUNICATION de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, « *Accroître la sécurité dans un monde de mobilité : améliorer l'échange d'informations dans la lutte contre le terrorisme et renforcer les frontières extérieures* », le 14 septembre 2016, COM(2016) 602 final.

VI. Résolutions du Parlement européen

RÉSOLUTION du Parlement européen du 25 octobre 2011 sur la criminalité organisée dans l'Union européenne (2010/2309(INI)).

RÉSOLUTION COMMUNE (proposition) sur le recouvrement des avoirs par les pays du printemps arabe en transition, 20 mai 2013 (2013/2612(RSP)).

RÉSOLUTION du Parlement européen du 21 mai 2013 sur la lutte contre la fraude fiscale, l'évasion fiscale et les paradis fiscaux (2013/2060(INI)).

RÉSOLUTION du Parlement européen du 11 juin 2013 sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux : recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre (2012/2117(INI)).

RÉSOLUTION du Parlement européen du 23 octobre 2013 sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux : recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre (rapport final)(2013/2107(INI)).

RÉSOLUTION du Parlement européen du 10 octobre 2013 sur le renforcement de la coopération transfrontalière en matière répressive dans l'Union : mise en œuvre de la « décision Prüm » et du modèle européen d'échange d'informations (2016/C 181/12).

VII. Législations

A. Conventions internationales

CONVENTION adoptée par la Conférence des Nations Unies pour l'Adoption d'une Convention contre le Trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes à sa sixième réunion plénière, tenue à Vienne du 25 novembre au 20 décembre 1988.

CONVENTION adoptée par la résolution 55/25 de l'Assemblée générale pour l'adoption de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000.

CONVENTION adoptée par la résolution 58/4 de l'Assemblée générale pour l'adoption de la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003.

CONVENTION du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et du financement du terrorisme n°198, Varsovie, 16 mai 2005.

B. Résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU

RÉSOLUTION A/RES/55/25 adoptée par l'Assemblée générale le 15 novembre 2000, « *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* ».

RÉSOLUTION A/RES/55/188 adoptée par l'Assemblée générale le 20 décembre 2000, « *Prévention et lutte contre la corruption et le transfert des fonds dans le pays d'origine* ».

RÉSOLUTION A/RES/68/195 adoptée par l'Assemblée générale le 18 décembre 2013 (sur la base d'un rapport rédigé par la Troisième Commission, « *Prévention du crime et justice pénale : la restitution des avoirs usurpés par des régimes déchus au centre du débat* », 11 octobre 2012, (AG/SHC/4039)), « *Action préventive et lutte contre la corruption et le transfert du produit de la corruption, facilitation du recouvrement des avoirs et restitution de ces avoirs à leurs propriétaires légitimes, notamment aux pays d'origine, conformément à la Convention des Nations Unies contre la corruption* ».

C. Actes législatifs européens

ACTE du Conseil du 26 juillet 1995 établissant la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes [JOCE C 316, 27.11.95, p. 48-57].

ACTE du Conseil du 27 septembre 1996 établissant un protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes [JOCE C 313, 23.10.96, p. 1-9].

ACTE du Conseil du 19 juin 1997 établissant le deuxième protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes [JOCE C 221, 19.7.97, p. 11-19].

RÉSOLUTION du Conseil du 21 décembre 1998 relative à la prévention de la criminalité organisée en vue de l'établissement d'une stratégie globale de lutte contre cette criminalité [JOCE C 408, 29.12.1998, p. 1-4].

ACTE du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne [JOCE C 197, 12.7.2000, p. 1-23].

PROGRAMME de Stockholm, « *Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens* », [JOCE C 115, 4.5.2010, p. 1-37].

RÉSOLUTION du Conseil du 10 juin 2011 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits et la protection des victimes, en particulier dans le cadre des procédures pénales (2011/C 187/01).

PROJET de CONCLUSION du Conseil sur la stratégie de sécurité intérieure renouvelée pour l'Union européenne 2015-2020.

PROJET de CONCLUSION du Conseil et plan d'action sur la voie à suivre en matière d'enquêtes financières, le 12 mai 2016 (6915/2/16 REV 2).

DÉCISION-CADRE 2001/413/JAI du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces [JOCE L 149, 2.6.2001, p. 1-4].

DÉCISION 2000/642/JAI du Conseil du 17 octobre 2000 relative aux modalités de coopération entre les cellules de renseignement financier des États membres en ce qui concerne l'échange d'informations [JO L 271, 24. 10. 2000, p. 4-6].

DÉCISION 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité [*JOCE* L 63, 6.3.2002, p. 1-13].

DÉCISION-CADRE 2002/465/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête [*JOUE* L 162, 20.06.2002, p. 3-23].

DÉCISION-CADRE 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme [*JOUE* L 164, 22.06.2002, p. 1-3].

DÉCISION-CADRE 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé [*JOUE* L 192, 31.7.2003, p. 54-56].

DIRECTIVE 2004/80/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'information des victimes de la criminalité [*JOUE* L 261, 6.8.2004, p. 15-18].

DÉCISION-CADRE 2005/212/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime [*JOUE* L 68, 15.03.2005, p. 49-51].

DÉCISION-CADRE 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation [*JOUE* L 328, 24.11.2006, p. 59-78].

RÈGLEMENT (CE) n° 1848/2006 de la Commission du 14 décembre 2006 concernant les irrégularités et la récupération des sommes indûment versées dans le cadre du financement de la politique agricole commune, ainsi que l'organisation d'un système d'information dans ce domaine, et abrogeant le règlement (CEE) n° 595/91 du Conseil [*JOUE* L 355, 15.12.2006, p. 56-62].

DÉCISION-CADRE 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne [*JOUE* L 386, 29-12-2009, p. 89-100].

DÉCISION 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) [*JOUE* L 205, 7.8.2007, p. 63-84].

DÉCISION 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière [*JOUE* L 210, 6.8.2010, p. 1-11].

DÉCISION-CADRE 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée [*JOUE* L 300, 11.11.2008, p. 42-45].

DÉCISION-CADRE 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme [*JOUE* L 138, 4.6.2009, p. 14-32].

DÉCISION 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité [*JOUE* L 330, 9.12.2008, p. 21-23].

DÉCISION-CADRE 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédure pénale [*JOUE* L 350, 30.12.2008, p. 72-92].

DÉCISION-CADRE 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès [*JOUE* L 81, 27.03.2009, p. 24-36].

DÉCISION-CADRE 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre de procédure pénale [*JOUE* L 328, 15.12.2009, p. 42-47].

DIRECTIVE 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures [JOUE L 84, 31.3.2010, p. 1-12].

DIRECTIVE 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil [JOUE L 101, 14.04.2011, p. 1-8].

DÉCISION de la Commission du 28 septembre 2011 portant création du groupe d'experts sur la corruption [JOUE L 286, 30.9.2011, p. 4-10].

DIRECTIVE 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil [JOUE L 315, 14.11.2012, p. 57-73].

RÈGLEMENT (UE, EURATOM) n° 883/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 septembre 2013 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) et abrogeant le règlement (CE) n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil et le règlement (Euratom) n° 1074/1999 du Conseil [JOUE L 248, 18.9.2013, p. 1-22].

DIRECTIVE 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale [JOUE L 130, 1.05.2014, p. 1-36].

DIRECTIVE 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne [JOUE L 127, 29. 04.2014, p. 39-50].

DIRECTIVE 2014/60/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre et modifiant le règlement (UE) n°1024/2012 (refonte) [JOUE L 159, 28.5.2014, p. 1-10].

DIRECTIVE (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du

financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission [*JOUE* L 141, 5.6.2015, p. 73-117].

RÈGLEMENT (UE) 2015/847 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 sur les informations accompagnant les transferts de fonds et abrogeant le règlement (CE) n° 1781/2006 [*JOUE* L 141, 5.6.2015, p. 1-18].

DIRECTIVE (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales [*JOUE* L 65, 11.3. 2016, p. 1-11].

DIRECTIVE (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil [*JOUE* L 119, 4.5.2016, p. 89-131].

DIRECTIVE (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière [*JOUE* L 119, 4.5.2016, p. 132-].

RÈGLEMENT (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) [*JOUE* L 119, 4.5.2016, p. 1-88].

RÈGLEMENT (UE) 2016/794 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) et remplaçant et abrogeant les décisions du Conseil 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI et 2009/968/JAI [*JOUE* L 135, 24.05.2016, p. 53-114].

DIRECTIVE (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre de procédure pénale [*JOUE* L 132, 21.5.2016, p. 1-20].

DIRECTIVE (UE) 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen [*JOUE* L 297, 4.11.2016, p. 1-8].

RÈGLEMENT (UE) 2018/1805 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation [*JOUE* L 303, 28.11.2018, p. 1–38].

DIRECTIVE (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal [*JOUE* L 284, 12.11.2018, p. 22–30].

VIII. Jurisprudence

A. CEDH

CEDH, 16 septembre 2021, *Zlatimir Djordjevic c. France*, n° 15572/17.

CEDH, 20 juillet 2021, *Stoyan Nikolov c. Bulgarie*, n° 68504/11.

CEDH, 16 avril 2019, *Bokova c/ Russie*, n° 27879/13.

CEDH, 28 juin 2018, *G.I.E.M. S.R.L. et autres c. Italie*, n° 1828/06, 34163/07 et 19029/11.

CEDH, 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. C. Suisse*, n° 5809/08.

CEDH, 12 mai 2015, *Goguitidzé et autres c. Géorgie*, requête n° 36862/05.

CEDH, 15 janvier 2015, *Veits c. Estonie*, requête n° 12951/11.

CEDH, 15 janvier 2015, *Rummi c. Estonie*, requête n° 63362/09.

CEDH, 27 novembre 2014, *Aboufadda c. France*, requête n° 28457/10.

CEDH, 24 mars 2014, *Varvara c. Italie*, requête n° 17475/09.

CEDH, 10 avril 2012, *Silickiene c. Lituanie*, requête n° 20496/02.

CEDH, 30 juin 2011, *Klouvi c. France*, requête n° 30754/03.

CEDH, 5 janvier 2010, *Bongiorno et autres c. Italie*, requête n° 4514/07.

CEDH, 9 juillet 2009, *Moon c. France*, requête n° 39973/03.
CEDH, 26 février 2009, *Grifhorst c. France*, requête n° 28336/02.
CEDH, 20 janvier 2009, *Sud Fondi SRL et autres c. Italie*, requête n° 75909/01.
CEDH, 13 novembre 2007, *Bocellari et Rizza c. Italie*, requête n° 399/02.
CEDH, 1^{er} mars 2007, *Geerings c. Pays-Bas*, requête n° 30810/03.
CEDH, 1^{er} juin 2004, *Van Offeren c. Pays-Bas*, requête n° 19581/04.
CEDH, 10 avril 2003, *Yildirim c. Italie*, requête n° 38602/02.
CEDH, 26 juin 2002, *Butler c. Royaume-Uni*, requête n° 41661/98.
CEDH, 5 juillet 2001, *Phillips c. Royaume-Uni*, requête n° 41087/98.
CEDH, 26 juin 2001, *C.M c. France*, requête n° 28078/95.
CEDH, 12 janvier 1999, *Arcuri et autres c. Italie*, requête n° 52024/99.
CEDH, 5 mai 1995, *Air Canada c. Royaume-Uni*, requête n° 9/1994/456/537.
CEDH, 22 février 1994, *Raimondo c. Italie*, requête n° 12954/87.
CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c. France*, requête n° 10519/83.
CEDH, 24 octobre 1986, *Agosi c. Royaume-Uni*, requête n° 9118/80.

B. CJUE

CJUE, 21 octobre 2021, *Okrazhna prokuratura – Varna*, aff. jointes C-845/19 et C-863/19.
CJUE, 14 janvier 2021, *Okrazhna prokuratura - Haskovo et Apelativna prokuratura - Plovdiv/OM*, C-393/19.
CJUE, 19 mars 2020, « *AGRO In 2001* », aff. C-234/18, : JurisData n° 2020-004975.
CJUE, 11 janvier 2017, *Procédure pénale contre Josef Grundza*, C 289/15.
CJUE, 10 novembre 2016, *Poltorak*, aff. C-452/16, PPU.
CJUE, 10 novembre 2016, *Kovalkovas*, aff. C-452/16, PPU.
CJUE, arrêts du 21 septembre 2005, *Yusuf et Al Barakaat Foundation/Conseil*, T-306/01 et *Kadi/Conseil et Commission*, T-315/01.

C. Cour de cassation

Veille jurisprudentielle faite à partir du site daloz-actualite.fr

Crim., 15 septembre 2021, n° de pourvoi 20-85840. (*Détournement d'un immeuble confisqué : application de la loi dans l'espace et appréciation de l'élément intentionnel*).

Crim., 9 juin 2021, n° de pourvoi 14-82945 et 19-86972. (*Rappels concernant la mise en examen et la motivation de la peine de confiscation*).

Crim., 8 avril 2021, n° de pourvoi 20-85474, (*Nullité de la saisie pénale ordonnée après la clôture de l'enquête*).

Crim., 10 mars 2021, n° de pourvoi 20-84117. (*Saisie pénale d'un bien immobilier appartenant à un tiers et contrôle de proportionnalité*).

Crim., 20 janvier 2021, n° de pourvoi 10-81118. (*Refus de restitution de l'instrument de l'infraction : exigence de motivation*).

Crim., 16 décembre 2020, n° de pourvoi 19-87622. (*La Cour d'assises doit préciser ce qu'elle confisque et à quel titre elle le confisque*).

Crim., 21 octobre 2020, n° de pourvoi 19-87071. (*Utilisation d'un trust à des fins de blanchiment et demande de restitution par le propriétaire réel*).

Crim., 9 septembre 2020, n° de pourvoi 18-84619. (*Confiscation d'un bien commun : dévolution pour le tout et droit à récompense*).

Crim., 24 juin 2020, n° de pourvoi 19-85074. (*Précisions sur la motivation de la nécessité et de la proportionnalité de la peine de confiscation*).

Crim., 24 juin 2020, n° de pourvoi 19-85874. (*Saisie pénale spéciale : précisions sur le contrôle de la proportionnalité de la mesure au regard du droit de propriété*).

Crim., 24 juin 2020, n° de pourvoi 19-84631. (*Saisies spéciales de sommes d'argent : accès au dossier et exigence d'indices*).

Crim., 18 mars 2020, n° de pourvoi 19-82978. (*Refus de restitution d'un bien saisi : étendue du contrôle de proportionnalité*).

Crim., 4 mars 2020, n° de pourvoi 19-81818. (*Saisies spéciales : précisions sur le contrôle de proportionnalité*).

Crim., 4 mars 2020, n° de pourvoi 19-81371. (*Mise en examen annulée et maintien d'une saisie spéciale*).

Crim., 26 février 2020, n° de pourvoi 19-82425. (*Détermination du terme du délai de présentation de la demande de restitution d'objets placés sous-main de justice*).

Crim., 22 janvier 2020, n° de pourvoi 19-80122. (*Cour d'assises statuant en appel : des précisions sur la réparation du préjudice de la partie civile*).

Crim., 15 janvier 2020, n° de pourvoi 19-80891. (*Saisie pénale immobilière : appréciation de la restriction apportée à la mise à disposition des pièces*).

Crim., 4 décembre 2019, n° de pourvoi 19-82683. (*Garantie de la peine complémentaire de confiscation : possibilité de saisir en valeur un bien constituant l'instrument de l'infraction*).

Crim., 20 novembre 2019, n° de pourvoi 18-86781 et 18-82066. (*Saisie de sommes figurant sur un compte bancaire : rappels procéduraux*).

Crim., 6 novembre 2019, n° de pourvoi 19-82683. (*Garantie de la peine complémentaire de confiscation : possibilité de saisir en valeur un bien constituant l'instrument de l'infraction*).

Crim., 23 octobre 2019, n° de pourvoi 18-85820. (*Restitutions durant l'instruction : à quelles conditions ?*).

Crim., 23 octobre 2019, n° de pourvoi 18-87097. (*Saisie d'un immeuble d'habitation et droit à un procès équitable : bis repetita placent*).

Crim., 7 août 2019, n° de pourvoi 18-87174. (*Saisies pénales : n'est pas « spéciale » qui veut*).

Crim., 12 juin 2019, n° de pourvoi 18-83396. (*Cumul du recel et du blanchiment et motivation de la peine de confiscation*).

Crim., 21 mai 2019, n° de pourvoi 18-84004. (*Sort du bien saisi de la personne déclarée irresponsable : contrôle de proportionnalité*).

Crim., 30 janvier 2019, n° de pourvoi 18-644. (*Saisie pénale du produit de l'infraction et respect du droit à un procès équitable*).

Crim., 16 janvier 2019, n° de pourvoi 17-83006. (*Saisie d'une maison appartenant à une SCI : condition de la contestation*).

Crim., 5 décembre 2018, n° de pourvoi 17-86695. (*Exécution en France d'une confiscation prononcée à l'étranger : application dans le temps*).

Crim., 21 novembre 2018, n° de pourvoi 17-80089. (*Devenir du bien saisi en cas de décès du suspect en cours d'instance*).

Crim., 24 octobre 2018, n° de pourvoi 18-80834. (*Saisie en valeur d'un bien lors d'agissements commis à plusieurs*).

Crim., 7 novembre 2018, n° de pourvoi 17-87424. (*Confiscation, bien produit de l'infraction et droits du propriétaire de bonne foi*).

Crim., 27 juin 2018, n° de pourvoi 17-87424. (*Non transmission de la QPC relative au refus de restitution d'un bien constituant le produit direct ou indirect d'une infraction*).

Crim., 27 juin 2018, n° de pourvoi 16-87009. (*Précisions sur la motivation de la peine de confiscation*).

Crim., 27 juin 2018, n° de pourvoi 17-85101. (*Entraide pénale : saisie du produit d'une infraction en vue de sa confiscation à l'étranger*).

Crim., 27 juin 2018, n° de pourvoi 17-84280. (*Saisie d'un bien constituant le produit indirect et partiel de l'infraction : exigence de proportionnalité*).

Crim., 3 mai 2018, n° de pourvoi 17-82098. (*Confiscation du produit de l'infraction : pas d'exigence de proportionnalité*).

Crim., 28 février 2018, n° de pourvoi 17-81577. (*Refus de restitution par le juge d'instruction d'un bien constituant le produit de l'infraction*).

Crim., 31 janvier 2018, n° de pourvoi 17-81408. (*Requête en contestation d'une ordonnance de remise de biens à l'AGRASC*).

Crim., 8 novembre 2017, n° de pourvoi 17-82632. (*Précisions sur la saisie pénale d'une créance détenue par une société immobilière*).

Crim., 31 octobre 2017, n° de pourvoi 17-80872. (*Destruction de produits stupéfiants saisis par un OPJ seul : une nullité d'ordre public*).

Crim., 11 octobre 2017, n° de pourvoi 17-82132. (*Demande de restitution et aliénation d'un bien saisi au cours de l'instruction*).

Crim., 7 juin 2017, n° de pourvoi 16-86898. (*Saisie pénale de somme d'argent : délai d'intervention du juge pour son maintien*).

Crim., 31 mai 2017, n° de pourvoi 16-86872. (*Saisie pénale d'un bien démembré : possibilité de saisir l'ensemble du bien*).

Crim., 22 mars 2017, n° de pourvoi 16-82051. (*Confiscation générale d'un bien partiellement financé par des fonds d'origine licite*).

Crim., 8 mars 2017, n° de pourvoi 15-87422. (*Obligation de motivation de la peine de confiscation générale de patrimoine*).

Crim., 15 mars 2017, n° de pourvoi 16-80801. (*Saisie et confiscations : saisie spéciale d'un bien immeuble indivis au stade de l'instruction*).

Crim., 22 février 2017, n° de pourvoi 16-86547. (*Instruction : demande de restitution d'un bien saisi antérieurement remis à l'AGRASC*).

Crim., 22 février 2017, n° de pourvoi 16-83257. (*Application dans le temps des saisies pénales spéciales*).

Crim., 7 décembre 2016, n° de pourvoi n° 16-80879 et 15-85136. (*Proportionnalité de la confiscation : pertinence du rapport entre bien confisqué et infraction commise*).

Crim., 7 décembre 2016, n° de pourvoi 12-81707. (*Quelques précisions sur le délit de non-justification de ressources*).

Crim., 7 décembre 2016, n° de pourvoi 15-86897. (*Confiscation d'un bien partiellement acquis grâce au produit de l'infraction*).

Civ., 2^e, 20 octobre 2016, n° de pourvoi 15-22789. (*Demande à l'AGRASC : absence de nécessité d'une saisie préalable et vaine de la CIVI et du SARVI*).

Crim., 17 février 2016, n° de pourvoi 14-87845. (*Appel d'une décision de saisie pénale : pas de substitution de motifs sans respect du contradictoire*)

Cass. civ, 2^e, 18 février 2016, n° de pourvoi 14-24321. (*Conflit de saisies : la saisie pénale l'emporte*).

Crim., 26 janvier 2016, n° de pourvoi 14-86030, bull. crim. 2016, n° 19. Cassation. (*Confiscation vaut refus de restitution*).

Crim., 20 mai 2015, n° de pourvoi 15-82469, bull. crim. 2015, n° 120.

Crim., 20 mai 2015, n° de pourvoi 14-81147, bull. crim. 2015 n° 122. Cassation. (*Demande de restitution de biens confisqués par une association défendant les intérêts de ses membres*).

Com., 16 décembre 2014, n° de pourvoi 13-24943, bull. 2014, IV, n° 194. Rejet. (*Sur la preuve de l'obligation de restitution du bien à son prétendu propriétaire/vente de bien meuble saisi : droit au recours effectif*).

Crim., 6 mai 2014, n° de pourvoi 13-83203, bull. crim. 2014, n° 123. Cassation. (*Obligation de statuer sur une requête en restitution d'un bien placé sous-main de justice*).

Crim., 5 mars 2014, n° de pourvoi 12-80799, non publié au bulletin.

Crim., 8 janvier 2014, n° de pourvoi 12-88072, bull. crim. 2014, n° 4. Rejet. (*Confiscation : droit des tiers propriétaires des biens confisqués*).

Crim., 13 mars 2012, n° de pourvoi 11-85331, bull. crim. 2008, n° 95. Rejet. (*Point de départ du délai de forclusion de l'action en restitution de biens saisis*).

Crim., 15 février 2011, n° de pourvoi 10-90124, bull. crim. 2011, n° 22. Irrecevabilité. (*Non-restitution des biens saisis : pas de renvoi de la QPC*).

Crim., 18 novembre 2009, n° de pourvoi 09-81710, non publié au bulletin.

Crim., 27 mars 2008, n° de pourvoi 07-84550, non publié au bulletin.

Crim., 24 mai 2006, n° de pourvoi 05-86745, non publié au bulletin.

Crim., 13 novembre 2003, n° de pourvoi 03-80371, bull.

Crim., 22 janvier 2003, n° de pourvoi 02-83610, non publié au bulletin.

Crim., 5 décembre 2001, n° de pourvoi 00-87546, non publié au bulletin.

Crim., 26 septembre 2001, n° de pourvoi 01-82197, non publié au bulletin.

D. Conseil Constitutionnel français

Décision n° 2021-932 QPC, 23 septembre 2021. (*Droits des propriétaires tiers à la procédure de confiscation : une inconstitutionnalité prévisible*).

Décision n° 2021-899 QPC, 23 avril 2021. (*Droits des propriétaires tiers à la procédure de confiscation de patrimoine en matière de proxénétisme et de traite des êtres humains*).

Décision n° 2014-406 QPC, 9 juillet 2014. (*Restitution des objets saisis : constitutionnalité sous réserve de la procédure*).

Décision n° 2014-390 QPC, 11 avril 2014. (*Restitution d'objets saisis (art. 41-4 c. pr. pén.) : inconstitutionnalité de la procédure*).

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres et les nombres renvoient aux pages de la thèse.

A

Administrateur · 221, 322, 327, 330, 332, 333, 337, 341, 342, 344, 369

Analyse d'impact · 286, 287, 288, 408

Autorité centrale · 156, 273, 404

Autorité compétente · 16, 20, 132, 157, 158, 160, 161, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 178, 184, 200, 203, 204, 220, 265, 284, 293, 295, 334, 366, 369, 376

Autorité judiciaire · 12, 29, 69, 91, 115, 142, 155, 156, 171, 174, 177, 178, 180, 181, 200, 202, 203, 204, 221, 224, 263, 265, 271, 277, 319, 330, 333, 337, 342, 344, 346, 378, 389, 391, 401

Autorité répressive · 240, 241

Avantage économique · 17, 18, 23, 27, 29, 62, 64, 69, 70, 73, 77, 118, 181, 244, 245, 246, 297, 386, 399

B

Bénéfice · 22, 39, 168, 209, 245, 246, 248, 288, 328, 347, 377, 408

Bénéficiaire effectif · 98, 299, 304, 421

BGA · 7, 314, 317, 318, 319, 325, 326, 328, 329, 331, 332, 340, 342, 344, 347, 361, 405

Bien · 12, 20, 22, 25, 39, 44, 48, 54, 56, 58, 63, 66, 75, 77, 81, 82, 83, 86, 87, 88, 91, 93, 95, 97, 98, 100, 103, 109, 115, 117, 123, 125, 126, 129, 134, 136, 139, 142, 146, 148, 154, 155, 157, 159, 167, 169, 170, 171, 172, 173, 175, 179, 180, 181, 182, 187, 188, 189, 191, 194, 198, 199, 202, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 217, 218, 220, 222, 223, 224, 229,

243, 244, 245, 247, 250, 264, 265, 270, 274, 280, 295, 297, 298, 306, 308, 317, 319, 326, 327, 328, 329, 330, 332, 335, 338, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 348, 355, 358, 360, 361, 363, 366, 369, 370, 371, 374, 380, 381, 382, 386, 387, 389, 392, 393, 395, 399, 401, 402, 404, 407, 422, 452, 453, 454, 455

Blanchiment · 31, 70, 71, 246, 250, 282, 415, 419, 424, 428

BRA · 7, 44, 47, 175, 182, 235, 236, 237, 240, 241, 242, 243, 256, 257, 258, 262, 269, 271, 275, 277, 278, 279, 284, 286, 289, 291, 292, 293, 297, 298, 302, 310, 311, 320, 323, 328, 331, 404

C

CARIN · 243

Cellules de renseignement financier · 26, 175, 243, 257, 258, 298, 445

Charge de la preuve · 28, 32, 54, 79, 97, 125

Civile · 7, 20, 37, 47, 48, 49, 50, 54, 56, 58, 85, 94, 101, 103, 109, 114, 116, 122, 123, 124, 125, 129, 133, 134, 135, 136, 138, 140, 141, 142, 145, 152, 154, 155, 163, 165, 176, 202, 208, 209, 212, 221, 314, 331, 350, 353, 358, 367, 427, 462

Confiscation · 7, 10, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 101, 103, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 123, 124, 125, 128, 129, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 145, 147, 148, 150, 152, 153,

154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 181, 182, 183, 185, 186, 187, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 198, 199, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 213, 217, 218, 219, 220, 222, 223, 224, 226, 229, 231, 232, 236, 237, 241, 245, 246, 247, 250, 256, 257, 258, 270, 271, 273, 274, 277, 278, 279, 280, 282, 283, 285, 286, 287, 288, 289, 291, 293, 294, 298, 303, 304, 306, 307, 310, 311, 313, 314, 317, 318, 319, 320, 322, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 337, 341, 342, 343, 346, 348, 350, 351, 353, 355, 356, 358, 359, 361, 363, 364, 365, 366, 368, 369, 370, 371, 374, 375, 376, 377, 378, 380, 381, 382, 383, 385, 386, 387, 388, 389, 392, 393, 395, 396, 398, 399, 401, 402, 404, 406, 407, 408, 409, 411, 413, 414, 416, 418, 419, 420, 421, 423, 424, 425, 427, 432, 434, 435, 437, 438, 439, 440, 444, 446, 448, 450, 452, 453, 454, 460, 461, 462, 463, 465, 466

Coopération judiciaire · 14, 15, 16, 20, 22, 24, 26, 30, 34, 35, 49, 50, 53, 56, 73, 110, 118, 119, 122, 132, 133, 139, 141, 148, 150, 152, 153, 166, 177, 205, 212, 213, 228, 232, 235, 239, 263, 270, 273, 308, 310, 315, 319, 362, 363, 366, 370, 376, 377, 380, 401, 402, 405, 417, 460, 462, 464, 466

Corruption · 12, 13, 18, 24, 36, 42, 67, 70, 71, 79, 108, 111, 113, 124, 129, 133, 136, 170, 177, 247, 248, 249, 250, 256, 293, 307, 352, 353, 368, 378, 383, 396, 406, 414, 416, 417, 423, 429, 438, 439, 440, 441, 443, 444, 446, 448

Cour de justice de l'Union européenne · 7, 134, 155, 156, 181, 190, 194, 425, 463

Cour européenne des droits de l'Homme · 7, 125

Criminalité organisée · 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 32, 34, 35, 39, 41, 42, 43, 48, 49, 54, 61, 67, 68, 72, 80, 112, 113, 170, 245, 251, 253, 256, 268, 274, 281, 287, 293, 303, 322, 357, 372, 374, 421, 427,

428, 430, 431, 432, 439, 441, 443, 445, 447, 460

D

Décision d'enquête européenne en matière pénale · 172, 173, 262, 263, 264, 266, 343, 344, 420, 448, 464

E

Échange d'informations · 29, 182, 183, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 259, 261, 262, 263, 270, 272, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 331, 404, 442, 443, 464

Élargie · 32, 46, 48, 52, 59, 60, 61, 62, 64, 66, 68, 70, 71, 73, 74, 75, 77, 79, 84, 85, 86, 89, 112, 119, 136, 160, 163, 166, 168, 174, 176, 181, 226, 248, 288, 306, 386, 399, 407, 460, 461

Enquête · 7, 19, 25, 28, 89, 109, 136, 148, 160, 172, 173, 179, 184, 200, 201, 203, 204, 237, 241, 243, 247, 256, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 274, 275, 297, 298, 301, 302, 303, 305, 306, 308, 309, 310, 311, 319, 326, 328, 329, 333, 334, 337, 343, 344, 347, 379, 394, 395, 405, 407, 420, 431, 433, 446, 448, 464, 465

Europol · 38, 42, 44, 49, 243, 262, 269, 271, 272, 278, 280, 281, 282, 284, 285, 291, 292, 293, 294, 296, 309, 405, 410, 436, 449

G

Garanties · 10, 93, 99, 100, 102, 111, 117, 124, 125, 145, 148, 151, 155, 168, 186, 188, 189, 198, 199, 200, 203, 204, 207, 208, 294, 324, 334, 345, 347, 433, 450, 463

Gel · 10, 12, 20, 22, 24, 26, 29, 31, 32, 34, 35, 36, 42, 46, 49, 50, 52, 53, 56, 59, 61, 67, 70, 72, 90, 95, 101, 111, 113, 116, 117, 130, 133, 134, 135, 139, 140, 141, 145, 147, 148, 150, 152, 153, 154, 157, 165, 167, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 180, 182, 183, 185, 186, 188, 189, 191, 192, 196, 197,

198, 199, 201, 202, 204, 205, 206, 208, 209, 213, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 229, 237, 242, 246, 250, 262, 270, 277, 280, 282, 284, 285, 286, 287, 288, 293, 298, 307, 311, 317, 319, 320, 322, 324, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 335, 337, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 348, 353, 359, 361, 363, 364, 365, 366, 367, 369, 374, 377, 381, 382, 383, 389, 390, 393, 394, 395, 396, 401, 402, 404, 407, 408, 409, 416, 420, 427, 435, 448, 450, 463

Gestion · 7, 8, 25, 26, 27, 28, 34, 46, 131, 179, 182, 189, 214, 233, 239, 256, 262, 279, 284, 295, 298, 311, 313, 314, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 326, 327, 329, 330, 331, 332, 335, 337, 340, 341, 342, 344, 346, 348, 350, 351, 352, 358, 359, 361, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 371, 378, 379, 382, 389, 392, 399, 401, 402, 404, 408, 409, 413, 422, 441, 465, 466

I

Identification · 8, 25, 31, 34, 35, 37, 38, 46, 56, 67, 70, 72, 165, 175, 183, 214, 229, 235, 237, 239, 241, 242, 247, 256, 257, 258, 266, 268, 270, 271, 274, 277, 278, 279, 280, 283, 286, 289, 292, 294, 295, 297, 298, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 308, 310, 314, 320, 322, 326, 329, 342, 349, 358, 376, 383, 385, 389, 396, 407, 421, 432, 433, 435, 464, 465

Indemnisation · 24, 47, 100, 179, 194, 212, 218, 219, 220, 221, 321, 352, 355, 359, 365, 367, 381, 463

Infraction · 13, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 26, 27, 29, 31, 36, 39, 44, 46, 47, 48, 53, 56, 57, 58, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 68, 70, 71, 73, 75, 77, 79, 83, 84, 85, 87, 90, 92, 93, 97, 99, 103, 106, 111, 114, 116, 118, 119, 124, 125, 126, 131, 133, 134, 135, 137, 138, 140, 143, 144, 145, 146, 154, 158, 165, 166, 167, 172, 176, 178, 181, 198, 201, 205, 211, 212, 218, 219, 220, 226, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 253, 259, 263, 265, 268, 274, 280, 297, 298, 304, 306, 308, 319, 333, 343, 350, 353, 355, 368, 371, 374, 377, 378, 379, 382, 383, 385, 386, 388, 393, 395, 396, 398, 399, 401, 406, 407, 419, 432, 452, 453, 454, 462, 463

Instrument · 12, 14, 23, 26, 32, 35, 54, 64, 65, 71, 72, 88, 103, 109, 110, 112, 115, 119, 120, 132, 140, 148, 150, 152, 153, 156, 164, 166, 167, 181, 198, 238, 250, 263, 264, 268, 294, 297, 299, 304, 382, 401, 420, 422, 452, 460

L

Libre disposition · 75, 92, 97, 98, 229, 304, 341, 344

N

Nouvelle Gestion Publique · 279, 408

P

Partage · 24, 29, 81, 115, 224, 262, 363, 366, 370, 371, 374, 375, 377, 378, 379, 381, 388, 395, 466

Patrimoine · 22, 29, 40, 52, 73, 74, 75, 83, 98, 109, 143, 172, 192, 202, 207, 210, 218, 221, 222, 224, 245, 246, 248, 250, 271, 304, 322, 323, 326, 343, 375, 381, 382, 389, 393, 394, 407, 413, 421, 427, 454

Peine · 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 28, 31, 46, 48, 57, 58, 62, 63, 67, 71, 103, 107, 113, 116, 119, 120, 122, 134, 137, 139, 154, 157, 159, 162, 165, 167, 177, 191, 202, 204, 209, 210, 214, 226, 249, 253, 254, 265, 283, 304, 328, 335, 348, 361, 364, 377, 384, 387, 390, 393, 397, 402, 406, 407, 409, 410, 419, 423, 425, 427, 452, 453, 454

Personne morale · 82, 98, 159, 218, 265, 320, 338, 359

Planification · 14, 306, 313, 319, 327

Point de contact · 182, 242, 272, 278

Pré-investigation · 298

Préservation · 169, 173, 325, 327, 353

Présomption · 52, 62, 73, 74, 75, 77, 79, 80, 81, 89, 91, 96, 117, 125, 136, 186, 198, 204, 226, 247, 248, 330, 420, 449, 461

Preuve · 21, 27, 29, 31, 35, 46, 48, 54, 56, 61, 66, 74, 75, 76, 79, 81, 89, 91, 93, 95, 97, 100, 109, 111, 113, 121, 122, 125, 129, 143, 153, 154, 158, 164, 169, 171, 173, 177, 178, 179, 180, 189, 192, 205, 210, 248, 250, 263, 264, 266, 274, 297, 304, 306, 309, 334, 342, 343, 348, 368, 372, 383, 385, 386, 396, 398, 399, 419, 420, 427, 433, 435, 455, 461

Procédure par défaut · 63, 64, 85, 118, 120, 166, 384, 397

Produit du crime · 15, 22, 28, 48, 64, 75, 82, 87, 93, 106, 140, 168, 177, 244, 257, 273, 278, 286, 297, 325, 326, 352, 363, 368, 371, 372, 373, 374, 383, 396, 401, 440

Propriété · 21, 24, 25, 27, 39, 63, 75, 82, 83, 84, 87, 89, 92, 94, 97, 99, 126, 131, 148, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 202, 205, 208, 210, 214, 217, 218, 220, 222, 224, 226, 246, 298, 299, 304, 305, 311, 317, 327, 340, 341, 346, 348, 351, 353, 358, 359, 360, 370, 375, 376, 382, 386, 387, 390, 392, 393, 395, 399, 430, 433, 439, 466

R

Réciprocité · 142, 239, 365, 375, 381, 466

Reconnaissance mutuelle · 10, 16, 17, 33, 34, 35, 36, 46, 50, 53, 56, 57, 61, 121, 138, 140, 144, 146, 147, 150, 152, 153, 154, 155, 162, 163, 166, 167, 171, 177, 178, 180, 183, 185, 189, 205, 208, 237, 239, 266, 282, 288, 289, 363, 364, 369, 374, 377, 381, 404, 409, 415, 425, 427, 429, 430, 433, 434, 435, 436, 439, 446, 447, 450, 462, 463, 466

Recours effectif · 189, 204, 205, 209, 226, 366, 367, 395, 455

Recouvrement · 7, 9, 14, 19, 23, 24, 26, 29, 30, 33, 35, 38, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 52, 53, 54, 56, 60, 67, 75, 101, 106, 109,

112, 113, 120, 122, 127, 129, 134, 137, 144, 146, 147, 148, 150, 153, 162, 169, 170, 173, 175, 182, 183, 186, 188, 212, 213, 220, 223, 226, 229, 231, 232, 235, 236, 237, 241, 242, 247, 248, 249, 251, 256, 257, 269, 270, 274, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 289, 291, 304, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 313, 314, 318, 319, 320, 321, 327, 329, 331, 332, 336, 342, 347, 351, 352, 357, 361, 363, 364, 365, 366, 368, 369, 370, 374, 375, 376, 377, 379, 388, 401, 404, 406, 407, 408, 409, 410, 414, 416, 417, 419, 435, 440, 443, 444, 448, 460, 462, 463, 464, 466

Réparation · 131, 134, 205, 212, 218, 219, 221, 352, 355, 369, 376, 378, 379, 430

Réseau judiciaire européen · 235

Restitution · 129, 131, 189, 204, 212, 213, 214, 215, 217, 218, 219, 220, 221, 250, 321, 346, 348, 352, 354, 355, 356, 365, 368, 370, 371, 379, 381, 417, 427, 440, 444, 448, 453, 454, 455, 463

Réutilisation · 311, 340, 350, 351, 356, 358, 359, 428, 465, 466

S

Saisie · 7, 12, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 39, 59, 67, 70, 72, 90, 100, 108, 112, 142, 143, 169, 170, 194, 203, 214, 223, 224, 256, 263, 264, 265, 270, 277, 288, 303, 320, 322, 327, 328, 329, 336, 337, 342, 346, 348, 350, 354, 357, 361, 371, 383, 389, 390, 393, 394, 395, 396, 406, 414, 419, 421, 423, 424, 428, 431, 444, 453, 454, 455

Sanction · 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 37, 39, 48, 49, 50, 53, 57, 58, 66, 69, 83, 84, 86, 88, 91, 92, 93, 96, 103, 116, 119, 126, 132, 134, 148, 150, 170, 173, 175, 192, 199, 201, 210, 231, 253, 302, 311, 313, 329, 334, 359, 361, 365, 370, 375, 376, 377, 382, 387, 395, 401, 402, 408, 410, 422, 427, 433, 460

Spécialité · 15, 239, 240

Statistique · 42, 43, 279, 287, 419, 429, 432

T

Tiers · 33, 48, 52, 59, 64, 75, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 102, 112, 115, 125, 130, 136, 148, 159, 167, 171, 174, 176, 181, 186, 189, 198, 205, 206, 207, 208, 209, 217, 220, 222, 223, 224, 226, 228, 239, 240, 288, 292, 298, 300, 304, 335, 348, 358, 360, 367, 376, 388, 390, 392, 393, 394, 395, 407, 455, 461, 463

Transnational · 407, 423, 438, 440

Transposition · 37, 45, 46, 56, 60, 61, 73, 145, 150, 153, 162, 163, 180, 286, 424, 433

Tribunal · 16, 20, 32, 68, 74, 76, 86, 112, 115, 116, 128, 132, 139, 142, 154, 155, 159, 164, 167, 170, 174, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 209, 214, 221, 226, 247, 249, 297, 324, 329, 333, 335, 337, 341, 345, 346, 348, 358, 376, 378, 382, 390, 395, 401

V

Victime · 100, 188, 189, 205, 213, 214, 218, 219, 220, 221, 280, 349, 350, 353, 355, 359, 365, 367, 371, 378, 416

Voies de recours · 202

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	5
TABLE DES ABRÉVIATIONS	7
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION GÉNÉRALE	13
I. La promotion et le développement de la confiscation et du recouvrement des produits du crime par le droit international public	15
A. <u>Un instrument dédié à la lutte contre les produits générés par la criminalité organisée transnationale</u>	15
B. <u>L'apport des conventions internationales à la thématique de la confiscation et du recouvrement des produits du crime</u>	20
1. L'apport des conventions onusiennes aux procédures d'entraide répressive et de coopération judiciaire	21
2. L'apport des conventions du Conseil de l'Europe aux procédures d'entraide répressive et de coopération judiciaire	27
II. La promotion et le développement de la sanction de confiscation par le droit de l'Union européenne	31
A. <u>La mise en place d'un modèle européen d'exécution de la sanction de confiscation</u>	32
B. <u>Une recherche d'efficacité du modèle européen de confiscation et de recouvrement des produits du crime</u>	39
PARTIE 1. LE RENFORCEMENT DU CADRE JURIDIQUE DE LA CONFISCATION ET DU RECOUVREMENT DES PRODUITS DU CRIME DANS L'UNION EUROPEENNE	53
TITRE 1. DES DÉCISIONS DE CONFISCATION RENDUES DANS LE CADRE DE PROCÉDURES EN LIEN AVEC UNE INFRACTION PÉNALE	57
CHAPITRE 1. LA CONSOLIDATION DES MÉCANISMES DE CONFISCATION FONDÉE SUR UNE CONDAMNATION PÉNALE	59
SECTION 1. LA CONFISCATION ÉLARGIE	61
§1. <i>L'élargissement du champ d'application de la confiscation élargie européenne</i>	63
A. <u>La compatibilité de la confiscation élargie avec le mécanisme de confiscation standard</u>	63

B.	<u>La définition de l'expression <i>d'infraction déclencheur</i> dans le cadre de l'article cinq de la directive 2014/42/UE</u>	67
§2.	<i>Une simplification du champ d'application de la confiscation élargie européenne</i> ...	74
A.	<u>Un mécanisme fondé sur la présomption d'illicéité des biens appartenant à l'auteur des faits condamnés</u>	75
B.	<u>L'adoption d'une norme minimale unique posée à l'article cinq de la directive 2014/42/UE</u>	77
SECTION 2. LA CONFISCATION DES AVOIRS DES TIERS		83
§1.	<i>Le champ d'application de la confiscation des avoirs des tiers</i>	84
A.	<u>Un mécanisme de confiscation strictement limité aux produits du crime</u>	85
B.	<u>Un mécanisme de confiscation strictement limité aux biens acquis ou transférés par une personne poursuivie ou condamnée à un tiers</u>	88
§2.	<i>L'élément intentionnel requis pour mettre en œuvre la confiscation des avoirs des tiers</i>	94
A.	<u>La mise en place de standards de preuve moins élevés pour établir la mauvaise foi du tiers</u>	94
B.	<u>La compatibilité de la confiscation des avoirs des tiers avec les droits fondamentaux des tiers de bonne foi</u>	100
CONCLUSION - CHAPITRE 1		104
CHAPITRE 2. L'ADOPTION DE LA CONFISCATION NON FONDÉE SUR UNE CONdamnATION PÉNALE		107
SECTION 1. LES DÉCISIONS DE CONFISCATION NON FONDÉE SUR UNE CONdamnATION PÉNALE RENDUE DANS LE CADRE DE PROCÉDURES EN MATIÈRE PÉNALE		109
§1.	<i>Le caractère obligatoire de la confiscation non fondée sur une condamnation pénale adoptée en droit européen</i>	111
A.	<u>L'incitation des textes internationaux à mettre en place un mécanisme de confiscation sans condamnation pénale</u>	112
B.	<u>L'adoption d'un premier texte supranational contraignant portant sur la confiscation non fondée sur une condamnation pénale</u>	113
§2.	<i>Le caractère subsidiaire de la confiscation non fondée sur une condamnation pénale</i>	115
A.	<u>La reconnaissance d'un mécanisme de confiscation sans condamnation pénale dans la proposition de directive</u>	115

B. <u>Un mécanisme hybride adopté dans la directive 2014/42/UE</u>	119
SECTION 2. L'EXCLUSION DES MÉCANISMES CIVILES ET ADMINISTRATIFS DE CONFISCATION DÉTACHÉS DE LA CONSTATATION D'UNE INFRACTION PÉNALE	123
§1. <i>La mise en œuvre des procédures de confiscation autres que pénales</i>	124
A. <u>La confiscation civile in rem</u>	124
B. <u>La confiscation civile in personam</u>	130
§2. <i>La compatibilité des procédures de confiscation autres que pénales avec le droit européen</i>	134
A. <u>La compatibilité des décisions de confiscation civile ou administrative avec le droit européen</u>	135
B. <u>La compatibilité des décisions de confiscation civile ou administrative en lien avec une infraction pénale avec les dispositions européennes en matière de confiscation et de recouvrement des produits du crime</u>	141
CONCLUSION – CHAPITRE 2	146
CONCLUSION – TITRE 1	148
TITRE 2. UNE RECHERCHE D'EFFICACITÉ DES INSTRUMENTS DE RECONNAISSANCE MUTUELLE DES DÉCISIONS DE GEL ET DE CONFISCATION.....	151
CHAPITRE 1. LA MODERNISATION DES INSTRUMENTS DE RECONNAISSANCE MUTUELLE EN MATIÈRE DE GEL ET DE CONFISCATION	153
SECTION 1. UN INSTRUMENT DE CLARIFICATION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE DE GEL ET DE CONFISCATION	154
§1. <i>Des conditions de reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation dans le cadre de la décision-cadre 2006/783/JAI</i>	155
A. <u>Les conditions d'émission de la décision de confiscation</u>	155
B. <u>Les conditions d'exécution de la décision de confiscation</u>	159
§2. <i>Les apports du règlement (UE) 2018/1805 à la procédure de reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation</i>	163
A. <u>Les défaillances observées sous la décision-cadre 2006/783/JAI</u>	163
B. <u>L'extension de la coopération judiciaire en matière de confiscation avec l'adoption du règlement (UE) 2018/1805</u>	167

SECTION 2. UN INSTRUMENT AUX FINS D'ACCÉLÉRATION DE LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE DE GEL ET DE CONFISCATION	170
§1. <i>La notion de gel dans le cadre de la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime.</i>	170
A. <u>Le mécanisme européen de gel des biens à des fins éventuelles de confiscation</u>	171
B. <u>La compatibilité de la mesure de gel avec les nouveaux mécanismes de confiscation</u>	175
§2. <i>L'exécution des décisions de gel en vue d'une éventuelle confiscation ultérieure</i> ...	178
A. <u>L'exécution des décisions de gel dans le cadre de la décision-cadre 2003/577/JAI</u>	178
B. <u>Les apports du règlement (UE) 2018/1805 dans le cadre de la reconnaissance mutuelle des décisions de gel</u>	181
CONCLUSION – CHAPITRE 1	186
CHAPITRE 2. LE RENFORCEMENT DES GARANTIES PROCÉDURALES POUR LES PERSONNES CONCERNÉES PAR LES MESURES DE GEL ET DE CONFISCATION	187
SECTION 1. LE RENFORCEMENT DES GARANTIES PROCÉDURALES PRÉVUES DANS LE CADRE DE LA DIRECTIVE 2014/42/UE	190
§1. <i>La compatibilité de la mesure de confiscation avec la « réglementation sur l'usage des biens »</i>	191
A. <u>L'approche de la Cour européenne des droits de l'Homme</u>	191
B. <u>L'approche de la Cour de justice de l'Union européenne</u>	195
§2. <i>Les garanties accordées aux personnes concernées par la mesure de gel</i>	199
A. <u>Les garanties accordées aux personnes concernées par les mesures de gel et de confiscation</u>	200
B. <u>Les garanties accordées aux tiers de mauvaise foi</u>	208
SECTION 2. LE RENFORCEMENT DES GARANTIES PROCÉDURALES DES VICTIMES	213
§1. <i>Le droit à restitution des produits du crime prévue dans le cadre de la directive 2014/42/UE</i>	214
A. <u>Le droit à restitution des personnes concernées par la mesure de gel et de confiscation</u>	214
B. <u>Le droit à réparation des victimes</u>	219
§2. <i>La reconnaissance d'un droit à indemnisation des victimes dans la procédure de confiscation et de recouvrement des produits du crime</i>	221

A. <u>Le droit à une juste indemnisation des victimes directes de l’infraction</u>	221
B. <u>Les droits des tiers de bonne foi détenant un droit de propriété sur le bien</u>	223
CONCLUSION-CHAPITRE 2	227
CONCLUSION-TITRE 2	220
CONCLUSION-PARTIE 1	230
PARTIE 2. LA CONSTRUCTION D’UN CADRE INSTITUTIONNEL AUX FINS DE CONFISCATION ET DE RECOUVREMENT DES PRODUITS DU CRIME	231
TITRE 1 LE DÉVELOPPEMENT DU RÔLE DES BUREAUX DE RECOUVREMENT DES AVOIRS DANS L’ÉCHANGE D’INFORMATIONS.....	235
CHAPITRE 1. LA FACILITATION DE L’ÉCHANGE D’INFORMATIONS.....	237
SECTION 1. LE PRINCIPE DE L’ACCÈS ÉQUIVALENT	239
§1. <i>Les conditions de mise en œuvre de la procédure d’échange d’informations</i>	240
A. <u>L’expression d’autorités répressives compétentes dans le cadre d’une procédure d’échange d’informations</u>	240
B. <u>L’obligation de motiver la demande d’échange d’informations</u>	243
§2. <i>L’inégal accès des bureaux de recouvrement des avoirs aux informations demandées</i>	256
SECTION 2. LE PRINCIPE DE FINALITÉ DETERMINÉE	261
§1. <i>Le recours à des instruments de coopération judiciaire aux fins d’utilisation des données échangées à des fins probatoires</i>	263
A. <u>La décision d’enquête européenne en matière pénale</u>	263
B. <u>Les équipes communes d’enquête</u>	267
§2. <i>Les réseaux informels de communication aux fins d’échange d’informations</i>	270
CONCLUSION – CHAPITRE 1	274
CHAPITRE 2. LA FACILITATION DE L’ÉCHANGE DES « <i>BONNES PRATIQUES</i> »	277
SECTION 1. UN RÔLE D’ANALYSE ET D’EXPERTISE	278
§1. <i>Le rôle des bureaux nationaux de recouvrement des avoirs dans le perfectionnement de la phase de dépistage et d’identification des produits du crime</i>	279
A. <u>L’harmonisation des données statistiques collectées</u>	280
B. <u>La centralisation des données statistiques collectées</u>	283
§2. <i>Le rôle de la plateforme des bureaux de recouvrement des avoirs dans le perfectionnement de la phase de dépistage et d’identification des produits du crime</i>	286

A. <u>L'évaluation des dispositifs européens visant à dépister et identifier les biens en rapport avec le crime</u>	287
B. <u>La présentation de propositions visant à améliorer l'action des États membres pour dépister et identifier les biens en rapport avec le crime</u>	291
SECTION 2. UN RÔLE D'APPUI ET DE SOUTIEN TECHNIQUE AUX AUTORITÉS COMPÉTENTES	297
§1. <i>La diffusion et le développement de l'enquête financière et patrimoniale</i>	297
§2. <i>La formation des autorités compétentes chargées de dépister et d'identifier les biens en rapport avec le crime aux nouvelles techniques d'investigation</i>	302
A. <u>La définition d'une méthodologie de l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime</u>	302
B. <u>La formation des autorités répressives compétentes à l'enquête aux fins d'identification et de dépistage des produits du crime et des autres biens en rapport avec le crime</u>	308
CONCLUSION - CHAPITRE 2	310
CONCLUSION – TITRE 1	311
TITRE 2. LA MISE EN PLACE D'ORGANES SPECIALISÉS AUX FINS DE GESTION DES PRODUITS DU CRIME	313
CHAPITRE 1. L'ÉTABLISSEMENT D'ORGANES OU SERVICES CHARGÉS DE GÉRER LES BIENS	317
SECTION 1. L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES ORGANES OU SERVICES SPÉCIALISÉS DE GESTION DES PRODUITS DU CRIME	318
§1. <i>Les autorités compétentes chargés de gérer les biens de manière adéquate</i>	319
A. <u>Les bureaux nationaux centralisés responsables de la gestion des biens gelés en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure</u>	319
B. <u>Le recours à des acteurs extra-judiciaires pour gérer les biens placés sous-main de justice</u>	325
§2. <i>La coordination des autorités compétentes chargés de gérer de manière adéquate les biens</i>	331
A. <u>La centralisation des données administratives par les bureaux de gestion des avoir</u> ...	332
B. <u>La coordination des acteurs participant à la phase de gestion des biens</u>	337
SECTION 2. LES MÉTHODES DE GESTION ET DE RÉUTILISATION DES BIENS GELÉS ET CONFISQUÉS	340
§1. <i>Les méthodes mises en place aux fins de gestion adéquate des biens gelés</i>	340
A. <u>La vente des biens gelés</u>	341

B. <u>L'utilisation des biens gelés au profit des services publics et autres méthodes de gestion des avoirs gelés</u>	346
§2. <i>La réutilisation des biens confisqués à des fins d'intérêt public ou pour des finalités sociales</i>	350
A. <u>La réutilisation des biens confisqués à des fins d'intérêt public ou pour des finalités sociales</u>	350
B. <u>Les méthodes de gestion des biens confisqués</u>	358
CONCLUSION – CHAPITRE 1	361
CHAPITRE 2. LES EFFETS DE LA PHASE DE GESTION SUR LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE	363
SECTION 1. LA PHASE DE GESTION DES BIENS DANS LE CADRE DE L'APPLICATION DE LA RECONNAISSANCE MUTUELLE DES DÉCISIONS DE GEL ET DE CONFISCATION	365
§1. <i>L'application du principe de réciprocité comme justification de la prise en charge financière de la gestion des biens gelés par l'État d'exécution</i>	365
§2. <i>Les règles encadrant le partage entre États membres des biens confisqués dans le cadre d'une demande de coopération judiciaire en matière pénale</i>	370
A. <u>Le transfert des droits de propriété des biens confisqués à l'État d'exécution</u>	370
B. <u>Le partage des biens confisqués dans le contexte de la reconnaissance mutuelle de la décision de confiscation</u>	374
SECTION 2. LA CONFISCATION EN VALEUR ÉQUIVALENTE	382
§1. <i>Le mécanisme européen de confiscation par équivalent ou la confiscation en valeur équivalente</i>	382
A. <u>Le champ d'application de la confiscation par équivalent ou en valeur équivalente</u> ...	383
B. <u>Droit de propriété et confiscation en valeur équivalente</u>	387
§2. <i>Des biens complexes à gérer dans le cadre de la confiscation et du recouvrement des produits du crime</i>	388
A. <u>La gestion des fonds de commerce</u>	389
B. <u>Les immeubles indivis</u>	392
CONCLUSION – CHAPITRE 2	401
CONCLUSION – TITRE 2	402
CONCLUSION – PARTIE 2	404
CONCLUSION GÉNÉRALE	407
BIBLIOGRAPHIE	413

INDEX	459
TABLE DES MATIÈRES	465