

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, 18 octobre 2024

C198-COP(2017)9_rev2
Original en anglais

CONFERENCE DES PARTIES

Convention du Conseil de l'Europe sur le Blanchiment, le Dépistage, la Saisie et la Confiscation des Produits du Crime et sur le Financement du Terrorisme (STCE n°198)

Notes interprétatives¹

¹ Adopté lors de la 9^e réunion plénière de la CdP (21-22 novembre 2017) et révisé en avril 2021 et en octobre 2024.

SOMMAIRE

Introduction	3
Article 3 (Mesures de confiscation)	3
Paragraphe 4 (Le renversement de la charge de la preuve)	3
Question N° 1 : “ <i>L’auteur établit l’origine de ses biens, suspectés d’être des produits ou d’autres biens susceptibles de faire l’objet d’une confiscation</i> ”	7
Question N° 2 : Qu’est-ce qu’une infraction grave	10
Question N° 3 : dans quels cas cette disposition peut-elle ne pas être évaluée durant la procédure de suivi?	14
Question N° 4 : Comment évaluer la mise en oeuvre effective de cette disposition ? ...	14
Article 25 (Biens confisqués)	14
Paragraphe 2 (Partage des avoirs)	14
Question : Comment évaluer la mise en oeuvre effective de cette disposition?	15
Article 11 (Décisions antérieures)	18
Autres Instruments	19
Question : Comment évaluer la mise en oeuvre de cette disposition ?	19

INTRODUCTION

Lors de sa huitième réunion, tenue à Strasbourg le 25 et 26 octobre, la Conférence des Parties à la 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 (STCE n°198) a invité le Bureau à examiner les questions d'interprétation soulevées au titre des articles 3, paragraphe 4 ; article 11, paragraphe 2 et article 25 paragraphe 2. Il donnera ses conclusions lors de la prochaine réunion de la Conférence des Parties. Par conséquent, le Secrétariat a préparé un document qui a été présenté au Bureau de la CdP lors de sa réunion tenue en juin 2017. Après son adoption lors de la 9^e réunion plénière de la CdP (21-22 novembre 2017), la Note a été révisée suite aux discussions concernant le rapport de suivi thématique sur l'article 3(4) (Strasbourg, 27-28 octobre 2020). La version finale de la Note a été adoptée lors de la réunion plénière extraordinaire de la CdP tenue le 12 mai 2021. Par ailleurs, à la suite de la 16^e réunion plénière de la COP, les notes interprétatives ont été révisées en ce qui concerne l'article 11 de la Convention.

ARTICLE 3 (MESURES DE CONFISCATION)

Critères évalués

3.1: Chaque Partie doit adopter des mesures législatives et toute mesure nécessaire pour permettre la confiscation des instruments et des produits ou des biens dont la valeur correspond à celle des produits et biens blanchis.

3.2: Chaque Partie doit s'assurer que la confiscation s'applique au blanchiment de capitaux et à toutes les infractions énoncées à l'Appendice au STCE n°198.

3.3: Chaque Partie peut notamment inclure dans ces infractions le blanchiment de capitaux, le trafic de produits stupéfiants, la traite des êtres humains et d'autres infractions graves.

3.4: Sauf déclaration contraire, les Parties doivent s'assurer que l'auteur d'une infraction grave 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.

PARAGRAPHE 4 (LE RENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE)

Chaque Partie adopte les mesures législatives ou autres qui se révèlent nécessaires pour exiger, en cas d'une ou **plusieurs infractions graves ou d'infractions** 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 interne².

² La Recommandation 4 du GAFI évoque cette question et appelle les *pays à 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.*

Rapport explicatif

Le paragraphe 4 de l'article 3 requiert que les Parties prévoient 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 graves. Il appartient aux Parties de définir dans leur droit interne la notion d'infraction grave aux fins de l'application de cette disposition. Cette possibilité est cependant subordonnée à la condition expresse d'être conforme aux principes du droit interne de la Partie concernée. L'appréciation de cette conformité relève de la seule compétence de la Partie concernée et ne peut être contestée dans le cadre du mécanisme de suivi de la présente Convention. Il convient encore de souligner sur ce point que l'article 53, paragraphe 4 de la Convention prévoit une possibilité de déclaration concernant l'article 3, paragraphe 4.

Interprétation

Le champ d'application matériel de la disposition de l'article 3, paragraphe 4, est fondé, entre autres, sur une notion d'« infraction grave » qui est mentionnée dans le même paragraphe mais ne figure pas dans la liste des définitions de l'article 2 de la Convention. Cette référence est distincte, et donc différente en principe, de celle des « catégories d'infractions » de l'article 3, paragraphe 2, comme étant soumises au régime général de confiscation obligatoire. Afin de qualifier correctement la notion d'« infraction grave » aux fins de l'article 3, paragraphe 4, il est important de souligner que le mécanisme de confiscation fondé sur le renversement de la charge de la preuve est plus rigoureux et plus sévère que le régime ordinaire de confiscation prévu à l'article 3, paragraphe 1 et paragraphe 2. Les deux peuvent être considérés comme étant dans une relation de spécial à général. Ceci explique les différences, sous plusieurs aspects importants, entre les régimes juridiques respectivement applicables en vertu de la Convention.

En effet, la Convention fixe des exigences et des champs d'application différents en ce qui concerne ces deux types de confiscation. La mise en place d'un régime de confiscation « ordinaire » est obligatoire, aucune exception ou dérogation n'est possible et il doit être appliqué à un ensemble minimal d'infractions, telles qu'elles sont spécifiquement énumérées dans l'annexe de la Convention. Le régime de confiscation par « renversement de la charge de la preuve », en revanche, peut être déclaré non applicable par les Parties dans son intégralité (sur la base de l'article 53, paragraphe 4) ou n'être appliqué que « dans la mesure où cette exigence est conforme aux principes de son droit interne »³. L'article 3, paragraphe 4 prévoit donc un champ d'application particulier pour ce type de confiscation : il comprend un ensemble minimal d'infractions obligatoires (tout en laissant aux Parties la possibilité d'en limiter l'application sur la base des principes de leur droit interne), comme c'est le cas pour la confiscation générale prévue aux paragraphes 1 et 2. 1 et de l'al. 2, mais elle est axée sur un champ d'application plus étroit, à savoir « une ou plusieurs infractions graves » telles que définies par le droit national.

En conséquence, les Parties ne sont pas liées par l'article 3, paragraphe 4, par les catégories d'infractions énumérées dans l'annexe à la Convention comme un minimum à couvrir, mais

³ Une telle exception n'est pas admissible dans le cadre du régime général de confiscation.

peuvent appliquer le régime spécial de confiscation à une ou plusieurs « infractions graves », « telles que définies par le droit national ».

La logique qui sous-tend les dispositions de l'article 3 ainsi que la structure et le lien entre les multiples obligations et options qui y sont décrites pour le régime de confiscation peuvent être illustrés comme suit.

- Les Parties ont l'obligation inconditionnelle d'introduire des mesures de confiscation (également pour des valeurs équivalentes) au moins pour le blanchiment d'argent et les catégories d'infractions énumérées à l'annexe de la Convention (paragraphe 1, paragraphe 2). Les Parties peuvent prévoir une confiscation obligatoire ; cette option peut être exercée pour (certaines ou toutes) les infractions relevant du régime général de confiscation conformément aux paragraphes 1 et 2.
- Les Parties ont l'obligation d'appliquer la confiscation sur la base d'un régime de renversement de la charge de la preuve, sous réserve de conditions ou de limitations.
 - Cette obligation peut être levée dans son intégralité si une « déclaration » est faite à cet égard conformément à l'article 53, paragraphe 4, de la Convention.
 - Si aucune déclaration n'est faite, l'obligation de prévoir le mécanisme « inversé » de confiscation devrait s'appliquer « dans la mesure où une telle exigence est compatible avec les principes du droit interne ». Il est raisonnable de supposer que cette disposition permet de limiter l'« étendue » de l'obligation, mais pas de la lever complètement, car cela nécessiterait une déclaration en vertu de l'article 53, paragraphe 4(b).
 - Si aucune déclaration n'est faite et dans la mesure permise par les principes juridiques internes pertinents, les Parties doivent appliquer le mécanisme « inversé » le plus rigoureux pour la confiscation à une série d'« infractions graves » ; celles-ci doivent être « définies par le droit interne » et, compte tenu de la nature particulière de cette exigence, elles peuvent avoir une portée plus étroite que celle requise pour la confiscation générale en vertu de l'article 3, paragraphes 1 et 2. Cela signifie que les Parties ne sont pas obligées d'appliquer la confiscation par inversion de la charge de la preuve, au minimum, aux catégories d'infractions énumérées dans l'annexe. En d'autres termes, les « infractions graves » (à condition que les exceptions ou limitations susmentionnées ne s'appliquent pas) relevant du régime de confiscation plus strict de l'article 3, paragraphe 4, doivent être considérées comme un sous-ensemble des infractions pour lesquelles la possibilité de confiscation générale est obligatoire en vertu de l'article 3, bien que rien n'empêche un Etat partie de considérer que les deux catégories coïncident (voir également ci-dessous la question n° 2 : Qu'est-ce qu'une infraction grave ?)

Il est à noter que la disposition de l'article 3, paragraphe 4 ne peut pas être aussi interprétée comme une obligation d'instituer le renversement de la charge de la preuve dans le cadre d'une procédure pénale pour déclarer la personne accusée coupable d'une infraction. Dans l'affaire Phillips c. le Royaume-Uni du 5 juillet 2001, la Cour européenne des droits de l'homme « considère qu'en sus d'être expressément mentionné à l'article 6, paragraphe 2, le droit d'une personne impliquée dans une affaire pénale d'être présumée innocente et de considérer que c'est au ministère public qu'il incombe de prouver les allégations dont elle fait l'objet fait partie intégrante de la notion générale d'un procès équitable au regard de l'article 6, paragraphe 1. Toutefois, ce droit n'est pas absolu, dans la mesure où des présomptions de fait ou de droit opèrent dans chaque système de droit pénal et ne sont pas interdites, en principe, par la Convention dès l'instant que les Etats restent dans certaines limites, tenant compte de

l'importance de l'enjeu et garantissant les droits de la défense. Dans l'affaire Phillips, la présomption légale n'a pas été appliquée pour permettre de déclarer plus facilement la personne accusée coupable d'une infraction à la législation sur les stupéfiants, mais pour permettre à la Cour de fixer d'une manière appropriée le montant d'une décision de confiscation une fois acquise la condamnation pour ladite infraction en matière de stupéfiants. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'en pareil cas, le recours aux présomptions légales, assorties des garanties appropriées (dont elle a constaté l'existence), n'était pas contraire à la CEDH ni au Protocole n° 1 y relatif.

Déclarations et réserves - Article 53 paragraphe 4

Article 3 paragraphe 4 Renversement de la charge de la preuve en matière de confiscation (non- application ou uniquement sous certaines conditions)	Azerbaïdjan	Conformément à l'article 53, paragraphe 4, de la Convention, la République d'Azerbaïdjan déclare qu'elle n'appliquera pas l'article 3, paragraphe 4, de cette Convention.
	Bulgarie	La République de Bulgarie déclare qu'elle n'appliquera pas le paragraphe 4 de l'article 3 de la Convention.
	Géorgie	La Géorgie déclare que les dispositions de l'article 3, paragraphe 4, seront appliquées uniquement aux procédures civiles de confiscation, conformément à la législation de la Géorgie.
	Allemagne	La République fédérale d'Allemagne déclare que l'article 3, paragraphe 4, de la Convention ne s'appliquera pas.
	Fédération de Russie	Conformément à l'article 53, paragraphe 4, de la Convention, la Fédération de Russie déclare qu'elle n'appliquera pas l'article 3, paragraphe 4, de la Convention.
	Grèce	La République hellénique déclare, conformément à l'article 53, paragraphe 4, de la Convention, qu'elle n'appliquera pas l'article 3, paragraphe 4.
	Italie	La République italienne déclare qu'elle n'appliquera pas l'article 3, paragraphe 4, de la Convention.
	République de Moldova	La République de Moldova déclare que les dispositions de l'article 3, paragraphe 4, ne s'appliqueront que partiellement, en conformité avec les principes de la législation interne.
	Pologne	La République de Pologne déclare qu'elle n'appliquera pas l'article 3, paragraphe 4.
	Roumanie	Les dispositions de l'article 3, paragraphe 4, ne s'appliqueront que partiellement, conformément aux principes du droit interne.
	République slovaque	La République slovaque déclare qu'elle n'appliquera pas le droit d'exiger, à l'égard d'une infraction grave ou des infractions 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.
	Slovénie	La République de Slovénie déclare qu'elle se réserve le droit de ne pas appliquer l'article 3, paragraphe 4, de la Convention.
	Suède	La Suède se réserve le droit de ne pas appliquer l'article 3.4 en ce qui concerne la confiscation
	Türkiye	La Türkiye déclare que l'article 3, paragraphe 4, de la Convention, ne sera pas appliqué.
	Ukraine	L'Ukraine déclare qu'elle n'appliquera pas le paragraphe 4 de l'article 3 de la Convention.
	Royaume-Uni	Le Royaume-Uni déclare qu'il appliquera l'article 3, paragraphe 4, comme suit, conformément aux principes de sa législation nationale. Si le prévenu a été déclaré coupable d'une infraction mentionnée à l'annexe 2 de la Loi de 2002 sur les produits du crime ou à un profil établi ou des antécédents d'infractions tel que mentionné dans cette loi, il est réputé avoir un « mode de vie criminel » et en tant que tel est soumis à un régime de confiscation l'obligeant à démontrer l'origine légitime de ses biens, à défaut de quoi ces biens deviennent passibles de confiscation. Le tribunal estimera que les biens appartenant à un prévenu, ou lui ayant appartenu, au cours des six dernières années, sont le produit du crime et devra en conséquence calculer la valeur de ces biens dans le montant indiqué sur l'ordonnance de confiscation. Cependant, le tribunal ne fera pas une telle supposition s'il est démontré qu'elle est incorrecte ou cela entraînerait un important risque d'injustice.

QUESTION N° 1 : “L’AUTEUR ETABLIT L’ORIGINE DE SES BIENS, SUSPECTES D’ETRE DES PRODUITS OU D’AUTRES BIENS SUSCEPTIBLES DE FAIRE L’OBJET D’UNE CONFISCATION ”

Exemples de bonnes pratiques

ETUDE DE CAS BELGE

Afin de prononcer une condamnation pour blanchiment d'argent l'origine illégale des produits - l'élément objectif – doit aussi être établi. Dès qu'une justification crédible et juridique de leur origine est impossible, les produits sont considérés comme illégaux. En conséquence, l'infraction préalable n'a pas besoin d'être clairement identifiée. Il est important de noter que l'origine des produits (ayant été acquis légalement ou non) doit être établie par le procureur. Il doit venir avec la **preuve qu'ils auraient pu être d'origine illégale**. Le cas échéant, le défendeur doit également fournir une preuve que les produits ont une origine légale, sinon ils seront considérés comme illégaux. La jurisprudence ne signifie donc pas directement une charge de la preuve au défendeur. Leur système judiciaire croit aussi que, ce faisant, le principe de la présomption d'innocence est pleinement appliquée. Les juges utilisent **un faisceau d'indices et les circonstances de fait** pour établir l'origine des produits. Et récemment, le tribunal a estimé que dans les cas où l'origine de la propriété est incertaine, y compris les cas où le parquet est incapable de prouver l'origine illicite des biens, **le silence de l'accusé** peut être "pris en considération". Cela signifie que les juges peuvent tirer des conclusions du silence de l'accusé. En d'autres termes ils peuvent prendre en considération les raisons pour lesquelles le défendeur n'essaie pas⁴ d'établir ou d'apporter des preuves de l'origine légale des avoirs en question.

Application: en d'autres termes, dès lors que le ministère public fournisse une preuve que l'origine des avoirs aurait pu être illégale, le défendeur doit fournir une justification crédible que les produits ont une origine légale. Une telle répartition de la charge de la preuve est conforme à l'article 3(4).

ETUDE DE CAS MALTAIS

La propriété de la personne reconnue coupable est présumée être issue du blanchiment d'argent ou d'une incrimination pertinente "jusqu'à preuve contraire" (article 3(5) (a) du PMLA et 23B (1A) du code pénal). **La charge d'établir l'origine licite de ces produits repose sur l'inculpé/l'accusé**. Le renversement de la charge de la preuve est prévu à l'article 22 (1C) (b) du DDO et il est applicable mutatis mutandis au blanchiment d'argent et aux incriminations pertinentes en vertu de l'article 3(3) du PMLA et article 23C (2) du Code Pénal.

⁴ Brussels Court of First Instance, El Hayek case, 29 Juin 2016 – « S'il est manifestement incompatible avec ces droits de fonder une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre à des questions ou de déposer, il est tout aussi évident que ces droits protégés ne peuvent et ne sauraient 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 de persuasion des éléments à charge ».

Application: Bien que l'obligation de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable repose exclusivement sur le ministère public, dès qu'il a réuni un niveau de preuve suffisant pour prouver qu'il ne peut y avoir d'explication licite à la possession ou aux activités tenues sur l'argent/les biens/avoirs, ce sera au tour de l'accusé d'apporter une preuve lui permettant de contrer et de renverser la présomption ainsi établie. **Les dispositions relatives au renversement de la charge de preuve signifient que la charge de la preuve repose sur le suspect/accusé lorsque le ministère public fournit la preuve que le suspect/accusé n'a pas rapporté d'explication raisonnable montrant que l'argent, les biens et les produits ne sont pas issues du crime.**

Un autre exemple de bonnes pratiques pourrait être apporté par le Royaume-Uni, qui applique le concept de « mode de vie criminel », conformément à la Loi sur les produits du crime de 2002 (détaillé précédemment dans la déclaration établie par le Royaume-Uni au titre de l'article 53, paragraphe 4).

Lignes directrices

La mise en œuvre de la politique pénale de ciblage du profit criminel and de la lutte contre le crime organisé (dans sa dimension économique) est l'un des objectifs principaux de cette Convention. Dans l'étude statistique publiée par EUROPOL sur la question du recouvrement des avoirs criminels en UE⁵, il est souligné que dans la période analysée, 2.2 % des produits du crime ont été provisoirement saisis ou gelés, mais seulement 1.1% des profits illicites ont été définitivement confisqués au niveau de l'UE. Cela signifie que 50% des avoirs saisis/gelés ont été effectivement confisqués. EUROPOL indique également que ce pourcentage peut être dû à la perte de valeur des avoirs durant les procédures, en raison de la longueur et lenteur de ces dernières, ou à des difficultés quant à la preuve de l'origine illicite des avoirs qui permet d'assurer la confiscation définitive des avoirs.

L'article 3, paragraphe 4 a pour objectif de remédier à cette situation. L'idée principale qui sous-tend ce paragraphe est d'établir des procédures pénales spécifiques dans le but de renforcer la lutte contre la criminalité financière et la confiscation des produits du crime. Les Parties doivent s'assurer 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.

L'article 3 (4) n'impose pas aux Etats parties de reverser la charge de la preuve d'une manière qui serait contraire aux principes fondamentaux d'un procès équitable, comme le principe de présomption d'innocence ou le droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

La présomption d'innocence⁶

L'article 6, paragraphe 1 s'applique 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 la phase de fixation de la peine (par exemple, les procédures de confiscation permettant aux tribunaux nationaux d'apprécier le montant auquel l'ordonnance de confiscation devrait être fixée, comme dans l'affaire Phillips c. Royaume-Uni, paragraphe 39). Toutefois, dans le même

⁵ European Police Office, 2016 – Criminal Asset Recovery in the EU, Survey of Statistical information 2010-2014 (Does crime still pay?) - <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/does-crime-still-pay>.

⁶ Disponible sur http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf.

arrêt, la Cour indique que dès lors qu'un accusé a été dûment prouvé coupable de l'infraction en cause, l'article 6, paragraphe 2 (présomption d'innocence) ne peut s'appliquer en rapport avec les allégations énoncées au sujet de la personnalité et du comportement de l'intéressé dans le cadre de la procédure d'infliction de la peine, à moins que ces allégations soient d'une nature et d'un degré tels qu'elles s'analysent en la formulation d'une nouvelle « accusation », au sens autonome que possède cette notion dans le cadre de la Convention.

Cela dit, le droit de toute personne accusée d'une infraction en matière pénale à être présumée innocente et à faire supporter à l'accusation la charge de prouver les allégations formulées à son encontre n'est pas absolu, tout système juridique connaissant des présomptions de fait ou de droit, auxquelles la Convention ne met pas obstacle en principe. Par exemple, les États peuvent, sous certaines conditions, rendre punissable un fait matériel ou objectif considéré en soi, qu'il procède ou non d'une intention délictuelle ou d'une négligence (*Salabiaku c/ France*, paragraphe 27, concernant une affaire où la responsabilité pénale pour trafic de produits stupéfiants a pu être présumée à partir de la possession de drogues).

Droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination ⁷

Le droit de garder le silence n'est pas absolu (*John Murray c/ Royaume-Uni*, paragraphe 47). D'un côté, une condamnation ne doit pas être fondée exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre à des questions ou de déposer. D'un autre côté, 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...

Pour rechercher si le fait de tirer de son silence des conclusions défavorables à l'accusé enfreint l'article 6, il faut tenir compte de 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 (*John Murray c/ Royaume-Uni*, paragraphe 47).

Les principes fondamentaux du droit interne

En outre, la mise en œuvre de l'article 3(4) doit respecter les normes à valeur constitutionnelle et les principes fondamentaux du droit interne de chaque pays.

Exemples⁸

Même aux Pays-Bas, tout en respectant l'article 6, paragraphe 2 de la CEDH, une loi de 1993 sur la confiscation de biens illicitement obtenus a admis le renversement de la charge de la preuve. Les personnes condamnées au pénal et dont les biens sont sujets à confiscations, doivent apporter la preuve de leur origine licite. Le cas opposé peut également survenir et il peut y avoir de réels problèmes dans la mise en œuvre de l'article 3 (4) de la Convention. Ainsi, pour intensifier la lutte contre la corruption et la criminalité organisée, la loi italienne de 1992 obligeait l'accusé à prouver la provenance légitime de

⁷ Idem.

⁸ Christine Lazerges, « *La présomption d'innocence en Europe* », Archives de politique criminelle 2004/1 (n° 26), page 125-138.

certaines biens. La Cour constitutionnelle a déclaré cette disposition inconstitutionnelle. Dans de pareils cas, les Parties doivent essayer de répartir la charge de la preuve de la manière la plus conforme aux normes constitutionnelles.

Au vu des différences dans le droit interne des Etats parties, l'approche jurisprudentielle ne peut pas être uniforme. Toutefois, les Etats parties devraient être soumis à une obligation minimale.

L'article requiert seulement de l'auteur d'établir l'origine des produits présumés. En d'autres termes, le ministère public ne doit pas être contraint d'établir l'origine (illégal) de ces produits, et ainsi d'identifier précisément l'infraction principale dont les produits sont issus. .

L'objectif principal de cette article est d'alléger la charge de la preuve pesant sur le ministère public afin d'améliorer les résultats du pays en terme de confiscation des avoirs criminels. Ainsi, dès que le juge a l'intime conviction que les produits/biens pouvant faire l'objet d'une confiscation sont issus d'activités illégales (ou qu'ils ne peuvent pas être issus d'activités légales), il doit être en mesure de demander à ce que l'auteur établisse l'origine légale des produits présumés. Pour être intimement convaincu, le juge devrait pouvoir uniquement se baser sur des circonstances factuelles et/ou d'autres preuves (voir l'étude de cas belge ci-dessus).

QUESTION N° 2 : QU'EST-CE QU'UNE INFRACTION GRAVE ?

La définition de la notion d'infraction grave au vu de la mise en œuvre de cette disposition est laissée à la discrétion des Etats parties. Les Etats parties peuvent définir le champ d'application des « infractions graves » en se référant simplement (même de manière implicite) aux infractions soumises au régime général de confiscation tel qu'établi conformément à l'article 2. En tout état de cause, il peut être déduit des articles 3(2a) et 9(4)(a)⁹ que les « infractions graves » devraient inclure, au moins en termes de seuil minimal, les infractions dépassant le seuil minimal de peines qui y est établi. Cet élément, mentionné dans les articles précédemment cités, pourrait ainsi être considéré comme constituant une « orientation » initiale de ce qui devrait être considéré comme infraction grave.

En outre, l'article 3 paragraphe 3 pourrait être interprété comme une forte incitation à considérer, en particulier, les infractions de blanchiment de capitaux, de trafic de drogue et de traite des êtres humains comme graves et dignes de relever du régime de confiscation avec un renversement de la charge de la preuve.

En vue d'approfondir l'harmonisation juridique et pratique, il peut néanmoins être utile de collecter des informations auprès des Etats parties qui appliquent la disposition en question relative à la définition d'une infraction grave et de ce qu'elle recouvre.

Exemples

Le rapport de suivi thématique sur l'article 3(4) a identifié un certain nombre d'Etats parties qui ont intégré l'article 3(4) dans leur système juridique et qui l'ont également mis en œuvre

⁹ L'infraction est punissable « d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an ».

dans la pratique de manière efficace. Ci-dessous vous trouverez plusieurs exemples de bonnes pratiques (c.à.d des extraits du rapports susmentionné) :

Belgique

Le Code pénal belge (dans son article 43quater²) exige une justification plausible de la licéité de l'origine des avoirs ; ii) cette disposition établit une répartition de la charge de la preuve entre l'accusation et l'accusé – il appartient à l'accusation de démontrer qu'il existe une différence significative entre la valeur financière des biens obtenus de manière licite et celle des biens obtenus en l'occurrence, eu égard les revenus de l'accusé, lorsqu'il y a une preuve solide que ces biens constituent le produit d'une infraction pour laquelle la personne a été condamnée ou d'une infraction similaire, et que la personne n'a pas été en mesure de fournir une explication alternative plausible. En outre, le quater 3 du même article précise que le tribunal peut contester l'origine des biens d'une personne condamnée, acquis au cours des cinq dernières années, qui ne semblent pas avoir une source légale (communément appelée « confiscation prolongée »). De facto, le renversement de la charge de la preuve est appliqué également lors de ces audiences.

Croatie

Le Code pénal croate traite également de la confiscation prolongée des gains pécuniaires. Dans ce cas, si les biens que l'auteur possède ou a possédé sont d'une valeur disproportionnée par rapport à ses revenus (cette disproportion entre les revenus et la valeur des biens acquis doit être démontrée par le ministère public), il sera alors présumé que tous les biens de l'auteur proviennent des infractions pénales, à moins que l'auteur ne justifie que leur source est légale (article 78 CP). Ainsi, la charge de la preuve est partagée entre le ministère public et le défendeur. En effet, lorsque le ministère public prouve que les biens acquis par l'auteur ne sont pas proportionnels à ses revenus, la charge de la preuve de l'origine légale des biens est transférée à l'auteur. L'ensemble des biens de l'auteur est pris en considération et comparé à ses revenus afin de déterminer s'il existe une proportionnalité entre les biens et les revenus. En outre, la confiscation est aussi envisagée en cas d'acquisition mixte légale et illégale de biens. Un gain pécuniaire peut être confisqué à un membre de la famille quelle que soit la base légale sur laquelle cette personne est entrée en sa possession et indépendamment du fait qu'il vive ou non dans le même foyer que l'auteur. Le gain pécuniaire peut être confisqué à celui qui l'a acquis de bonne foi s'il ne justifie pas l'avoir acquis à un prix raisonnable. En bref, l'article 78 (2) du CP fait peser sur l'auteur la charge de justifier une source légitime. En outre, le rapport note que des dispositions spécifiques relatives aux mesures provisoires et à la confiscation sont applicables dans le cadre des infractions enquêtées par l'USKOK (le service de répression du crime organisé et de la corruption), à la fois en vertu du Code pénal et de la loi USKOK. La loi USKOK couvre les procédures de saisie obligatoire des instruments, revenus ou avoirs résultant de la liste des infractions relevant de la compétence de l'USKOK (y compris les formes énumérées d'infractions de BC et d'autres infractions graves).

Hongrie

La législation hongroise, et plus précisément la loi C de 2012 sur le Code pénal, prévoit la possibilité de renverser la charge de la preuve en cas de confiscation prolongée. La section

74/A (2) du Code pénal (CP) précise les cas dans lesquels la confiscation des biens doit être ordonnée par le tribunal - les biens concernés sont ceux acquis par l'auteur pendant les cinq ans précédant le commencement de la procédure pénale (c'est-à-dire une procédure ayant abouti à une condamnation de l'auteur) si ces biens ou le train de vie de l'auteur sont particulièrement disproportionnés par rapport aux revenus déclarés et à la situation personnelle de l'auteur, sauf preuve contraire.

Selon l'article 74/A (3) du CP, la confiscation des avoirs ne doit pas être ordonnée si l'auteur prouve que les avoirs ne proviennent pas d'une infraction pénale. L'article 74/A (1) du CP énumère les infractions pénales pour lesquelles la confiscation prolongée doit être ordonnée. En outre, les autorités ont indiqué que l'article 74/A (1) du CP opère un renversement de la charge de la preuve pour tous les avoirs obtenus par l'auteur de l'infraction dans le cadre de sa participation à une organisation criminelle, rendant ainsi la charge de la preuve renversée applicable à un éventail plus large que ce que prévoit la liste des infractions visées à l'article 74/A (2).

Italie

Bien que l'Italie ait formulé une réserve, déposée avec l'instrument de ratification, déclarant qu'elle n'appliquera pas l'article 3, paragraphe 4, de la Convention, la législation et la pratique du pays montrent que ce principe de la Convention est de jure et de facto mis en œuvre.

Les autorités ont fourni des arguments qui confirment qu'une forme spécifique de renversement de la charge de la preuve existe dans le pays : la législation italienne anti-mafia (décret-loi n° 159/2011) sur les mesures de prévention (« misura di prevenzione patrimoniali ») vise la confiscation des avoirs d'origine criminelle et prévoit un système de présomptions réfragables fondées sur des preuves circonstancielles qui doivent être présentées par le procureur.

Ces mesures (qui sont para-criminelles, contrôlées par la justice, sauf dans le cadre d'un procès pénal) s'appliquent aux personnes soupçonnées (en italien « indiziato ») qui font partie d'associations de type mafieux ou qui ont commis d'autres crimes graves (tels que le terrorisme), ou ont été répertoriés par l'ONU sur la base de la résolution du Conseil de sécurité sur les sanctions financières ciblées (c'est-à-dire, les mesures de gel). Elle permet également la saisie (et éventuellement la confiscation, en cas d'absence de justification) de tous les avoirs qui apparaissent disproportionnés au regard des revenus déclarés du ou des suspects ou de l'activité économique exercée par celui-ci/ eux.

Le REM du GAFI sur l'Italie, adopté en 2014, confirme ce qui précède : les « mesures anti-mafia » sont également applicables dans d'autres contextes, y compris le BC (lorsqu'il est mené sur une base « habituelle ») et le FT. Les mesures ciblent les avoirs des personnes qui (i) ont un lien avec la criminalité organisée et non organisée ; (ii) mènent « habituellement » des activités criminelles (y compris le BC), c'est-à-dire des personnes qui, à la lumière de leur(s) comportement(s) et de leur niveau de vie, semblent vivre, même en partie, du produit d'activités criminelles ; ou (iii) sont soupçonnés de financer le terrorisme (y compris les personnes physiques et morales désignées par le CSNU). Ces mesures, qui peuvent être appliquées indépendamment du parquet, comprennent notamment la confiscation par équivalent. La principale condition préalable à leur application est le comportement socialement dangereux du sujet / du défendeur (par exemple, affiliation potentielle à une

organisation criminelle ou participation à certains crimes graves). Le principal avantage de cette confiscation « préventive » est le renversement de la charge de la preuve. Il n'est pas nécessaire que le parquet prouve que le suspect a commis une infraction. Il doit seulement être établi que la personne se livre habituellement à des activités criminelles ou dont les biens ou le train de vie ne peuvent être justifiés par des revenus légaux. Un large éventail de délits financiers peut être visé par ces mesures, tels que le vol, le vol qualifié, l'extorsion, la fraude, l'usure, le BC par un tiers ou l'auto-blanchiment, et les infractions fiscales. La charge de la preuve de la disproportion entre la valeur des biens dont dispose le suspect et ses revenus légaux incombe au parquet. La charge de la preuve de l'origine légale de ces fonds incombe au suspect. La confiscation « préventive » peut également être appliquée dans les cas où le suspect est décédé.

Royaume-Uni

Comme c'est le cas pour l'Italie, le Royaume-Uni a également formulé une réserve, déposée avec l'instrument de ratification, déclarant qu'il n'appliquera pas l'article 3, paragraphe 4, de la Convention. Cependant, la législation et la pratique du pays ont prouvé que ce principe de la Convention est appliqué de jure et de facto.

Le renversement de la charge de la preuve est introduit dans la procédure dite de « confiscation élargie ». Selon l'article 6 de la POCA, le procureur doit faire une demande de confiscation si le prévenu est condamné pour l'une des infractions énumérées (y compris l'infraction de BC) ou est déféré devant le tribunal pour ces infractions. Ensuite, le tribunal doit, à la demande du procureur, établir si le prévenu a un mode de vie en lien avec la criminalité. La définition d'un mode de vie en lien avec la criminalité est fournie à l'article 75 de la POCA, et des notes explicatives clarifient davantage ces dispositions légales⁷. Le régime du mode de vie en lien avec la criminalité repose sur le principe qu'un délinquant qui donne des motifs raisonnables de croire qu'il vit du crime devrait être tenu de rendre compte de ses biens et devrait se les voir confisquer dans la mesure où il est dans l'impossibilité de prouver que leur origine est licite.

Les tests pour établir un mode de vie en lien avec la criminalité sont donc conçus pour identifier les délinquants qui peuvent être considérés comme vivant de la criminalité. En vertu de l'article 75, une personne a un mode de vie en lien avec la criminalité si elle satisfait à un ou plusieurs des tests énoncés dans cet article : (i) le premier critère requiert une déclaration de culpabilité pour une des infractions précisées à l'annexe 2; (ii) le deuxième critère requiert que le défendeur soit reconnu coupable d'une infraction de quelque nature que ce soit, à condition qu'elle ait été commise sur une période d'au moins six mois et qu'il ait obtenu au moins 5 000 £ de cette infraction et/ou de toute autre infraction prise en considération par le tribunal par la même occasion; (iii) le troisième critère requiert que le défendeur soit reconnu coupable d'une combinaison d'infractions équivalant à « une activité criminelle ».

Dans le cas d'un mode de vie en lien avec la criminalité, le tribunal doit présumer que tout ce qui a été transféré ou obtenu par un défendeur, ou toute dépense engagée par ce défendeur au cours des six années précédant le comportement incriminé, est le produit du crime. La valeur de ce qui a été acquis est en outre fixée par l'ordonnance de confiscation, à moins que le défendeur ne puisse prouver l'origine légitime ou qu'il y aurait un risque sérieux d'injustice si la présomption devait être faite.

QUESTION N° 3 : DANS QUELS CAS CETTE DISPOSITION PEUT-ELLE NE PAS ETRE
EVALUEE DURANT LA PROCEDURE DE SUIVI?

La mise en œuvre de cette disposition ne sera pas contestée dans le cadre de la procédure de suivi si l'Etat partie a formulé des déclarations ou des réserves au sujet de la disposition de l'article 3, paragraphe 4 ou si l'Etat partie établit que son droit constitutionnel n'autorise pas l'application du principe de renversement de la charge de la preuve.

QUESTION N° 4 : COMMENT EVALUER LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE DE CETTE
DISPOSITION ?

Dans le cadre de la procédure de suivi, l'Etat partie fournit une ou plusieurs jurisprudence(s) démontrant l'efficacité de la mise en œuvre de cette disposition. Compte tenu du fait que la position de la jurisprudence dans la hiérarchie des normes diffère d'une juridiction à une autre, l'équipe d'évaluation doit prendre particulièrement soin de déterminer la stabilité et le champ d'application de l'argumentation suivie dans le/les arrêt(s) fournis.

ARTICLE 25 (BIENS CONFISQUES)

Critères évalués

25.1: Lorsqu'une Partie agit à la demande d'une autre Partie, elle doit, dans la mesure où son droit interne le lui permet et si la demande lui en est faite, envisager à titre prioritaire de restituer les biens confisqués à la Partie requérante, afin que cette dernière puisse indemniser les victimes de l'infraction ou restituer ces biens à leur propriétaire légitime.

25.2: Lorsqu'une Partie agit à la demande d'une autre Partie, elle peut envisager spécialement de conclure des accords ou arrangements prévoyant de partager ces biens avec d'autres Parties, systématiquement ou au cas par cas, conformément à son droit interne ou à ses procédures administratives

PARAGRAPHE 2 (PARTAGE DES AVOIRS)

Lorsqu'une Partie agit à la demande d'une autre Partie en application des articles 23 et 24 de cette Convention, elle doit, dans la mesure où son droit interne le lui permet et si la demande-lui en est faite, **envisager à titre prioritaire** de restituer les biens confisqués à la Partie requérante, afin que cette dernière puisse indemniser les victimes de l'infraction ou restituer ces biens à leur propriétaire légitime.

Rapport Explicatif

Il semble logique, si l'on juge nécessaire d'insérer certaines dispositions dans une Convention, que de telles dispositions portent également sur les modes de répartition des biens

confisqués. Aussi les auteurs de la présente Convention ont-ils fourni une première indication au paragraphe 2 de l'article 25, lequel dispose qu'il convient d'envisager à titre prioritaire la possibilité de restituer les biens confisqués à la Partie requérante, afin que cette dernière puisse indemniser les victimes ou restituer les biens à leur propriétaire légitime.

QUESTION : COMMENT EVALUER LA MISE EN OEUVRE EFFECTIVE DE CETTE DISPOSITION?

Analyse de l'enquête

La plupart des pays ont répondu qu'ils ne disposaient ni **d'accords ou arrangements**, ni d'informations pertinentes sur ce sujet. Trois pays n'ont pas répondu. Une des raisons à cela peut venir du fait que, jusqu'à présent, de telles dispositions ont été **examinées au cas par cas sans aucun accord-cadre**. Néanmoins, un pays a indiqué qu'en 2011, un accord avait été signé avec un autre pays (bien que ce pays ne soit pas Partie à STCE n ° 198) dans le cadre d'une demande des autorités de ce pays concernant un crime contre la santé publique. Deux nouveaux accords de même nature devraient être finalisés prochainement, si ça n'est déjà fait. D'autre part, un autre État partie a répondu qu'il n'a jamais eu un tel accord alors que leur ministère de la justice est **autorisé à conclure des accords ad hoc** en la matière.

En général, quelques remarques peuvent être mises en évidence. Tout d'abord, il semble que l'amélioration des communications notamment au sein des réseaux tels que **CARIN** et en utilisant les **BRA** pour obtenir des informations et les coordonnées utiles, rendrait la conclusion d'accords-cadres plus facile. A cet effet, il est important **de clarifier la législation nationale et le fonctionnement pratique concernant les biens confisqués**. Deuxièmement, l'UE facilite l'exécution directe des décisions de confiscation pour les produits de la criminalité en établissant des procédures simplifiées pour la reconnaissance entre les pays et les **règles européennes pour le partage des biens confisqués entre le pays d'émission de l'ordre de confiscation** et celui destinataire exécutant.

Exemple de bonne pratique - Extrait du rapport d'évaluation de la CdP sur la République de Moldava

La République de Moldava peut envisager de renvoyer des biens confisqués à la Partie requérante afin qu'elle puisse indemniser les victimes du crime ou les renvoyer à ses propriétaires légitimes, conformément à l'article 25 (2).

Les autorités moldaves ont indiqué que, en pratique, l'argent et les autres valeurs obtenues par des actes criminels ou qui visent la perpétration d'actes criminels et qui ont été retirées, saisies, confisquées sont renvoyées en priorité aux victimes du crime et après cela aux propriétaires légitimes, ou à l'Etat (selon le cas). Si la victime du crime est située dans un autre État (dans l'État requérant), la personne bénéficie de ce droit et, à la demande de l'État contractant, les autorités moldaves accordent la priorité au retour des biens confisqués à la Partie requérante.

Il existe plusieurs dispositions dans la législation nationale qui précisent la priorité accordée à l'indemnisation des victimes du crime. L'article 219, paragraphe 8 du code de procédure pénale (CPP), prévoit que toute réclamation d'individus et d'entités juridiques qui a été endommagé par un acte doit prévaloir sur les prétentions de l'État contre l'auteur de

l'infraction. En outre, l'article 162 (4) du CPP établit comme priorité la restitution au propriétaire de l'argent et d'autres objets de valeur obtenus par des actes criminels ou qui visaient la perpétration d'actes criminels. La législation nationale ne fait pas de distinction entre un propriétaire national ou étranger, de sorte qu'il peut être supposé que dans l'hypothèse décrite par l'article 162 (c'est-à-dire à la fin d'une affaire pénale ou lorsque l'essentiel de l'affaire est réglé), la priorité est donnée au renvoi de la propriété à leurs propriétaires légitimes.

Dans la pratique, les autorités ont indiqué qu'il y a eu des cas où des organes d'enquête criminelle moldave ont exécuté des demandes visant à donner la priorité à une Partie requérante en transmettant des marchandises destinées à indemniser les victimes du crime.

Lignes directrices

Le but de ce paragraphe est de renforcer la coopération entre les Etats partis afin que ces derniers puissent indemniser les victimes d'infractions ou restituer les biens confisqués à leur propriétaire légitime. Cela donne également une motivation (pécuniaire) supplémentaire aux Parties pour l'échange d'informations. A tout le moins, l'article 25(2) requiert des Etats d'avoir institué des mesures obligeant les autorités compétentes, à titre prioritaire, et où approprié, d'envisager (i.e. attentivement) de restituer les biens confisqués à leur propriétaire légitime ou d'indemniser la ou les victimes d'infractions¹⁰. En outre, cet article n'oblige pas les Etats à conclure des accords-cadres avec les autres Etats parties. C'est une possibilité qui est leur est donnée (conformément à l'article 3 du même article). Toutefois, si de tels accords sont en place, l'équipe d'évaluation doit les prendre en compte lorsqu'il évalue la mise en œuvre de cette disposition.

Etats membres de l'UE

Conformément à la décision-cadre du Conseil 2006/783/JHA du 6 octobre 2006 sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle des ordres de confiscation, les pays de l'UE ont des règles pour diviser la propriété entre eux. Par exemple, les sommes d'argent égales ou supérieures à 10.000 € sont divisées en respectant une égalité parfaite entre l'Etat ordonnant la saisie et l'Etat exécutant l'ordre. Ce principe doit être pris en compte dans l'évaluation des pays membres de l'UE.

Toutefois, la coopération entre les Etats parties qui ne sont pas des membres de l'UE devrait également être couverte. Les Parties peuvent décider de leur appliquer des mesures similaires ou définir des règles internationales spécifiques de coopération sur la saisine et la confiscation par le biais de protocoles d'entente ou autres accords. Dans ce dernier cas, l'équipe d'évaluation devra analyser tout élément corroborant que l'Etat partie possède un cadre juridique permettant d'envisager, à titre prioritaire, la restitution des biens confisqués à la Partie requérante. La nature de ces éléments doit aider à déterminer leur valeur:

- Accord-cadre multilatéral ou bilatéral/Protocoles d'accord
- Mesures législatives
- Toute autre mesure ou directive

¹⁰ Il est important de souligner que les Parties doivent fournir les avoirs confisqués à l'autre ou aux autres Parties intéressées, de façon à ce qu'elles puissent offrir une compensation à la ou aux victimes. En d'autres termes, les avoirs ne sont pas fournis directement aux victimes dans une autre Partie, mais la Partie recevant ces avoirs doit avoir des dispositions et procédures en place afin de s'assurer que les avoirs « rapatriés » sont destinés aux victimes.

Enfin, l'évaluation de la mise en œuvre effective de cette provision doit être appuyée par la Jurisprudence, i.e. un ou plusieurs arrêt(s) sur le partage des avoirs ou sur la restitution des avoirs afin d'indemniser les victimes /leur propriétaire légitime.

Etats non-membres de l'UE

En ce qui concerne les Etats non-membres de l'UE, les mesures suivantes devraient être prises par l'équipe d'évaluation:

1. Vérifier la possibilité pour le juge ou autres autorités compétentes à restituer les biens confisqués à la Partie requérante, afin que cette dernière puisse indemniser les victimes de l'infraction ou restituer ces biens à leur propriétaire légitime ; i.e. vérifier la conformité de la procédure pénale avec cette disposition.
2. Analyser tout élément corroborant le fait que le cadre juridique du pays autorise d'envisager à titre prioritaire de restituer les biens confisqués à la Partie requérante. Comment mentionné ci-dessus, la nature des éléments doivent aider à déterminer objectivement leur valeur (accords-cadres multilatérale et bilatérales/protocoles d'accord, mesures législatives, tout autre mesure ou directive).
3. Pour les Etats membres de l'UE, l'évaluation doit être appuyée par la jurisprudence, i.e. un ou plusieurs arrêt(s) sur le partage des avoirs ou sur la restitution des avoirs afin d'indemniser les victimes /leur propriétaire légitime.

ARTICLE 11 (DECISIONS ANTERIEURES)

Critère évalué

11. Dans le cadre de l'appréciation de la peine, les Parties devraient avoir les mesures législatives et/ou autres mesures nécessaires prévoyant la possibilité de prendre en compte les décisions les décisions définitive prises à l'encontre d'une personne physique ou morale par une autre Partie portant sur les infractions établies conformément à la présente Convention.

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui s'avèrent nécessaires pour prévoir la possibilité de prendre en compte, dans le cadre de l'appréciation de la peine, les décisions prises à l'encontre d'une personne physique ou morale par une autre Partie portant sur les infractions établies conformément à la présente Convention.

Rapport Explicatif

Le blanchiment et le financement du terrorisme sont souvent pratiqués à un niveau transnational par des organisations criminelles dont les membres peuvent avoir été jugés et condamnés dans plusieurs pays. Au niveau interne, de nombreux systèmes juridiques prévoient une aggravation de la peine lorsqu'une personne a déjà fait l'objet de condamnations antérieures.

Le principe de la récidive internationale a déjà été établi dans certains instruments juridiques internationaux. Ainsi, l'article 36 paragraphe 2 iii) de la Convention Unique du 30 mars 1961 sur les stupéfiants prévoit que les condamnations prononcées à l'étranger seront prises en considération aux fins d'établissement de la récidive sous réserve des dispositions constitutionnelles de chaque Partie, de son système juridique et de sa législation nationale.

Il demeure néanmoins qu'il n'existe pas au niveau international de conception harmonisée de la récidive et que certaines législations ne connaissent pas ce concept. De plus, le fait que les condamnations prononcées à l'étranger ne soient pas toujours portées à la connaissance du juge appelé à prononcer une condamnation constitue une difficulté pratique supplémentaire. En conséquence, l'article 11 prévoit la possibilité de prendre en compte les décisions définitives prises dans une autre Partie dans le cadre de l'appréciation de la peine. Afin de mettre en œuvre cette disposition, les Parties peuvent prévoir dans leur législation interne que les condamnations antérieures étrangères – comme les condamnations internes – emportent augmentation de la peine. Elles peuvent également faire en sorte que les tribunaux, dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation de la peine en fonction des circonstances individuelles, prennent ces condamnations en compte.

Cette disposition n'implique cependant pas d'obligations positives pour les tribunaux et les parquets d'entreprendre des démarches afin de rechercher si les personnes poursuivies ont fait l'objet de condamnations définitives prononcées par une autre Partie. Il convient néanmoins de relever que l'article 13 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (STE no 30) du 20 avril 1959 permet aux autorités judiciaires d'une Partie de demander à une autre Partie les extraits du casier judiciaire et tous renseignements relatifs à ce dernier pour les besoins d'une affaire pénale.

Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (STE n°30)

Cette convention est d'une importance particulière s'agissant de la mise en œuvre de cet article (voir le rapport explicatif, paragraphe 113). L'article 13 de cette convention aux autorités judiciaires d'une Partie de demander à une autre Partie les extraits du casier judiciaire et tous renseignements relatifs à ce dernier pour les besoins d'une affaire pénale. De plus, au titre de l'article 22, chaque Partie informe toute autre Partie des condamnations pénales et des mesures postérieures qui concernent les ressortissants de cette Partie et qui ont fait l'objet d'une inscription au casier judiciaire. Par conséquent, la ratification de cette convention doit être prise en compte lors de l'évaluation de l'article 11.

Droit de l'Union européenne

Décision-Cadre 2008/675/JAI du Conseil du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale

Cette décision-cadre vise à établir une obligation minimale imposant aux États membres de tenir compte des condamnations prononcées dans d'autres États membres. Toutefois, cette décision-cadre ne prévoit donc aucune obligation de prendre en compte ces condamnations antérieures, par exemple, lorsque les informations obtenues au titre des instruments applicables ne sont pas suffisantes, lorsqu'une condamnation nationale n'aurait pas été possible pour l'acte ayant donné lieu à la condamnation antérieure, ou lorsque la sanction imposée antérieurement est inconnue dans le système juridique national. Dès lors, des questions techniques peuvent apparaître en ce qui concerne l'application de l'article 11 de la Convention.

Décision-cadre 2009/315/JAI du Conseil du 26 février 2009 concernant l'organisation et le contenu des échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les États membres. Cette décision-cadre contribue à atteindre les objectifs prévus par la mesure no 3 du programme, qui propose d'instaurer un modèle type de demande d'antécédents judiciaires traduit dans les différentes langues de l'Union européenne, en s'inspirant du modèle élaboré dans le cadre des instances Schengen. Elle vise plus particulièrement l'amélioration des échanges d'informations sur les condamnations pénales et, le cas échéant et lorsqu'elles sont inscrites dans le casier judiciaire de l'État membre de condamnation, les déchéances consécutives à la condamnation pénale des citoyens de l'Union.

QUESTION : COMMENT EVALUER LA MISE EN ŒUVRE DE CETTE DISPOSITION ?

La mise en œuvre effective de cette disposition ne devrait pas être évaluée. Tel qu'affirmé précédemment, cette disposition n'implique pas d'obligations positives pour les tribunaux et les parquets d'entreprendre des démarches afin de rechercher si les personnes poursuivies ont fait l'objet de condamnations définitives prononcées par une autre Partie.

Toutefois, le droit interne de la juridiction évaluée doit autoriser une telle possibilité. En d'autres termes, le cadre juridique (dispositions juridiques ou jurisprudence) doit être en mesure d'autoriser les autorités compétentes (juges) à prendre en compte d'une quelconque

manière (comme circonstances aggravantes ou autres) les décisions définitives prises par une autre Partie contre une personne physique ou morale. Ces éléments de « conformité technique » doivent être pris en compte dans l'évaluation de l'article 11.

Exemples de dispositions nationales de transposition¹¹

ALBANIE

Article 10 du Code pénal: validité des décisions pénales des tribunaux étrangers

Les décisions pénales rendues par les tribunaux étrangers à l'encontre de citoyens albanais établissant la commission d'une infraction pénale, et à moins qu'un accord bilatéral ou multilatéral n'en dispose autrement, est valide en Albanie dans le cadre du droit albanais, y compris en ce qui concerne ce qui suit :

- a) la qualification de la personne ayant commis l'infraction pénale comme récidiviste,
- b) l'application des décisions comprenant des sanctions accessoires,
- c) l'application des mesures de sûreté,
- d) la réparation des dommages et autres effets de droit civil.

ARMENIE

Article 17 du Code pénal

1. Le jugement d'un tribunal dans un pays étranger peut être pris en compte, à condition que le citoyen arménien, le citoyen étranger ou la personne apatride ait été condamné pour un crime commis à l'extérieur de la République d'Arménie, et ait commis un nouveau crime en République d'Arménie.

2. Conformément au premier alinéa de l'article, la récidive, la peine non-exécutée ou les autres conséquences juridiques d'un jugement d'un tribunal étranger, sont pris en compte lors de la qualification du nouveau crime, de la détermination de la peine et l'exemption de la responsabilité pénale ou de la peine.

FRANCE

Article 132-16-6 du Code pénal (modifié en 2005)

Les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un Etat membre de l'Union européenne sont prises en compte au titre de la récidive conformément aux règles prévues par la présente sous-section.

ITALIE

Article 3 du décret législatif n. 73 du 12 mai 2016 Les décisions définitive prises à l'encontre des personnes physiques par les pays membres de l'UE pour d'autres faits que ceux examinées par la Cour, peuvent être pris en compte par le juge italien afin de déterminer la peine, de décider s'il y a eu récidive ou d'autres effets juridiques du jugement, ou de déclarer si la personne est un délinquant habituel/professionnel, même en l'absence d'une procédure formelle de reconnaissance au titre du CPC. Elles peuvent également être prises en compte dans le cadre des enquêtes préliminaires et la phase d'exécution. A cet effet, un échange automatique d'information sur les verdicts rendus par les pays membres de l'UE, appelé ECRIS, a été mis en place.

¹¹ Il est à noter que tous ces exemples de législations nationales ne peuvent être considérés comme complètement conforme à l'article 11 de la Convention pour cause de restrictions injustifiées.

MONTENEGRO

Article 42 du Code pénal

Au Monténégro, si la législation ne traite pas explicitement de la récidive internationale, il est énoncé au sein du code pénal (article 42) et de la loi sur la responsabilité pénale des personnes morales pour des actes criminels (article 17-18), que les tribunaux doivent prendre en considération toute circonstance atténuante ou aggravante lors de la détermination de la peine, y compris le comportement de l'accusé et si la personne physique ou morale a commis un acte de récidive.

En vue de l'application de ces dispositions, le CPC énonce à l'article 289 qu' « avant la conclusion de l'enquête, le procureur général obtient [...] les informations sur les condamnations antérieures de la personne accusée ». Dans les cas où une peine cumulative est appliquée, le procureur général requiert les copies certifiées décisions définitives antérieures. La pratique confirme que les condamnations antérieures sont toujours « prises en considération lorsqu'il s'agit de prendre une décision sur la peine applicable ».

MALTA

Article 49 du Code pénal

La législation maltaise traite de manière explicite la récidive internationale. L'article 49 du CP prévoit qu'une personne est considérée comme récidiviste si, après avoir été condamnée pour quelconque infraction par un jugement, même rendu par un tribunal étranger, qui est devenu *res judicata*, il/elle commet une nouvelle infraction. Le droit maltais ne requiert pas, comme prérequis pour établir la récidive, une poursuite autonome pour la reconnaissance d'un jugement étranger.

De telles mesures législatives ne doivent pas contenir de restrictions injustifiées, qu'elles soient reliées à l'adhésion à l'UE des Etats parties, ou bien à tout autre fondement tel que l'origine, la nationalité de la personne condamnée ou le lieu du crime.

D'un autre côté, le libellé de telles mesures ne doit être trop ambigu et donner lieu à une interprétation large.

Exemple : « Lors de l'imposition d'une peine, le tribunal doit, entre autres, prendre en compte les caractéristiques et les conditions personnelles de l'auteur, le mode de vie de l'auteur avant la perpétration de l'infraction¹² ».

Avec un tel libellé, il est impossible pour le juge de savoir si oui ou non il doit tenir compte des décisions finales prises dans une autre Partie.

En particulier, l'obligation de prendre en compte la récidive étrangère consiste en la possibilité légale de sanctionner plus sévèrement (par exemple en prononçant une peine plus sévère, en établissant une peine d'emprisonnement plus longue ou en refusant l'application de circonstances atténuantes ou d'autres avantages possibles) une personne physique ou morale à l'encontre de laquelle les autorités compétentes d'une autre Partie ont rendu une décision/condamnation définitive en rapport avec les infractions prévues dans la Convention. L'exigence de l'article 11 de la Convention doit être appréhendée de la manière suivante :

¹² Disponible sur [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/cop198/Reports/C198-COP\(2013\)RASS3_en_PL.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/cop198/Reports/C198-COP(2013)RASS3_en_PL.pdf).

- Il doit exister une décision étrangère définitive à l'encontre d'une personne morale ou physique ; il s'agit par exemple d'une condamnation ou de toute autre mesure défavorable non susceptible de recours ou d'appel.
- Les tribunaux nationaux doivent avoir la possibilité légale de prendre en compte les décisions étrangères lorsqu'ils imposent des sanctions. Dans les cas où une décision étrangère existe, les tribunaux doivent prononcer une peine plus sévère que celle qui aurait été normalement prévue.
- Une sanction plus sévère peut consister en (a) une peine plus sévère (par exemple, une peine d'emprisonnement plus longue, une peine d'emprisonnement plutôt qu'une amende, ou encore une amende plus importante) ou (b) un refus d'appliquer les circonstances atténuantes ou les conditions favorables qui auraient pu être prises en considération.

Nonobstant certains arguments soulevés lors des discussions sur l'article 11 par la Conférence des Parties, il convient de réaffirmer que la possibilité légale de ne pas appliquer de peine plus sévère dans les cas où il n'y a pas de condamnation étrangère à l'encontre d'une personne physique ou morale pour des infractions établies dans la Convention ne relève pas du champ d'application de l'article 11 et ne satisfait pas l'exigence de récidive à l'étranger. En d'autres termes, alors que la récidive étrangère doit être un facteur aggravant lors de la détermination de la peine, l'absence de récidive peut être prise en compte afin d'appliquer une peine plus clémentine.

Il est important de noter que les décisions étrangères prises à l'encontre d'une personne peuvent être manquantes soit parce que la personne a été acquittée, soit parce qu'elle n'a pas été inculpée en premier lieu.

Les réponses des Etats parties peuvent être accompagnées de tout autre document venant soutenir les conclusions établies par l'équipe d'évaluation. Il peut s'agir d'éléments de jurisprudence, toute mesure qui régleme l'échange d'information sur les casiers judiciaires avec d'autres Etats parties, ou de toute autre information sur la manière dont les juges sont informés en pratique. Cependant, de telles informations n'auront aucun effet altérant de manière négative les conclusions établies par l'équipe d'évaluation sur la conformité de la législation nationale avec disposition évaluée.