



FACULTÉ  
DE DROIT ET  
DE CRIMINOLOGIE

UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

## La confiscation et le gel préventif d'avoirs terroristes : quelle place pour les droits fondamentaux dans la lutte contre le crime et le terrorisme ?

**Thèse présentée par Anthony RIZZO**

en vue de l'obtention du grade académique de docteur en sciences juridiques  
Année académique 2020-2021

Sous la direction de la Professeure Anne WEYEMBERGH, promotrice

### **Jury de thèse :**

Franklin KUTY (Université libre de Bruxelles, Président)

Anne WEYEMBERGH (Université libre de Bruxelles, Secrétaire)

Marie-Aude BEERNAERT (Université catholique de Louvain)

Marc PREUMONT (Université libre de Bruxelles)

Joëlle ROZIE (Universiteit Antwerpen)



## Remerciements

Grâce au soutien du Centre de droit européen, du Centre de droit pénal et de criminologie et, plus largement, de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, j'ai bénéficié pendant quatre années d'une bourse Mini-Arc afin de réaliser cette thèse de doctorat. Il m'aura finalement fallu un peu plus de six années pour être en mesure de présenter une étude critique de l'évolution du droit pénal au cours des dernières décennies, au travers du prisme du droit des confiscations et du gel préventif d'avoirs terroristes. Six années au cours desquelles ma réflexion a été alimentée, tant par la défense des intérêts de nombreux justiciables devant les cours et tribunaux, que par de riches échanges avec les membres de l'Institut d'études européennes et du Centre de droit européen de l'Université libre de Bruxelles.

Rien de tout cela n'aurait été possible sans ma promotrice, la Professeure Anne Weyembergh. Sa confiance et sa bienveillance m'ont accompagné tout au long de cet enrichissant, mais non moins éprouvant voyage. Je lui en suis particulièrement reconnaissant. Je tiens également à remercier les membres de mon comité d'accompagnement et du jury pour leurs précieuses observations et réflexions, ainsi que pour le temps qu'ils ont consacré à cette étude. Enfin, mes pensées vont à ma famille, à mes amis, ainsi qu'à toutes celles et tous ceux qui m'ont soutenu et encouragé ces dernières années, au prix parfois d'interminables monologues – probablement incompréhensibles – sur la nécessité de remettre les droits fondamentaux au centre du processus de création de la norme pénale.

\*\*\*\*\*



A mon père



**La confiscation et le gel préventif d'avares terroristes : quelle place pour les droits fondamentaux dans la lutte contre le crime et le terrorisme ?**

Anthony Rizzo





## Table des matières

<b>Table des matières</b> .....	<b>I</b>
<b>Tables des documents officiels</b> .....	<b>XVI</b>
<b>Tables des décisions</b> .....	<b>XXXIV</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>A. La confiscation, une mesure protéiforme</b> .....	<b>2</b>
<b>B. Aperçu de l'évolution du droit international, de l'Union européenne et belge : du trafic de drogue au terrorisme, de la confiscation au gel préventif d'avoirs</b> .....	<b>4</b>
<b>C. Une évolution marquée par la recherche d'efficacité</b> .....	<b>18</b>
<b>D. L'efficacité de la lutte contre le crime et le terrorisme en tension avec les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme</b> .....	<b>19</b>
<b>E. Une analyse en deux temps : déterminer l'état du droit international, de l'Union européenne et belge des confiscations et du gel préventif d'avoirs et le confronter à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme</b> .....	<b>21</b>
<b>I. De la confiscation des produits du crime au gel préventif d'avoirs terroristes</b> .....	<b>27</b>
<b>A. La confiscation en droit international, de l'Union européenne et belge</b> .....	<b>28</b>
1. Le droit international pénal contraignant des confiscations .....	28
a. Création et objectifs : lutter ensemble contre la criminalité organisée et le terrorisme .....	29
(1) La Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 19 décembre 1988 : de la régulation du marché des drogues à la criminalisation du trafic illicite.....	29
(2) 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 novembre 1990 : lutter contre la criminalité en coopérant mieux grâce à la modernisation du droit interne.....	31
(3) La Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999 : adapter le cadre législatif existant à la lutte contre le financement du terrorisme.....	33
(4) La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 et ses trois Protocoles additionnels : la nécessité de coopérer face à une criminalité qui ne connaît pas de frontières.....	36
(5) La Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 : un instrument international universel nécessaire en dépit de nombreuses initiatives régionales.....	40

(6)	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 du 16 mai 2005 : réunir les outils existants pour combattre le blanchiment et le financement du terrorisme.....	43
(7)	Conclusion de synthèse : deux méthodes différentes mais un objectif commun .....	46
b.	Terminologie et définitions : se comprendre pour mieux combattre ensemble.....	47
(1)	La Convention contre le trafic illicite de substances stupéfiantes et psychotropes : de l'ombre à la lumière.....	47
(2)	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 novembre 1990 : une absence inattendue.....	50
(3)	La Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999 : de nouvelles notions qui posent question et des absences .....	52
(4)	La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 et ses trois Protocoles additionnels : des concepts connus ....	54
(5)	La Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 : le gel et la saisie sont temporaires et renouvelables .....	54
(6)	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 du 16 mai 2005 : combler une lacune de la Convention de Strasbourg .....	55
(7)	Conclusion de synthèse : une harmonie presque parfaite.....	56
c.	Dispositions à mettre en œuvre en droit interne : construire un droit commun des confiscations.....	57
(1)	La Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 19 décembre 1988 : le trafic ne doit pas payer.....	57
(2)	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 novembre 1990 : entre souplesse et protection des tiers.....	60
(3)	La Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999 : des dispositions très « soft » .....	63
(4)	La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 et ses trois Protocoles additionnels : combattre au moins les infractions graves et veiller à la prévention ainsi qu'à la collecte d'informations ....	65
(5)	La Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 : prévention de la corruption et identification, confiscation et restitution des biens d'origine illicite .....	67
(6)	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 du 16	

mai 2005 : la lutte discrète contre le financement du terrorisme et un encouragement appuyé à renverser la charge de la preuve de la licéité des biens litigieux .....	71
(7) Conclusion de synthèse : confisquer les biens des criminels et identifier ceux destinés aux terroristes.....	76
d. Conclusion de synthèse de la section 1 : la confiscation dépassée par le terrorisme ? .....	77
2. La confiscation en droit de l'Union européenne .....	78
a. Création et objectifs du droit de l'Union européenne des confiscations : rapprocher les droits nationaux pour mieux coopérer .....	79
(1) L'action commune 98/699/JAI du 3 décembre 1998 et la décision-cadre 2001/500/JAI du 26 juin 2001 : pour une application plus harmonieuse de la Convention de Strasbourg .....	79
(2) La décision-cadre 2005/212/JAI du 24 février 2005 : Une législation européenne claire est nécessaire pour garantir une coopération efficace entre les Etats membres en matière de confiscation .....	81
(3) La directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 : refondre le droit des confiscations pour plus de cohérence et d'efficacité .....	82
(a) Unanimité entre la Commission, le Conseil et le Parlement : le droit européen des confiscations doit être repensé pour mieux lutter contre le crime .....	82
(b) La Commission avait de grandes ambitions .....	87
(c) La directive 2014/42/UE : être capable de confisquer tous les biens d'origine illicite au sein de l'Union européenne .....	89
(4) Conclusion de synthèse : créer un droit commun européen de la confiscation pour faciliter la coopération et confisquer toujours plus .....	91
b. Terminologie et définitions : l'Union européenne n'a qu'à se laisser guider.....	91
(1) L'action commune 98/699/JAI du 3 décembre 1998 et la décision-cadre 2001/500/JAI du 26 juin 2001 : à l'ombre de la Convention de 1990 .....	91
(2) La décision-cadre 2005/212/JAI du 24 février 2005 : maintenir le cap .....	91
(3) La directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 : refondre le droit des confiscations sans porter atteinte à des notions bien établies .....	92
(4) Conclusion de synthèse : l'Union européenne parle la même langue que le Conseil de l'Europe .....	93
c. Mesures à mettre en œuvre en droit interne.....	93
(1) L'action commune 98/699/JAI du 3 décembre 1998 et la décision-cadre 2001/500/JAI du 26 juin 2001 : les infractions d'une certaine gravité doivent entraîner la confiscation des produits et des instruments .....	93
(2) La décision-cadre 2005/212/JAI du 24 février 2005 : des pouvoirs de confiscation élargis novateurs mais insatisfaisants .....	95

(3)	La directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 : occasion manquée ou étape marquante du développement du droit européen des confiscations ? .....	100
(a)	Un champ d'application limité aux « eurocrimes » susceptible d'évoluer corrélativement au développement du droit européen .....	101
(b)	Des garanties procédurales transversales renforcées pour certains types de confiscation .....	103
(c)	La confiscation des instruments et des produits : une invitée surprise .....	104
(d)	Une vraie fausse confiscation en l'absence de condamnation .....	106
(i)	La proposition de la Commission .....	107
(ii)	Les négociations au sein du Conseil .....	108
(iii)	La « contre-proposition » du Comité LIBE .....	114
(iv)	L'émergence d'une solution de compromis... ..	117
(v)	... qui ne crée pas un mécanisme de confiscation in rem ou civile et qui est très floue .....	118
(e)	La confiscation élargie : la fin du choix multiple mais pas pour autant des doutes .....	121
(i)	La proposition de la Commission .....	121
(ii)	Les négociations au sein du Conseil .....	122
(iii)	Le Comité LIBE n'était pas convaincu par la proposition de la Commission ni par le texte du Conseil .....	124
(iv)	Un compromis éloigné des positions initiales de chacun .....	124
(f)	La confiscation des avoirs de tiers : une initiative intéressante mais à la portée très incertaine .....	128
(g)	Le gel d'avoirs aux fins d'une confiscation future et les mesures d'urgence préalables : provisoires mais non nécessairement judiciaires .....	131
(h)	Pour confisquer, il faut détecter et dépister les avoirs des criminels même après condamnation .....	134
(i)	Mieux gérer les avoirs gelés et confisqués et les utiliser à des fins d'intérêt public ou d'utilité sociale .....	134
(4)	Conclusion de synthèse : un rapprochement semé d'embûches .....	135
d.	Conclusion de synthèse de la section 2 : pour que le crime ne paie pas, l'Union européenne doit parvenir à élaborer un véritable droit européen des confiscations ...	138
3.	Le droit belge des confiscations .....	139
a.	Création et objectifs : conjuguer efficacité et respect des droits fondamentaux..	140
(1)	Parvenir à confisquer davantage mais pas à n'importe quel prix .....	141

(2) L'avant-projet de Code pénal : l'Exécutif en route vers l'instauration d'une mesure de confiscation sans condamnation préalable ? .....	146
b. Terminologie et définitions : la Belgique a son propre vocabulaire .....	148
(1) La confiscation spéciale : la dépossession punitive ou préventive d'un bien ordonnée par une juridiction .....	148
(a) La peine de confiscation spéciale : sanctionner en privant le condamné d'un bien déterminé.....	149
(b) La confiscation-mesure de sûreté : protéger la société en retirant une chose dangereuse, nuisible ou illicite.....	150
(c) Des effets semblables mais des caractéristiques bien différentes .....	151
(2) La saisie : une dépossession judiciaire provisoire .....	152
(3) Les choses confiscales : pourquoi faire simple si l'on peut faire compliqué ? .....	153
(a) Les choses formant l'objet de l'infraction : des biens meubles à l'égard desquels l'infraction est commise .....	154
(b) Les choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction : les instruments de l'infraction.....	156
(c) Les choses qui ont été produites par l'infraction : ce qui a été matériellement créé par l'infraction.....	157
(d) Les avantages patrimoniaux tirés de l'infraction : une conception large mais pas sans limite .....	157
(e) Les avantages patrimoniaux supplémentaires au sens de l'article 43 <sup>quater</sup> C.P. : des choses probablement d'origine illicite.....	163
(f) Le patrimoine dont dispose une organisation criminelle : les biens qui servent les activités de l'organisation.....	164
c. Les conditions de mise en œuvre de la confiscation spéciale : le droit commun et une constellation de règles particulières.....	165
(1) La confiscation en nature de choses liées à la commission d'une infraction : la voie privilégiée par le législateur.....	167
(a) L'objet et l'instrument de l'infraction : une obligation en principe soumise à une condition de propriété .....	167
(b) Le produit de l'infraction : une confiscation obligatoire inconditionnelle en cas de crime ou de délit.....	168
(c) Les avantages patrimoniaux primaires et secondaires : confisquer le profit effectivement obtenu ?.....	169
(i) L'avantage patrimonial tiré de l'infraction doit-il avoir « enrichi » le condamné ?.....	170

(ii)	Des réquisitions écrites préalables...non nécessairement écrites qui ne circonscrivent pas le débat .....	173
(iii)	L'avant-projet de réforme du Code pénal : une révolution à venir ?.....	175
(d)	Les avantages patrimoniaux supplémentaires au sens de l'article 43 <sup>quater</sup> du Code pénal .....	177
(i)	Un champ d'application temporel trop restreint au regard de la directive 2014/42/UE .....	180
(ii)	Un partage de la charge de la preuve au champ d'application limité....	182
(iii)	Les avantages patrimoniaux supplémentaires ne doivent pas être la propriété du condamné .....	184
(iv)	Une peine facultative qui doit être requise par le ministère public .....	185
(v)	La confiscation élargie n'implique pas d'attribution élargie au bénéfice de la victime .....	185
(vi)	Un dispositif d'une extrême complexité appelé à disparaître ?.....	186
(e)	Le patrimoine de l'organisation criminelle : une obligation.....	188
(2)	La confiscation de valeur : un mécanisme en principe subsidiaire .....	191
(a)	Confisquer par équivalent les avantages patrimoniaux pour que le crime ne paie pas.....	191
(b)	La confiscation par équivalent des avantages patrimoniaux supplémentaires n'est pas subsidiaire mais alternative à la confiscation en valeur.....	195
(c)	Le droit de l'Union européenne exigeait la confiscation par équivalent de l'instrument, le législateur l'a fait.....	196
(d)	Une réforme utile mais inaboutie.....	196
(3)	La confiscation sans condamnation préalable : pas nécessairement une mesure de sûreté.....	198
(a)	La confiscation-mesure de sûreté : une mesure obligatoire prévue par la loi détachée de toute condamnation pénale.....	199
(b)	Le refus de restitution et la destruction immédiate des biens saisis : des confiscations-mesures de sûreté ? .....	200
(4)	La confiscation à l'égard de personnes étrangères à la commission de l'infraction : les droits des victimes et des tiers.....	205
(a)	La confiscation spéciale et la destruction immédiate de choses saisies ne préjudicient pas toujours l'auteur (préssumé) de l'infraction.....	206
(b)	Les droits des victimes à l'égard de la chose confisquée : faut-il aller plus loin ? .....	208
(c)	Les droits des tiers : une problématique complexe !.....	211
(i)	Qu'est-ce qu'un tiers ?.....	211

(ii)	La confiscation ne peut être prononcée à l'encontre du tiers mais peut-il concrètement éviter de la subir ? .....	212
(iii)	Le tiers doit prétendre disposer d'un droit réel sur la chose.....	218
(iv)	Le tiers doit également être de bonne foi.....	218
(v)	Le caractère obligatoire d'une mesure de confiscation spéciale est-il compatible avec les droits des tiers ? .....	224
(vi)	Le tiers face à la destruction immédiate de biens saisis .....	225
(vii)	Un nouveau critère d'appréciation des droits des tiers est-il nécessaire ? .....	226
(viii)	Tentative de synthèse d'un régime qui ne devrait pas être substantiellement modifié en cas de réforme du Code pénal .....	230
(5)	Conclusion de synthèse de la sous-section c : des règles éparses d'une (trop) grande complexité.....	233
d.	La saisie des choses susceptibles d'être confisquées.....	236
(1)	Les règles de droit commun : de larges possibilités de saisie .....	237
(2)	Les garanties procédurales de l'article 8 de la directive doivent conduire le législateur belge à prendre des initiatives.....	239
e.	Conclusion de synthèse de la section 3 : le droit belge des confiscations mérite d'être clarifié .....	243
4.	Conclusion du Chapitre A : prouver moins pour confisquer plus .....	244
<b>B.</b>	<b>Le gel préventif d'avoirs terroristes.....</b>	<b>248</b>
1.	L'action normative du Conseil de sécurité en matière de lutte contre le terrorisme : les sanctions ciblées et la résolution 1373 (2001) .....	249
a.	Le régime de sanctions contre Al-Qaida et l'EIIL : prévenir le terrorisme et son financement par des mesures ciblées .....	249
(1)	La naissance et l'évolution du régime de sanctions : des Talibans à l'EIIL..	249
(2)	Le gel préventif d'avoirs des personnes et entités associées à Al-Qaida ou à l'EIIL : une immobilisation complète du patrimoine non limitée <i>a priori</i> dans le temps	255
b.	La résolution 1373 du 28 septembre 2001 : une action rapide face à la menace terroriste .....	257
(1)	Imposer la lutte contre le terrorisme et son financement à tous les Etats, qu'ils le veuillent ou non .....	257
(2)	Prévenir le financement du terrorisme en gelant les avoirs des terroristes et de ceux qui les soutiennent dans le respect des droits de l'homme .....	259
c.	Conclusion de synthèse de la section 1 : protéger la paix et la sécurité internationales en privant les terroristes (présumés) de la jouissance de l'ensemble de leurs biens...	262

2.	Le gel préventif d'avares terroriste en droit de l'Union européenne .....	263
a.	Trois dispositifs complémentaires de gel préventifs d'avares terroristes.....	263
(1)	Les sanctions ciblées contre Al-Qaida et l'EIIL : une liste peut en cacher une autre .....	263
(a)	L'exécution du gel ONU au sein de l'Union européenne : une mission incombant à la Commission.....	264
(b)	Un gel préventif européen complémentaire au gel ONU...mais pourquoi ? .....	266
(2)	La mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) : une procédure collaborative sous la direction du Conseil.....	270
(a)	La position commune 2001/930/PESC : incriminer le financement du terrorisme et geler les biens des terroristes et de leurs soutiens .....	270
(b)	La position commune 2001/931/PESC : un dispositif encore flou.....	271
(c)	Le règlement (CE) 2580/2001 : le juge de l'Union européenne, seul garant des droits des personnes concernées .....	276
b.	Quel contrôle juridictionnel et quels droits en matière de gel au sein de l'Union européenne ?.....	278
(1)	Contrôler la conformité des actes européens d'exécution avec les droits fondamentaux est obligatoire et ne porte pas atteinte à l'autorité des résolutions du Conseil de sécurité.....	279
(2)	Des droits identiques mais un standard de protection distinct ?.....	282
(a)	Une restriction importante aux droits de la défense et à une protection juridictionnelle effective et quelques doutes.....	283
(i)	Préserver l'effet de surprise pour garantir l'efficacité du gel préventif.	283
(ii)	Des droits identiques à la portée concrète bien différente .....	285
(b)	Pour être effectif le contrôle du juge doit porter sur l'appréciation des faits et les circonstances invoquées par l'autorité compétente.....	291
(3)	Le gel préventif d'avares ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété même si... ..	294
(4)	Le contrôle opéré par le juge européen est-il suffisant ?.....	294
c.	Conclusion de synthèse de la section 2 : une Cour de justice courageuse mais pas téméraire.....	296
3.	Le gel préventif d'avares terroristes dans l'ordre juridique belge .....	299
a.	Permettre l'exécution du gel onusien et européen et se conformer à la résolution 1373 (2001) .....	299
(1)	Les sanctions ciblées contre Al-Qaida et l'EIIL : une application directe et immédiate des décisions du Conseil de sécurité et du Comité des sanctions.....	299



(2) La mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) : le règlement (CE) 2580/2001 ne suffit pas.....	303
b. Contester le gel préventif d’avoirs terroristes devant le juge belge ? .....	310
c. Conclusion de synthèse de la section 3 : le droit belge a besoin de sa jurisprudence KADI.....	311
4. Conclusion du Chapitre B : un risque, ton royaume pour un risque ! .....	312
<b>C. Conclusion de la Partie I : l’efficacité de la lutte contre la criminalité et le terrorisme aux dépens des droits fondamentaux ? .....</b>	<b>317</b>
<b>II. La confiscation et le gel préventif d’avoirs terroristes face à la Cour européenne des droits de l’homme.....</b>	<b>323</b>
<b>A. Le droit à un procès équitable .....</b>	<b>324</b>
1. Les deux volets de l’article 6 : contestation à caractère civil ou accusation en matière pénale, telle est la question .....	326
a. Le volet civil de l’article 6 : une interprétation autonome mais pas sans limite..	326
b. Le volet pénal de l’article 6 : qu’est-ce qu’une « accusation en matière pénale » ? .....	328
(1) L’ « accusation » n’implique pas nécessairement une notification formelle par l’autorité compétente .....	328
(2) Des critères souples pour déterminer ce qu’est « la matière pénale » .....	330
(a) Le deuxième critère <i>Engel</i> : un examen concret de l’objectif, du champ d’application, de l’initiateur et des conséquences de la procédure .....	332
(b) Le troisième critère <i>Engel</i> : l’emprisonnement mais pas seulement.....	333
(c) Des critères alternatifs qui peuvent être...cumulatifs.....	334
(3) Le volet pénal de l’article 6 est applicable à la phase préalable au procès et à celle de fixation de la peine .....	335
(4) L’exclusion des mesures préventives du champ d’application du volet pénal de l’article 6.....	336
2. Aperçu des multiples facettes du droit à un procès équitable.....	340
a. Le volet civil de l’article 6 : le droit à un tribunal .....	340
(1) Le droit d’accès au tribunal .....	340
(2) Les garanties institutionnelles : qu’est-ce qu’un « tribunal » ? .....	344
(a) Le tribunal ne doit pas nécessairement jouir de la plénitude de juridiction .....	344
(b) Les autres garanties : légalité, indépendance, impartialité, ... ..	348
(3) Les contestations civiles doivent être tranchées équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable.....	348

(a)	La procédure civile considérée dans son ensemble doit être équitable ....	348
(i)	Le contradictoire et l'égalité des armes : des garanties fondamentales... très relatives.....	349
(ii)	Obligation de contrôle effectif et de motivation : examiner les éléments de la contestation et le montrer .....	355
(iii)	Le justiciable doit être informé de ce que sait le tribunal et pouvoir s'y préparer.....	355
(iv)	La Cour n'est en principe pas un juge de troisième ou de quatrième instance .....	356
(v)	La procédure emporte des droits et des devoirs.....	357
(b)	Le droit à la publicité .....	357
(c)	La justice doit être rendue dans un délai raisonnable .....	358
(4)	Conclusion de synthèse de la section a : un droit aux limites trop floues ....	359
b.	Le volet pénal de l'article 6 : un droit renforcé à l'équité de la procédure.....	361
(1)	Le droit d'accès à un tribunal .....	361
(2)	Les exigences institutionnelles auxquelles doit répondre un « tribunal » ....	362
(a)	Un tribunal doit en principe disposer d'un pouvoir de pleine juridiction.	362
(b)	Le tribunal doit être établi par la loi, indépendant, impartial, .....	364
(3)	Les garanties générales d'ordre procédural prévues au paragraphe 1 <sup>er</sup> : équité, publicité et délai raisonnable .....	365
(a)	la procédure pénale considérée dans son ensemble doit être équitable ....	366
(i)	Le droit de participer à son procès.....	369
(ii)	L'égalité des armes et le contradictoire .....	369
(iii)	L'obligation de motivation des décisions judiciaires .....	372
(iv)	Le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination ...	372
(v)	La Cour ne remet en principe pas en cause l'appréciation des faits et des preuves du juge national.....	373
(vi)	Un usage encadré des techniques d'investigation spéciales .....	374
(b)	Le droit à un procès public.....	375
(c)	Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable .....	375
(4)	Les garanties particulières prévues aux paragraphes 2 et 3 : présomption d'innocence et droits de la défense.....	376
(a)	La présomption d'innocence : une garantie aux multiples implications...	377
(i)	La charge de la preuve doit reposer sur l'accusation et le doute profiter à l'accusé.....	378

(ii)	Le droit de ne pas être présenté comme coupable par une autorité publique avant que sa culpabilité ait été légalement établie .....	380
(iii)	... ce qui ne fait pas obstacle à l'usage de présomptions de fait ou de droit ou à l'adoption de mesures d'exécution .....	380
(iv)	Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination .....	381
(v)	La présomption d'innocence n'est pas uniquement applicable à la procédure pénale .....	381
(vi)	La présomption d'innocence n'est en principe pas applicable à la phase de détermination de la peine .....	383
(b)	Les droits de la défense : des moyens de garantir l'équité de la procédure et non « une fin en soi » .....	383
(i)	Le droit à l'information et à la préparation de sa défense .....	384
(ii)	Le droit de se défendre seul ou d'être assisté par un avocat, le cas échéant gratuitement.....	386
(iii)	Le droit d'interroger les témoins .....	387
(iv)	Le droit d'être assisté d'un interprète .....	387
(5)	Conclusion de synthèse : des garanties procédurales renforcées associées à la présomption d'innocence.....	387
3.	La confiscation, la saisie et le gel préventif d'avoirs terroristes face au droit à un procès équitable.....	389
a.	La confiscation des instruments et des produits de l'infraction : les garanties du volet pénal du droit à un procès équitable doivent être respectées .....	391
b.	La confiscation élargie des produits : nouvelle accusation ou simple procédure de fixation de la peine ? .....	394
(1)	L'arrêt <i>Phillips c. Royaume-Uni</i> : la confiscation élargie ne repose pas sur une « nouvelle accusation ».....	395
(a)	Le dispositif de confiscation en cause : une procédure de confiscation élargie de choses non liées à l'infraction déclarée établie .....	395
(b)	L'article 6 § 2 est inapplicable .....	396
(c)	... mais la présomption d'innocence n'est pas inopérante pour autant ....	397
(d)	La présomption légale d'illicéité des biens mise en œuvre n'est pas inéquitable.....	398
(e)	Mettre en œuvre les critères <i>Engel</i> pour déterminer si la présomption légale emporte une nouvelle accusation en matière pénale ? .....	399
(f)	Raisonnement autrement pour déterminer si les allégations formulées au stade de la fixation de la peine constituent une nouvelle accusation ? .....	402
(g)	Deux affaires comparables en dépit de leurs différences.....	404

(h)	L'article 6 § 2 était applicable dans l'affaire <i>Phillips c. Royaume-Uni</i> , ce qui ne signifie pas nécessairement qu'il a été violé .....	405
(i)	La mise en œuvre de la présomption légale n'a pas dépassé les limites du droit à un procès équitable .....	406
(2)	L'arrêt <i>Geerings c. Pays-Bas</i> : l'existence des biens présumés illicites ne peut elle-même être présumée et une décision d'acquittement ne peut être remise en cause .....	407
(3)	La procédure de confiscation élargie doit être conforme à la présomption d'innocence sans être en principe considérée isolément .....	409
c.	La confiscation sans condamnation préalable : prévenir la commission d'infraction sans sanctionner ? .....	410
(1)	La <i>confisca di prevenzione</i> , un instrument préventif spécifiquement élaboré pour lutter contre la <i>Mafia</i> .....	411
(2)	La jurisprudence <i>Guzzardi</i> tient bon pour lutter contre la <i>Mafia</i> .....	412
(3)	Une exclusion du volet pénal qui fait tache d'huile mais qui peine à convaincre .....	415
(a)	Le caractère préventif de la confiscation exclut qu'elle puisse être de nature pénale .....	415
(b)	Un examen au regard des critères <i>Engel</i> ? .....	418
(4)	La conception large de la présomption d'innocence comme limite à l'exclusion du volet pénal de l'article 6 .....	420
(a)	La présomption d'innocence dans sa conception large pourrait être applicable... ..	420
(b)	... sans qu'elle paraisse pouvoir conduire à une remise en cause du mécanisme du confiscation civile sur le terrain de l'article 6 § 2.....	423
(5)	Le rejet du volet pénal : un jeu de dupes ? .....	424
(a)	La jurisprudence <i>Guzzardi</i> une nouvelle fois confirmée .....	424
(b)	La Cour fait fausse route en matière de mesures préventives.....	425
(6)	La confiscation civile ne repose pas sur une accusation en matière pénale... <i>does it really matter</i> ? .....	427
(a)	Une exclusion de principe du volet pénal de l'article 6 mais pas nécessairement de la présomption d'innocence .....	427
(b)	Pourquoi la Cour doit-elle aller au-delà de la fiction et reconnaître le caractère pénal de la confiscation sans condamnation préalable ? .....	429
d.	La confiscation d'avoirs de tiers : une mesure ne relevant pas seulement du volet civil de l'article 6.....	430

(1) Les arrêts fondateurs de la jurisprudence de la Cour : <i>Agosi c. Royaume-Uni</i> et <i>Air Canada c. Royaume-Uni</i> .....	431
(2) Les exigences du volet civil de l'article 6 doivent être rencontrées à l'égard du tiers, présumé innocent .....	431
e. La saisie préalable à confiscation : le droit un procès équitable garantit un recours effectif et une procédure ne dépassant pas un délai raisonnable .....	433
f. Le gel préventif d'avoirs terroristes .....	435
(1) L'affaire <i>Nada c. Suisse</i> : harmoniser plutôt qu'opposer .....	435
(a) Une interdiction d'entrée et de transit en Suisse pour les personnes associées à Oussama Ben Laden, Al-Qaida et les Talibans .....	435
(b) L'arrêt du 12 septembre 2012 rendu en Grande Chambre : un compromis « à la belge » ? .....	436
(2) L'affaire <i>Al Dulimi et Montana Management Inc. C. Suisse</i> : l'accès à un tribunal doit être garanti...par l'Etat et non par le Conseil de sécurité .....	438
(a) Le contexte de l'affaire : un gel d'avoirs fondé sur l'inscription sur une liste de sanctions établie par le Conseil de sécurité .....	438
(b) L'arrêt de la deuxième Chambre : le régime de sanctions n'offre pas un niveau de protection équivalente .....	441
(c) L'arrêt de la Grande Chambre du 21 juin 2016 : la Suisse devait trouver l'harmonie entre sanctions et respect droits fondamentaux .....	443
(3) Une Grande Chambre très divisée sur la méthode mais pas sur le résultat ..	449
(a) Le régime de sanction contre Al-Qaida n'offrait en réalité aucune marge de manœuvres aux autorités suisses .....	449
(b) Le gel préventif a une portée punitive et doit entraîner l'application du volet pénal de l'article 6 .....	450
(c) La Cour fait le choix de la facilité en refusant de voir la réalité en face ..	451
(4) Le gel préventif d'avoirs terroristes : l'harmonie au prix du droit à un procès équitable .....	452
g. Conclusion de synthèse de la section 3 : la Cour européenne des droits de l'Homme s'est perdue dans le dédale de la confiscation et du gel préventif d'avoirs .....	453
4. Conclusion du chapitre A : le droit à un procès équitable, victime de son succès ?	455
<b>B. Le principe de légalité des délits et des peines .....</b>	<b>457</b>
1. L'arrêt <i>Welch c. Royaume-Uni</i> : la confiscation fondée sur une condamnation pénale préalable relève-t-elle de l'article 7 .....	458
a. L'arrêt porte sur un dispositif de confiscation élargie .....	458
b. L'appréciation de la Cour : une mesure préventive peut constituer une peine au sens de l'article 7 .....	459

c.	Conclusion de synthèse de la section 1 : confisquer les produits c'est sanctionner l'auteur de l'infraction...même si les produits n'en découlent pas.....	461
2.	L'arrêt <i>G.I.E.M. e.a. c. Italie</i> : pas de peine sans culpabilité ?.....	462
a.	La confiscation des constructions illicites, une mesure aux confins du droit pénal et du droit administratif.....	462
b.	La confiscation des constructions illicite est une peine au sens de l'article 7.....	463
c.	Une prise de position qui ne fait pas l'unanimité .....	464
(1)	La majorité a refusé de lier procédure pénale et imposition d'une peine.....	465
(2)	Une conception trop extensive du champ d'application de l'article 7 ?.....	467
d.	La peine de confiscation des constructions illicites ne méconnaît pas l'article 7 mais ne peut toucher le tiers innocent.....	469
(1)	L'exigence d'un élément de responsabilité dans le chef de la personne sanctionnée n'est pas absolue ? .....	470
(2)	Une condamnation formelle n'est pas nécessaire pour prononcer une sanction, sous réserve du respect du droit à un procès équitable.....	471
(3)	Conditionner le respect de l'article 7 au respect de l'article 6 ?.....	473
(4)	Le tiers innocent qui n'est pas partie à la procédure ne peut être puni.....	475
(5)	Une Cour très divisée sur la solution à laquelle la majorité aboutit en l'espèce .....	476
e.	Tentative de synthèse des enseignements de l'arrêt <i>G.I.E.M. e.a. c. Italie</i> à propos de l'article 7.....	477
(1)	Applicabilité de l'article 7 : un « point de départ » et des critères similaires aux critères <i>Engel</i> .....	478
(2)	Une peine doit en principe reposer sur le constat d'un élément de responsabilité dans la commission de l'infraction.....	479
3.	Conclusion du chapitre B : l'article 7 comme limite à la décriminalisation de lutte contre la criminalité et le terrorisme ? .....	480
<b>C.</b>	<b>Le droit au respect de la propriété privée.....</b>	<b>484</b>
1.	Le respect du principe de légalité et la poursuite d'un objectif légitime.....	486
2.	Trouver un « juste » équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt du justiciable grâce aux garanties procédurales ? .....	487
<b>D.</b>	<b>Conclusion de la partie II : des droits fondamentaux sacrifiés sur l'autel de l'efficacité de la lutte contre la criminalité et le terrorisme.....</b>	<b>489</b>
	<b>Conclusion générale : redonner leur place aux droits fondamentaux dans la lutte contre la criminalité et le terrorisme.....</b>	<b>493</b>

<b>A. Priver définitivement les criminels de leurs biens pour que le crime ne paie pas et pour prévenir la commission d’infractions .....</b>	<b>494</b>
1. Les Etats doivent agir ensemble contre les le crime et le financement du terrorisme .....	495
2. Un droit européen des confiscations toujours en cours de construction.....	497
3. La Belgique doit réduire la fragmentation de son droit des confiscations et le clarifier .....	499
a. Le dialecte belge est bien une langue européenne .....	499
b. Un droit commun complexe au milieu de règles disparates .....	500
c. La confiscation spéciale peut être prononcée en l’absence de condamnation préalable sans constituer une mesure de sûreté .....	502
d. Le législateur pourrait faire plus pour protéger les intérêts de la victime et devrait mieux garantir ceux des tiers de bonne foi.....	503
e. L’avant-projet de Code pénal ne suffira pas à rationaliser le droit belge des confiscations, ni à le rendre plus intelligible .....	504
4. Etendre le filet de la confiscation tout en resserrant ses mailles .....	505
<b>B. Prévenir le risque en se passant d’un débat judiciaire sur la culpabilité.....</b>	<b>507</b>
1. La protection de la paix et de la sécurité internationales au détriment des droits individuels.....	507
2. Une mise en œuvre au sein de l’Union européenne encadrée par la Cour de justice et le Tribunal.....	508
3. La Belgique s’en remet à l’Union européenne et au Conseil national de sécurité en matière de gel préventif d’avoirs .....	511
4. Renoncer à juger pour prévenir la menace terroriste.....	512
<b>C. La Cour européenne des droits de l’Homme garante de l’efficacité de la lutte contre la criminalité et le terrorisme .....</b>	<b>513</b>
1. Couvrez cette présomption d’innocence que la Cour européenne ne saurait voir...	514
2. Le principe de légalité des peines, le bouclier du tiers innocent .....	516
3. Le droit de propriété, souvent invoqué rarement méconnu .....	518
4. La Cour s’est égarée en prenant le chemin de l’efficacité.....	518
<b>D. Lutter efficacement contre le crime et le terrorisme sans renier nos valeurs..</b>	<b>519</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>i</b>

\*\*\*\*\*

## Tables des documents officiels

### Belgique

#### *Codes et lois particulières*

Code civil.

Code d'instruction criminelle.

Code de droit économique.

Code pénal.

Loi du 28 février 1882 sur la chasse, *M.B.*, 3 mars 1882, p. 841, telle que modifiée par le Décret-programme de la Région wallonne du 17 juillet 2018 portant des mesures diverses en matière d'emploi, de formation, d'économie, d'industrie, de recherche, d'innovation, de numérique, d'environnement, de transition écologique, d'aménagement du territoire, de travaux publics, de mobilité et de transports, d'énergie, de climat, de politique aéroportuaire, de tourisme, d'agriculture, de nature, de forêt, des pouvoirs locaux et de logement, *M.B.*, 8 octobre 2018, p. 76061.

Loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes et psychotropes, *M.B.*, 16 mars 1921, p. 1834, telle que modifiée par la loi du 30 octobre 2018 portant des dispositions diverses en matière de santé, *M.B.*, 16 novembre 2018, p. 87955.

Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1954 sur la pêche fluviale, *M.B.*, 29 juillet 1954, p. 5466, telle que modifiée par le décret de la Communauté flamande du 23 novembre 2018 portant modifications de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1954 sur la pêche fluviale, *M.B.*, 18 décembre 2018, p. 99619.

Loi du 13 mai 1955 portant approbation de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome, le 4 novembre 1950 et du Protocole additionnel à cette Convention, signé à Paris, le 20 mars 1952, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

Loi du 28 mai 1956 relative aux substances et mélanges explosibles ou susceptibles de déflagrer et aux engins qui en sont chargés, *M.B.*, 9 juin 1956, p. 3990, telle que modifiée par la loi du 23 janvier 2003 relative à la mise en concordance des dispositions légales en vigueur avec la loi du 10 juillet 1996 portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles, *M.B.*, 13 mars 2003, p. 12041.

Loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, *M.B.*, 17 juillet 1964, p. 7812, telle que modifiée par la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice, *M.B.*, 13 mai 2016, p. 31338.

Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait (tant pour la Région flamande que pour la Communauté française), *M.B.*, 15 avril 1965, p. 4014, telle que modifiée par le décret du Conseil flamand du 24 septembre 2019 modifiant la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié d'infraction et à la réparation



du dommage causé par ce fait et le décret du 15 février 2019 sur le droit en matière de délinquance juvénile, en ce qui concerne les dispositions transitoires, *M.B.*, 1<sup>er</sup> octobre 2019, p. 89616.

Loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière (« la loi sur la circulation routière »), *M.B.*, 27 mars 1968, p. 3146, telle que modifiée par le décret-programme du Conseil flamand du 13 décembre 2019 de l'ajustement du budget 2019, *M.B.*, 09 janvier 2020, p. 330.

Loi du 18 février 1969 relative aux mesures d'exécution des traités et actes internationaux en matière de transport par mer, par route, par chemin de fer ou par voie navigable, *M.B.*, 4 avril 1969, p. 2988, telle que modifiée par la loi du 8 mai 2019 introduisant le Code belge de la Navigation, *M.B.*, 1<sup>er</sup> août 2019, p. 75432.

Loi du 20 août 1969 portant approbation à la Convention unique sur les stupéfiants, *M.B.*, 27 novembre 1969, p. 11714.

Loi du 19 juillet 1975 portant assentiment à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959, *M.B.*, 23 octobre 1975, p. 13275.

Loi générale sur les douanes et accises du 18 juillet 1977, *M.B.*, 21 septembre 1977, p. 11476, telle que modifiée par la loi du 9 décembre 2019 modifiant la loi générale sur les douanes et accises du 18 juillet 1977 et le code de la taxe sur la valeur ajoutée transposant la directive (UE) 2017/1371, *M.B.*, 18 décembre 2019, p. 114228.

Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980, p. 14584, telle que modifiée par la loi du 31 juillet 2020 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, relative aux personnes faisant l'objet d'un transfert temporaire intragroupe et modifiant la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses relatives à l'asile et à l'immigration en ce qui concerne le résorption de l'arriéré du contentieux, *M.B.*, 28 août 2020, p. 64148.

Loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, *M.B.*, 8 décembre 1989, p. 20122, telle que modifiée par la loi du 2 mai 2019 portant dispositions diverses en matière d'économie, *M.B.*, 22 mai 2019, p. 48542.

Loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43, et 505 du Code pénal et insérant un article 43bis dans ce même Code, *M.B.*, 15 août 1990, p. 15886.

Loi du 25 juin 1992 portant assentiment à la Convention contre les substances psychotropes de 1971, *M.B.*, 21 mars 1996, p. 6437.

Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, *M.B.*, 5 août 1993, p. 17751.

Loi du 6 août 1993 portant approbation à la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988, *M.B.*, 21 mars 1996, p. 6461.

Loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies, *M.B.*, 29 juillet 1995, telle que modifiée par la loi du 2 mai 2019 portant des dispositions financières diverses, *M.B.*, 21 mai 2019, p. 48120.

Loi du 20 mai 1997 sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution de saisies et de confiscations, *M.B.*, 3 juillet 1997, p. 17727.

Loi du 4 juin 1998 portant assentiment à la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, *M.B.*, 4 juin 1998, p. 18173.

Loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale, *M.B.*, 14 février 2003, p. 7547.

Loi du 26 mars 2003 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, *M.B.*, 2 mai 2003, p. 23681.

Loi du 13 mai 2003 relative à la mise en œuvre des mesures restrictives adoptées par le Conseil de l'Union européenne à l'encontre d'Etats, de certaines personnes et entités, *M.B.*, 13 juin 2003, p. 31923.

Loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire, *M.B.*, 7 août 2003, p. 40506.

Loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes, *M.B.*, 29 décembre 2003, p. 61689.

Loi du 30 mars 2004 portant assentiment à la Convention pour la répression du financement du terrorisme de 1999, *M.B.*, 17 juin 2004, p. 44951.

Loi du 24 juin 2004 portant assentiment à la Convention contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000, *M.B.*, 13 octobre 2004, p. 71306.

Loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses, *M.B.*, 28 juillet 2005, p. 33411.

Loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 26 mars 2003 portant création d'une 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, *M.B.*, 8 septembre 2005, p. 39340.

Loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil, *M.B.*, 2 septembre 2005, p. 38454.

Loi du 27 décembre 2005 portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée, *M.B.*, 30 décembre 2005, p. 57397.

Lois du 9 février 2006 modifiant le Code pénal en vue de renforcer la lutte contre les pratiques des marchands de sommeil, *M.B.*, 28 février 2006, p. 12140.

Loi du 8 juin 2006 réglant des activités économiques et individuelles avec des armes (« loi sur les armes »), *M.B.*, 9 juin 2006, p. 29840, telle que modifiée par la loi du 5 mai 2019 portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social, *M.B.*, 24 mai 2019, p. 50023.

Loi du 10 juillet 2006 relative à l'analyse de la menace, *M.B.*, 20 juillet 2006, p. 36182.

Loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (I), *M.B.*, 28 décembre 2006, p. 75266.

Loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (II), *M.B.*, 28 décembre 2006, p. 75345.

Loi-programme (II) du 27 décembre 2006, *M.B.*, 28 décembre 2006, p. 75862.

Loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV), *M.B.*, 8 mai 2007, p. 25103.

Loi du 27 avril 2007 modifiant la loi du 26 mars 2003 portant création d'un Organe central pour la Saisie et la Confiscation et portant des dispositions sur la gestion à valeur des biens saisis et sur l'exécution de certaines sanctions patrimoniales, *M.B.*, 8 mai 2007, p. 25195.

Loi du 8 mai 2007 portant assentiment à la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, *M.B.*, 18 novembre 2008, p. 61306.

Loi du 10 mai 2007 portant diverses mesures en matière de recèlement et de saisie, *M.B.*, 22 août 2007, p. 43896.

Loi du 29 août 2009 portant assentiment 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 au financement du terrorisme du 16 mai 2005, *M.B.*, 22 décembre 2009, p. 80236.

Loi du 22 décembre 2009 relative au régime général d'accises, *M.B.*, 31 décembre 2009, p. 82713, telle que modifiée par la loi du 20 décembre 2019 modifiant la loi du 22 décembre 2009 relative au régime général d'accise transposant la directive (UE) 2019/475, *M.B.*, 24 décembre 2019, p. 116336.

Loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses en matière de Justice (I), *M.B.*, 15 janvier 2010, p. 1885.

Loi du 6 avril 2010 portant assentiment à la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs de 1970, *M.B.*, 21 septembre 2010, p. 58600.

Loi-programme (II) du 29 mars 2012, *M.B.*, 6 avril 2012, p. 22192.

La loi du 15 juillet 2013 portant des dispositions urgentes en matière de lutte contre la fraude, *M.B.*, 19 juillet 2013, p. 45431.

Loi 15 juillet 2013 relative au transport de voyageurs par relative au transport de voyageurs par route et portant exécution du Règlement (CE) n° 1071/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes sur les conditions à respecter pour exercer la profession de transporteur par route, et abrogeant la Directive 96/26/CE du Conseil, et portant exécution du Règlement (CE) n° 1073/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant des règles communes pour l'accès au marché international des services de transport par autocars et autobus, et modifiant le Règlement (CE) n° 561/2006, *M.B.*, 18 février 2014, p. 13087, telle que modifiée par l'Arrêté du Gouvernement flamand du 19 juillet 2019 portant exécution de l'article 190 du décret du 8 juin 2018 contenant l'ajustement des décrets au 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) *M.B.*, 2 septembre 2019, p. 83742.

Loi du 27 novembre 2013 complétant les articles 43*bis*, 382*ter* et 433*novies* du Code pénal, ainsi que l'article 77*sexies* de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, relativement à la confiscation spéciale, *M.B.*, 13 décembre 2013, p. 98557.

Loi du 7 février 2014 modifiant la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes et psychotropes, *M.B.*, 10 mars 2014, p. 20376.

La loi du 11 février 2014 portant des mesures diverses visant à améliorer le recouvrement des peines patrimoniales et des frais de justice en matière pénale (I), *M.B.*, 8 avril 2014, p. 29894.

Loi du 11 février 2014 portant des mesures diverses visant à améliorer le recouvrement des peines patrimoniales et des frais de justice en matière pénale (II), *M.B.*, 8 avril 2014, p. 29913.

Loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de Justice, *M.B.*, 15 mai 2014, p. 39045.

Loi du 5 mai 2014 relative à l'internement, *M.B.*, 9 juillet 2014, p. 52159.

Loi du 18 décembre 2015 portant des dispositions financières diverses, portant la création d'un service administratif à compatibilité autonome "Activités sociales", portant modification de la loi du 11 mai 1995 relative à la mise en oeuvre des décisions du Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations unies et portant une disposition en matière d'égalité des femmes et des hommes, *M.B.*, 29 décembre 2015, p. 79809.

Loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, *M.B.*, 6 octobre 2017, p. 90839.

Loi du 4 février 2018 contenant les missions et la composition de l'Organe central pour la Saisie et la Confiscation (appelée la "loi OCSC"), *M.B.*, 26 février 2018, p. 16101.

Loi du 18 mars 2018 modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire, *M.B.*, 2 mai 2018, p. 37317.

Loi du 2 mai 2019 portant des dispositions financières diverses, *M.B.*, 21 mai 2019, p. 48120.

Loi du 5 mai 2019 portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social, *M.B.*, 24 mai 2019, p. 50023.

Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

## ***Documents parlementaires***

### Code pénal

*Doc. parl.*, Sen., session 1865-1866, doc. 11/76.

*Doc. parl.*, Ch., session 1850-1851, doc. 245.

### Loi du 17 juillet 1990

*Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/1.

*Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/4.

### Loi du 11 mai 1995

*Doc. parl.*, Sénat, session 1993-1994, doc. 1173-1.

Loi du 20 mai 1997

*Doc. parl.*, Ch., session 1995-1996, doc. 427/1.

Loi du 19 décembre 2002

*Doc. parl.*, Ch., 2001-2002, doc. 50-1601/01.

*Doc. parl.*, Ch., sess 2001-2002, doc. n° 1601/004.

*Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 1601/006.

Loi du 26 mars 2003

*Doc. parl.*, Ch., session 2002-2003, doc. 50-2117/001.

Loi du 24 juin 2004

*Doc. Parl.*, Sen., 2003-2004, doc. 3/261/1.

Loi du 20 juillet 2005 (faillites)

*Doc. parl.*, Ch., 2004-2005, doc. 51-1811/001.

Loi du 27 décembre 2005

*Doc. parl.*, Ch., 2005-2006, doc. 51-2055/001.

Loi du 27 décembre 2006 (I)

*Doc. parl.*, Ch., session 2006-2007, doc. 51-2760/001, p. 265.

Loi du 8 mai 2007

*Doc. Parl.*, Sen., 2006-2007, doc. 3-2136/1

Loi du 29 août 2009

*Doc. parl.*, Sen., Session 2008-2009, doc. 4-1292.

Loi du 27 novembre 2013

*Doc. parl.*, Ch., session 2012-2013, doc. 53-2819/005, p. 2.

Loi du 7 février 2014

*Doc. parl.*, Ch., 2013-2014, doc. 53-3112/001, p. 12.

Loi du 11 février 2014 (I)

*Doc. parl.*, Ch., session 2012-2013, doc. 53-2934/001 et 2935/001.

Loi du 25 avril 2014

*Doc. parl.* Ch., session 2013-2014, doc. 53-3149/001, p. 17.

### Loi du 18 décembre 2015

*Doc. parl.*, Ch., session 2015-2016, doc. 54-1459/2.

### Loi du 4 février 2018

*Doc. parl.*, Ch., session 2017-2018, doc. 54-42732/001.

### Loi du 18 mars 2018

*Doc. parl.*, Ch., session 2017-2018, doc. 54-2753/001

### Loi du 2 mai 2019

*Doc. parl.*, Ch., session 2018-2019, doc. 54-3624/002.

### Avant-projet de réforme du Code pénal

*Doc. parl.*, Ch., session 2018-2019, doc. 54-3651/001.

*Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001.

### ***Actes règlementaires***

Arrêté ministériel d'exécution de l'arrêté royal du 17 juin 2002, *M.B.*, 26 juin 2002, p. 28989.

Arrêté ministériel du 15 juin 2000 d'exécution de l'arrêté royal du 17 février 2000 relatif aux mesures restrictives à l'encontre des Talibans d'Afghanistan, *M.B.*, 1er juillet 2000, p. 23149.

Arrêté ministériel du 13 octobre 2006, *M.B.*, 13 octobre 2006, p. 54829.

Arrêté ministériel du 5 juillet 2011, *M.B.*, 5 juillet 2011, p. 38502.

Arrêté royal du 24 mars 1936 sur la détention au greffe et la procédure en restitution des choses saisies en matière répressive, *M.B.*, 26 mars 1936, p. 1808.

Arrêté royal du 9 août 1991 réglant le délai et les modalités du recours des tiers prétendant droit sur une chose confisquée, *M.B.*, 17 octobre 1991, p. 23190.

Arrêté royal du 2 mai 2002 relatif aux mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, *M.B.*, 28 mai 2002, p. 23023.

Arrêté royal du 10 novembre 2004 relatif à l'interdiction d'aide et d'assistance concernant les activités militaires à Oussama ben Laden, aux membres de l'organisation Al-Qaida, aux Talibans et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés, *M.B.*, 29 novembre 2004, p. 80174.

Arrêté royal du 28 décembre 2006 relatif aux mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme, *M.B.*, 17 janvier 2007, p. 1898.

Arrêté royal du 25 avril 2014 portant exécution de l'article 464/4, § 1er, du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 30 mai 2014, p. 41988.

Arrêté royal du 28 janvier 2015 portant création du Conseil national de sécurité, *M.B.*, 30 janvier 2015, p. 8214.

Arrêté royal du 30 mai 2016 établissant la liste des personnes et entités visée aux articles 3 et 5 de l'arrêté royal du 28 décembre 2006 relatif aux mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme, *M.B.*, 1<sup>er</sup> juin 2016, p. 33916.

### ***Autres documents***

Circulaire du Collège des procureur généraux du 4 septembre 2014 COL 20/2014 – Destruction des biens saisis – Référé pénal.

Circulaire du 7 septembre 2015 Ministre de la Justice et du Ministre des Finances relative à la mise en œuvre des articles 3 et 5 de l'arrêté royal du 28 décembre 2006 relatif aux mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme.

Conseil supérieur de la justice, *avis sur l'avant-projet de Code pénal – Livre premier*, juin 2017.

GEENS, K., *Plan justice*, mars 2015.

## **Conseil de l'Europe**

### ***Conventions***

Convention civile sur la corruption de 1999, Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n° 174.

Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990, Conseil de l'Europe, *Série des Traités Européens*, n°141.

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 du 16 mai 2005, Conseil de L'Europe, *Série des Traités du Conseil de l'Europe*, n° 198.

Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959, Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, n°30

Convention pénale sur la corruption de 1999, Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n° 173.

Convention européenne sur la transmission des procédures répressives de 1972, Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n° 73.

Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs de 1970, Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, n° 70.

Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption de 2003, Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n°191.

### ***Autres documents***

Conseil de l'Europe, *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*, Série des traités du Conseil de l'Europe, 2005.

Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*, Strasbourg, publications du Conseil de l'Europe, 1991.

Cour européenne des droits de l'homme, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights. Protection of property*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2020.

Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable (volet civil)*, mis à jour au 20 avril 2020, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2020.

Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable (volet pénal)*, mis à jour au 31 décembre 2019, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2020.

Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pas de peine sans loi : principe de légalité des délits et des peines*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2019.

Recommandation n° R(80)10 de 1980 du Conseil de l'Europe relativement au transfert et à la sauvegarde de fonds d'origine criminelle.

### **Fonds Monétaire International**

Fonds Monétaire International, *Suppressing the financing of Terrorism: a handbook for Legislative drafting*, Washington DC, publications du Fonds Monétaire International, 2003, p. 4.

### **Groupe d'Action Financière (GAFI)**

G7, *Economic Declaration*, Paris, 16 juin 1989.

GAFI, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures Belgium Mutual Evaluation Report (april 2015)*, Paris, GAFI/OCDE, 2015.

GAFI, *Mandat du GAFI (2012-2020)*, 20 avril 2012, Washington D.C.

GAFI, *Méthodologie d'évaluation de la conformité technique aux recommandations du GAFI et de l'efficacité des systèmes de lbc/ft*, 2013 (mise à jour octobre 2019), GAFI, Paris.

GAFI, *Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Belgique - 3ème Rapport de suivi renforcé & réévaluation de notations de conformité technique*, GAFI, Paris, 2018, p. 5.



GAFI, *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération. Les recommandations du GAFI*, Paris, GAFI/OCDE, 2012 (mis à jour en juin 2019).

GAFI, *Note interprétative à la Recommandation Spéciale III (édition 2004)*, Paris, GAFI/OCDE, 2004.

GAFI, *Rapport 1990-1991*, Paris, 13 mai 1991.

GAFI, *Troisième rapport d'évaluation mutuelle de la Belgique de juin 2005*.

## **Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)**

Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 21 novembre 1997.

## **Organisation des États américains**

Convention interaméricaine contre la corruption du 29 mars 1996.

## **Organisation des Nations Unies**

### ***Conventions***

Charte des Nations unies du 26 juin 1945.

Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988, Nations Unies, *Recueil des traités*, 1990, vol. 1582, n°27627, p. 95 et s.

Convention de 1931 visant à limiter la fabrication et à réglementer la distribution des stupéfiants, Société des Nations, *Recueil des Traités*, 1933, vol. 139, n° 3219, p. 300.

Convention de 1936 pour la répression du trafic illicite des drogues nuisibles, Société des Nations, *Recueil des Traités*, 1939, vol. 198, n° 4648, p. 301.

Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2225, p. 209.

Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, p. 41.

Convention générale sur la Prévention et la Répression du Terrorisme de 1937, LN doc. n° C.546.M.383.1937.V, réimprimé dans (1938) 19, *League of Nations Official Journal*, 23.

Convention pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, p. 197.

Convention sur les substances psychotropes de 1971, Nations Unies, *Recueil des traités*, 1976, vol. 1019, n°14956, p. 175 et s.

Convention unique sur les stupéfiants de 1961, Nations Unies, *Recueil des traités*, 1964, vol. 520, n° 7515, pp. 153 et s., telle qu'amendée en 1972, Nations Unies, *Recueil des traités*, 1975, vol. 976, n°14151.

Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air du 15 novembre 2000, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2241, p. 519.

Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions du 31 mai 2001, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2326, p. 208.

Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants du 15 novembre 2000, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2237, p. 319.

#### ***Résolutions du Conseil de sécurité***

Résolution 1214, 8 décembre 1998.

Résolution 1267, 15 octobre 1999.

Résolution 1333, 19 décembre 2000.

Résolution 1373, 28 septembre 2001.

Résolution 1390, 16 janvier 2002.

Résolution 1483, 22 mai 2003.

Résolution 1518, 24 novembre 2003.

Résolution 1526, 13 janvier 2004.

Résolution 1617, 29 juillet 2005.

Résolution 1624, 14 septembre 2005.

Résolution 1730, 19 décembre 2006.

Résolution 1735, 22 décembre 2006.

Résolution 1822, 30 juin 2008.

Résolution 1904, 17 décembre 2009.

Résolution 1988, 17 juin 2011.

Résolution 1989, 17 juin 2011.

Résolution 2083, 17 décembre 2012.

Résolution 2161, 17 juin 2014.

Résolution 2170, 15 août 2014.

Résolution 2178, 24 septembre 2014.

Résolution 2253, 17 décembre 2015.

Résolution 2341, 13 février 2017.

Résolution 2368, 20 juillet 2017.

Résolution 2395, 21 décembre 2017.

Résolution 2462, 28 mars 2019.

### ***Résolution de l'Assemblée générale***

Résolution 51/210, 17 décembre 1996.

Résolution 55/25, 15 novembre 2000.

Résolution 55/61, 4 décembre 2000.

### ***Autres documents***

Assemblée Générale des Nations Unies, *Proposal submitted by France in Ad Hoc Committee established by General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1996, "Revised text of article 17"*, 22 mars 1999, doc. A/54/37, Annex II, 5 mai 1999.

Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration politique et Plan d'action contre la criminalité transnationale organisée*, 4 décembre 1994, doc. A/49/748.

Bureau du Médiateur du Comité des sanctions contre l'EIL (Daech) et Al-Qaida, *Lettre datée du 6 février 2019, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Médiateur*, doc. S/2019/112.

Bureau du Médiateur du Comité des sanctions contre l'EIL (Daech) et Al-Qaida, *Lettre datée du 7 février 2020, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Médiateur*, doc. S/2020/106.

Comité contre le terrorisme, *Guide technique pour la mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité et d'autres résolutions pertinentes*, 27 décembre 2019, doc. S/2019/998 du Conseil de sécurité.

Comité du Conseil de sécurité contre Al-Qaida, *Note explicative sur la terminologie du gel d'avoirs approuvée par le Comité des sanctions*, 24 février 2015.

Comité du Conseil de sécurité faisant suite aux résolutions 1267(1999), 1989 (2011) et 2253 (2015) concernant l'EIL (Daech), Al-Qaida et les personnes, groupes, entreprises et entités qui lui sont

associées, *Directives régissant la conduite des travaux du Comité*, adoptées le 7 novembre 2002, modifiées les 10 avril 2003, 21 décembre 2005, 29 novembre 2006, 12 février 2007, 9 décembre 2008, 22 juillet 2010, 26 janvier 2011, 30 novembre 2011, 15 avril 2013, 23 décembre 2016 et le 5 septembre 2018, doc. 18-14912 (F).

EMMERSON, B., *Report of the special rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, 26 septembre 2012, doc. A/67/396.

EMMERSON, B., *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, 16 juin 2015, doc. A/HRC/29/51.

EMMERSON B., *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, 13 septembre 2016, doc. A/71/384.

Nations Unies, *Commentaires sur la Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, Nations Unies, New York, 1975.

Nations Unies, *Commentaires sur la Convention sur les substances psychotropes de 1971*, Nations Unies, New York, 1978.

Organisation des Nations Unies, *Formes et dimensions nouvelles – nationales et transnationales – de la criminalité*, acte du Congrès tenu du 1<sup>er</sup> au 12 septembre 1975, doc. A/conf.56/3.

Organisation des Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, Nations Unies, New York, 2000.

Organisation des Nations Unies, *Étude mondiale sur le transfert de fonds d'origine illicite, en particulier de fonds provenant d'actes de corruption*, 28 novembre 2002, doc. A/AC.261/12.

Organisations des Nations Unies, *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, New York, Publications des Nations Unies, 2008.

UNODC, *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s'y rapportant*, New York, Publication des Nations Unies, 2005.

UNODC, *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*, Vienne, Publication des Nations Unies, 2010.

UNODC, *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*, UNODC, 2011.

UNODC, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, New York, Publication des Nations Unies, 2eme édition, 2012.

UNODC, *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies, contre la corruption*, New York, Publication des Nations Unies, 2012.

UNODC, « The drug problem and organized crime, illicit financial flows, corruption and terrorism », *World Drug Report 2017. Fifth book*, 2017.

UNOTC, Résolution 9/1 adoptée à l'occasion de la neuvième session de la Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée tenue du 15 au 19 octobre 2018.

## **Union africaine**

Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption du 12 juillet 2003, <http://au.int/en/treaties>.

## **Union européenne**

### ***Traités***

Deuxième Protocole du 19 juin 1997 établi sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *J.O.*, C 221 du 19 juillet 1997.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.*, C 303 du 14 décembre 2007.

Convention d'application de l'accord de Schengen conclue le 19 juin 1990 entre les pays du Benelux, l'Allemagne et la France, *J.O.*, L 239 du 22 septembre 2000, p. 19-62.

Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, du 26 mai 1997, *J.O.*, C 195, 25 juin 1997.

Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne et les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé à Amsterdam le 2 octobre 1997, *J.O.*, C 340 du 10 novembre 1997.

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, *J.O.*, C 306 du 17 décembre 2007.

Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, *J.O.*, C 191 du 29 juillet 1992.

Traité sur l'Union européenne, *J.O.*, C 202 du 7 juin 2016, p. 13 (version consolidée 2016).

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.*, C 202 du 7 juin 2016, p. 47 (version consolidée 2016).

### ***Actes législatifs***

Action commune 98/699/JAI adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne du 3 décembre 1998 concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime du 3 décembre 1998, *J.O.*, L. 333 du 9 décembre 1998, p. 1.

Action commune 98/733/JAI adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne du 21 décembre 1998, *J.O.*, L 351 du 29 décembre 1998, p. 1.

Décision 2001/927/CE du 27 décembre 2001 établissant la liste prévue à l'article 2, paragraphe 3, du Règlement (CE) 2580/2001, *J.O.*, L 344 du 28 décembre 2001, p. 83.

Décision (PESC) 2016/1693 du Conseil du 20 septembre 2016 concernant des mesures restrictives à l'encontre de l'EIL (Daech) et d'Al-Qaida et de personnes, groupes, entreprises et entités associés, et abrogeant la position commune 2002/402/PESC, *J.O.*, L 255 du 21 septembre 2016, p. 25.

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, *J.O.*, L 140 du 14 juin 2000, p. 1.

Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 sur le blanchiment, l'identification, le dépistage, le gel, la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, *J.O.*, L 182 du 5 juillet 2001, p. 1.

Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *J.O.*, L 164 du 22 juin 2002, p. 3.

Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, *J.O.*, L 203 du 1 août 2002, p. 1.

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, *J.O.*, L 328 du 5 décembre 2002, p. 1.

Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, *J.O.*, L 192 du 31 juillet 2003, p. 54.

Décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, *J.O.*, L 13 du 20 janvier 2004, p. 44.

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, *J.O.*, L 335 du 11 novembre 2004, p. 8.

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, *J.O.*, L 65 du 15 mars 2005, p. 49.

Décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, *J.O.*, L 328 du 24 novembre 2006, p. 59.

Décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée, *J.O.*, L 300 du 11 novembre 2008, p. 42.

Directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, *J.O.*, L 166 du 28 juin 1991, p. 1.

Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001, *J.O.*, L 344 du 28 décembre 2001, p. 76.

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.O.*, L 101 du 15 avril 2011, p. 1.

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, *J.O.*, L 335 du 17 décembre 2011, p. 1.

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, *J.O.*, L 2018 du 14 août 2013, p. 8.

Directive 2014/42/UE du Conseil et du Parlement du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, *J.O.*, L 127 du 29 avril 2014, p. 39.

Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme, *J.O.*, L 88 du 31 mars 2017, p. 6.

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, *J.O.*, L 198 du 28 juillet 2017, p. 29.

Position commune du Conseil du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (2001/931/PESC), *J.O.*, L 344 du 28 décembre 2001, p. 93.

Règlement (CE) 2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, *J.O.*, L 344 du 28 décembre 2001, p. 70.

Règlement (CE) 881/2002 du Conseil du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées aux organisations EIIL (Daech) et Al-Qaida, *J.O.*, L 139 du 29 mai 2002, p. 9.

Règlement (UE) 1286/2009 du 22 décembre 2009 modifiant le règlement (CE) 881/2002, *J.O.*, L 346 du 23 décembre 2009, p. 42.

Règlement (UE) n° 182/2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, *J.O.*, L 55 du 28 février 2011, p. 14.

Règlement (UE) 2016/1686 du Conseil du 20 septembre 2016 instituant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de l'EIIL (Daech) et d'Al-Qaida ainsi que des personnes physiques et morales, des entités ou des organismes qui leur sont liés, *J.O.*, L 255 du 21 septembre 2016, p. 1.

Règlement (UE) 2018/1805 du 14 novembre 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation, *J.O.*, L 303 du 28 novembre 2018, p. 1.

### ***Documents préparatoires***

#### **Décision-cadre 2005/212/JAI**

Conseil, docs. 12816/02, 13446/02, 14090/02, 14852/02, 14209/02.

Initiative danoise, *J.O.*, C 184 du 2 août 2002, p. 3.

Note explicative de l'initiative danoise, doc. 9956/02 ADD 1.

Parlement européen, *Résolution législative du Parlement européen sur l'initiative du Royaume de 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 (10697/2002 – C5-0375/2002 – 2002/0818(CNS))*, doc. P5\_TA(2002)0552, *J.O.* C 25E du 29 janvier 2004, p. 162-171.

Rapport de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures, 7 novembre 2002, doc. A5-0383/2002.

#### Décision (PESC) 2016/1693

Proposition présentée au Conseil par le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité en vue d'une décision du Conseil concernant des mesures restrictives à l'encontre des membres des organisations EIIL (Daech) et Al-Qaida et d'autres groupes, entreprises et entités associés, et abrogeant la position commune 2002/402/PESC, Doc. 9794/16.

#### Directive 2014/42/UE

Analyse d'impact, doc. 7641/12 ADD 1 du Conseil.

Conseil, docs. 8650/12, 11369/12, 11967/12, 12839/12, 13688/12, 14016/12, 14575/12, 14826/12, 15212/12, 15769/12, 16556/12, 17117/12, 17287/12, 14603/13, 16861/13, 6744/14 et 7789/1/14REV 1.

Opinion du Comité économique et social européen, doc. 12704/12 du Conseil.

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).

Rapport de la Commission LIBE du Parlement européen, 20 mai 2013, doc. A7- 0178/2013.

#### Règlement (UE) 2018/1805

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation, 21 décembre 2016, COM/2016/0819 final - 2016/0412 (COD)

#### ***Autres documents***

Commission, *La stratégie de sécurité intérieure de l'Union européenne en action: cinq étapes vers une Europe plus sûre*, 22 novembre 2010, COM(2010) 673.

*Commission Staff Working Document - Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*, 12 avril 2019, doc. SWD(2019) 1050 final.

Commission européenne, *EU sanctions map*.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 20 novembre 2008, « Produits du crime - garantir que "le crime ne paie pas" », doc. COM(2008) 766 final.

Conclusions de la présidence du Conseil européen de Dublin des 13 et 14 décembre 1996.

Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999.

Conclusions et plan d'action du Conseil européen extraordinaire du 21 septembre 2001.



Conclusions du Conseil de l'Union européenne sur la confiscation et le recouvrement des avoirs du 28 mai 2010, doc. 7769/3/10.

Conclusions du Conseil européen des 26 et 27 juin 2014.

Conclusions du Conseil relatives à la stratégie régionale de l'Union européenne pour la Syrie et l'Iraq, ainsi que pour la menace que constitue l'EIL/Daech, 16 mars 2015, doc. 7267/15.

Déclaration du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2014, doc. 7329/1/14 REV 1 ADD 1.

Déclarations du Conseil européen et des chefs d'Etats et de gouvernements du 15 février 2015.

Déclarations du Conseil européen et des chefs d'Etats et de gouvernements du 23 avril 2015.

Déclarations du Conseil européen et des chefs d'Etats et de gouvernements du 23 septembre 2015.

Déclaration commune des ministres européens de la justice et de l'intérieur et des représentants des institutions de l'Union européenne sur les attentats terroristes perpétrés le 22 mars 2016 à Bruxelles du 24 mars 2016.

Parlement européen, Résolution du 25 octobre 2011 sur la criminalité organisée dans l'Union européenne, doc. P7\_TA(2011)0459.

Programme d'action relatif à la criminalité organisée, *J.O.*, C 251 du 15 août 1997.

Programme de la Haye: renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, *J.O.*, C 53 du 3 mars 2005.

Programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *J.O.*, C 115 du 4 mai 2010.

Programme européen en matière de Sécurité du 28 avril 2015 de la Commission européenne, COM(2015) 185 final.

Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Recouvrement et confiscation d'avoirs: Garantir que le crime ne paie pas, 2 juin 2020, doc. COM(2020) 217 final.

Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le Terrorisme du 30 novembre 2005, doc. 14469/4/05 REV 4.

\*\*\*\*\*

## Tables des décisions

### Belgique

#### *Conseil d'Etat*

Arrêt n° 239.266 du 29 novembre 2017, *Bensouda Koraïchi/Etat belge*.

Arrêt n° 244.255 du 23 avril 2019, *Assadi/Etat belge*.

#### *Cour constitutionnelle (anciennement Cour d'arbitrage)*

Arrêt n° 162/2001 du 19 décembre 2001.

Arrêt n° 38/2002 du 20 février 2002.

Arrêt n° 175/2004 du 3 novembre 2004.

Arrêt n° 190/2004 du 24 novembre 2004.

Arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007.

Arrêt n° 73/2010 du 23 juin 2010.

Arrêt n° 65/2014 du 3 avril 2014.

Arrêt n° 41/2015 du 26 mars 2015.

Arrêt n° 168/2016 du 22 décembre 2016.

Arrêt n° 12/2017 du 9 février 2017.

Arrêt n° 99/2018 du 19 juillet 2018.

#### *Cour de cassation*

Arrêt du 5 juin 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 371.

Arrêt du 24 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 123, concl. Av. gen. Hayoit de Termicourt.

Arrêt du 23 février 1959, *Bull. et Pas.*, 1959, I, 636.

Arrêt du 8 octobre 1962, *Pas.*, I, p. 167.

Arrêt du 19 février 1968, *Pas.* 1968, I, p. 752.

Arrêt du 16 mars 1970, *R.W.*, 1970-1971, p. 785.

Arrêt du 2 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 112.

Arrêt du 18 juin 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 1137.

Arrêt du 14 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 416.

Arrêt du 23 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 517.

Arrêt du 15 janvier 1990, RG 7814.

Arrêt du 7 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 688.

Arrêt du 17 juillet 1995, *Pas.*, 1995, p. 733.

Arrêt du 31 juillet 1995, P.95.0807.F.

Arrêt du 24 juin 1998, P.97.1120.F.

Arrêt du 9 novembre 1999, P.97.1058.N.

Arrêt du 16 mai 2000, P.00.0296.N.

Arrêt du 29 mai 2001, P.00.1434.N.

Arrêt du 25 février 2003, P.02.0674.N.

Arrêt du 21 octobre 2003, P.03.0757.N.

Arrêt du 22 juin 2004, P.04.0397.N.

Arrêt du 11 janvier 2005, P.04.1087.N.

Arrêt du 12 juillet 2005, P.05.0745.F.

Arrêt du 8 novembre 2005, P.050996.N.

Arrêt du 11 avril 2006, P.06.0011.N.

Arrêt du 3 mai 2006, P.06.0220.F.

Arrêt du 17 octobre 2006, P.06.0846.N.

Arrêt du 9 mai 2007, P.06.1673.F et concl. de l'Av. gen. Vandermeersch.

Arrêt du 28 juin 2007, C.02.0173.F.

Arrêt du 4 septembre 2007, P.07.0219.N.

Arrêt du 16 octobre 2007, P.07.1202.N.

Arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2008, P.07.1824.N.

Arrêt du 4 avril 2008, C.07.0083.F.

Arrêt du 14 mai 2008, P.08.0188.F.

Arrêt du 25 novembre 2008, P.08.0951.N.

Arrêt du 27 mai 2009, P.09.0240.F et concl. contr. Av. gen. Vandermeersch.

Arrêt du 14 octobre 2009, P.08.1095.F. et concl. part. contr. Av. gen. Vandermeersch.

Arrêt du 3 juin 2009, P.08.1732.F.

Arrêt du 27 octobre 2010, P.09.1580.F et concl. de l'av. gén. Vandermeersch.

Arrêt du 9 février 2011, P.10.1616.F.

Arrêt du 18 octobre 2011, P.11.0201.N.

Arrêt du 10 janvier 2012, P.11.0938.N.

Arrêt du 11 janvier 2012, P.11.1411.F.

Arrêt du 20 mars 2012, P.11.1952.N.

Arrêt du 8 mai 2012, P.11.0583.N.

Arrêt du 14 novembre 2012, P.12.1052.F.

Arrêt du 5 décembre 2012, P.12.1235.F.

Arrêt du 15 janvier 2013, P.12.0284.N.

Arrêt du 23 janvier 2013, P.12.1448.F.

Arrêt du 9 avril 2013, P.09.0240.F.

Arrêt du 3 septembre 2013, P.10.1836.N.

Arrêt du 11 septembre 2013, P.13.0505.F.

Arrêt du 12 novembre 2013, P.12.1744.N.

Arrêt du 11 février 2014, P.13.0030.N.

Arrêt du 4 mars 2014, P.13.1775.N.

Arrêt du 10 juin 2014, P.14.0280.N.

Arrêt du 14 octobre 2014, P.13.1970.N.

Arrêt du 15 octobre 2014, P.14.1234.F.

Arrêt du 4 novembre 2014, P.13.0541.N.

Arrêt du 20 janvier 2015, P.14.1176.N.

Arrêt du 23 janvier 2015, C.13.0157.N.

Arrêt du 22 septembre 2015, P.15.0512.N.

Arrêt du 23 septembre 2015, P.13.1451.F.

Arrêt du 15 décembre 2015, RG P.15.1142.N.

Arrêt du 22 décembre 2015, P.14.1306.N.

Arrêt du 12 juin 2018, P.17.1215.N.  
Arrêt du 13 mars 2018, P.17.0083.N.  
Arrêt du 12 septembre 2018, P.18.0350.F.  
Arrêt du 25 septembre 2018, P.18.0281.N.  
Arrêt du 2 octobre 2018, P.18.0276.N.  
Arrêt du 10 octobre 2018, P.18.0751.F.  
Arrêt du 23 octobre 2018, P.18.0052.N.  
Arrêt du 28 novembre 2018, P.18.0729.F.  
Arrêt du 29 janvier 2019 P.18.0422.N.  
Arrêt du 20 mars 2019, P.18.0624.F.  
Arrêt du 28 mai 2019, P.19.0113.N.

### ***Autres juridictions***

Anvers (mis. Acc.), 19 janvier 1999, réf. 148/99.  
Anvers, 20 juillet 2004, *T. Strafr.*, 2005, liv. 1, p. 56.  
Anvers, 16 décembre 2015, *T. Strafr.* 2017, liv. 1, p. 50.  
Bruxelles, 12 janvier 1966, *J.T.*, p. 208, et note.  
Bruxelles, (14e ch. corr.), 20 juin 1997, *R.D.P.C.*, 1997, p. 1092.  
Civ. Bruxelles (saisies), 29 novembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 835.  
Civ. Bruxelles, 4e chambre, 11 février 2005, R.G. 2004/2435-A, inédit.  
Corr. Bruxelles, 51<sup>ème</sup> ch., 19 avril 2004, *Journal des procès*, Bruxelles, Bruylant, 10 septembre 2004, no 485, pp. 25-30.  
Corr. Bruxelles (70<sup>ème</sup> ch.), 5 juillet 2016, n° 03502, inédit.  
Mons (3e ch. corr.), 20 octobre 1993, *R.D.P.C.*, 1994, p. 911 Bruxelles, 30 juin 2003, *R.D.P.C.*, 2004, p. 517.

### **Conseil de l'Europe**

#### ***Commission des droits de l'homme***

Décision *Arcuri e.a. c. Italie* du 5 juillet 2001, req. 52024/99.

Décision *Butler c. Royaume-Uni* du 27 juin 2002, req. 41661/98.  
[plénière] Décision *C. c. Italie* du 11 mai 1988, req. 10889/84.  
Décision *Dassa Foundation e.a. c. Liechtenstein* du 10 juillet 2007, req. 696/05.  
Décision *Licata c. Italie* du 27 mai 2004, req. 32221/02.  
Décision *M. c Italie* du 15 avril 1991, req. 12386/86.  
Décision *Riela e.a. c. Italie* du 4 septembre 2001, req. 52439/99.  
Décision *Walsh c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2006, req. 43384/05.  
Décision *Webb c. Royaume-Uni* du 10 février 2004, req. 56054/00.  
[plénière] Décision *X. c. Belgique* du 9 mai 1977, req. 7628/76.  
Rapport *Can c. Autriche* du 12 juillet 1984, req. 9300/81.  
Rapport *Ciulla c. Italie* du 8 mai 1987, req. 11152/84.  
Rapport *Jespers c. Belgique* du 14 décembre 1981, req. 8403/78

### ***Cour européenne des droits de l'homme***

#### Arrêts

*Aerts c. Belgique* du 30 juillet 1997, req. 25357/94.  
*Agosi c. Royaume-Uni* du 24 octobre 1986, req. 9118/80.  
*Agrokomplex c. Ukraine* du 6 octobre 2011, req. 23465/03.  
*Air Canada c. Royaume-Uni* du 13 juillet 1995, req. 18465/91.  
*Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, req. 6289/73.  
*Ajdaric c. Croatie* du 13 décembre 2011, req. 20883/09.  
[plénière] *Albert et Le Compte c. Belgique* du 10 février 1983, reqs. 7299/75 et 7496/76.  
[GC] *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21 juin 2016, req. 5809/08.  
*Aleksandar Sabev c. Bulgarie* du 19 juillet 2018, req. 43503/08.  
*Al Jedda c. Royaume-Uni* du 7 juillet 2011, req. 27021/08.  
[GC] *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* du 15 décembre 2011, reqs. 26766/05 et 22228/06.  
[GC] *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09.  
*Alenet de Ribemont c. France* du 10 février 1995, req. 15175/89.  
*Andelkovic c. Serbie* du 9 avril 2013, req. 1401/08.

*Andonoski c. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"* du 17 septembre 2015, req. 6225/08.

[GC] *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* du 11 janvier 2007, req. 73049/01.

*Ankerl c. Suisse* du 23 octobre 1996, req. 17748/91.

*A.P., M.P. et T.P. c. Suisse* du 29 août 1997, req. 19958/92.

[GC] *Assanidzé c. Géorgie* du 8 avril 2004, req. 71503/01.

[GC] *Avotiņš c. Lettonie* du 23 mai 2016, req. 17502/07.

*Axen c. Allemagne* du 8 décembre 1983, req. 8273/78.

*Bakan c. Turquie* du 12 juin 2007, req. 50939/99.

*Balsamo c. Saint-Marin* du 8 octobre 2019, reqs. 20319/17 et 21414/17.

[plénière] *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* du 6 décembre 1988, req. 10590/83.

*Bartaia c. Géorgie* du 26 juillet 2018, req. 10978/06.

*Baucher c. France* du 24 juillet 2007, req. 53640/00.

*Beaumartin c. France* du 24 novembre 1994, req. 15287/89.

*B.K.M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi c. Slovénie* du 17 janvier 2017, req. 42079/12.

[GC] *Béláné Nagy c. Hongrie* du 13 décembre 2016, req. 53080/13.

*Belilos c. Suisse* du 29 avril 1984, req. 10328/83.

*Bellet c. France* du 4 décembre 1995, req. 23805/94.

*Bendenoun c. France* du 24 février 1994, req. 12547/86.

[GC] *Benham c. Royaume-Uni* du 10 juin 1996, req. 19380/92.

*Bentham c. Pays-Bas* du 23 octobre 1985, req. 8848/80.

*Beraru c. Roumanie* du 18 mars 2014, req. 40107/04.

[GC] *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018, req. 71409/10.

[GC] *Beyeleer c. Italie* du 5 janvier 2000, req. 33202/96.

*Bikas c. Allemagne* du 25 janvier 2018, req. 76607/13.

[GC] *Bochan c. Ukraine* (n° 2) du 5 février 2015, req. 22251/08.

*Boddaert c. Belgique* du 12 octobre 1992, req. 12919/87.

*Bohmer c. Allemagne* du 3 octobre 2002, req. 37568/97.

*Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991, req. 12005/86.

*Borisova c. Bulgarie* du 21 décembre 2006, req. 56891/00.

[GC] *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* du 30 juin 2005, req. 45036/98.

[GC] *Broniowski c. Pologne* du 22 juin 2004, req. 31443/96.

*Brumarescu c. Roumanie* du 28 octobre 1999, req. 28342/95.

*Brusco c. France* du 14 octobre 2010, req. 1466/07.

*Bryan c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, req. 19178/91.

*Bulut c. Autriche* du 22 février 1996, req. 17358/90.

[GC] *Bykov c. Russie* du 13 mars 2009, req. 4378/02.

*Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984, reqs. 7819/77 et 7878/77.

*Capeau c. Belgique* du 13 janvier 2005, req. 42914/98.

*Carmel Saliba c. Malte* du 29 novembre 2016, req. 24221/13.

*Casse c. Luxembourg* du 27 avril 2006, req. 40327/02.

[GC] *Centro Europa 7 S.C.R.L. et Di Stefano c. Italie* du 7 juin 2012, req. 38433/09.

*Čepek c. République Tchèque* du 5 septembre 2013, req. 9815/10.

[GC] *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, req. 22414/93.

*Chaudet c. France* du 29 octobre 2009, req. 49037/06.

*Chevrol c. France* du 12 février 2003, req. 49636/99.

[GC] *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, req. 25781/94.

*Cleve c. Allemagne* du 15 janvier 2015, req. 48144/09.

*Clinique des Acacias et autres c. France* du 13 octobre 2005, reqs. 65399/01, 65406/01, 65405/01 et 65407/01.

*Coeme e.a. c. Belgique* du 22 juin 2000, reqs. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96.

*Comingersoll S.A. c. Portugal* du 6 avril 2000, req. 35382/97.

*Crompton c. Royaume-Uni* du 27 octobre 2009, req. 42509/05.

*Dağtekin et autres c. Turquie* du 13 décembre 2007, req. 70516/01.

*Daktaras c. Lituanie* du 10 octobre 2000, req. 42095/98.

*De Cubber c. Belgique* du 26 octobre 1984, req. 9186/80.

[GC] *Del Río Prada c. Espagne* du 21 octobre 2013, req. 42750/09.

*Del Sol c. France* du 26 février 2002, req. 46800/99.

*De Moor c. Belgique* du 23 juin 1994, req. 16997/90.



[GC] *Denisov c. Ukraine* du 25 septembre 2018, req. 76639/11.

[GC] *De Tommaso c. Italie* du 23 février 2017, req. 43395/09.

*Deweere c. Belgique* du 27 février 1980, req. 6903/75.

*Diamantides c. Grèce (n° 2)* du 19 mai 2005, req. 71563/01.

*Dilipak et Karakaya c. Turquie* du 4 mars 2014, reqs. 7942/05 et 24838/05.

*Dombo Beheer b.v. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, req. 14448/88.

*Donadze c. Georgie* du 7 mars 2006, req. 74644/01.

*Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, req. 20524/92.

*Dulaurans c. France* du 21 mars 2000, req. 34553/97.

[GC] *Dvorski c. Croatie* du 20 octobre 2015, req. 25703/11.

*Eckle c. Allemagne* du 15 juillet 1982, req. 8130/78.

[GC] *Edwards c. Royaume-Uni* du 27 octobre 2004, reqs. 39647/98 et 40461/98.

*Elif Kizil c. Turquie* du 20 mars 2020, req. 4601/06.

*Eker c. Turquie* du 24 octobre 2017, req. 24016/05.

*Elbis et Viziteu c. Roumanie* du 26 juin 2018, req. 47911/15.

*El Haski c. Belgique* du 25 septembre 2012, req. 649/08.

*El Kadaa c. Allemagne* du 12 novembre 2015, req. 2130/10.

[GC] *El Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* du 13 décembre 2012, req. 39630/09.

[GC] *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2000, req. 25735/94.

[plénière] *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, reqs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72.

*Eshonkulov c. Russie* du 15 janvier 2015, req. 68900/13.

*Essaadi c. France* du 26 février 2002, req. 49384/99.

[GC] *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9 octobre 2003, reqs. 39665/98 et 40086/98.

[GC] *Ferrazzini c. Italie* du 12 juillet 2001, req. 44759/98.

*Filkin c. Portugal* du 3 mars 2020, req. 69729/12.

*Findlay c. Royaume-Uni* du 25 février 1997, req. 22107/93.

*Fischer c. Autriche* du 26 avril 1995, req. 16922/90.

[GC] *Fitt et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, req. 28901/95.

*Fotti e.a. c. Italie* du 10 décembre 1982, reqs. 7604/76, 7719/76, 7781/77 et 7913/77.

*Galstyan c. Arménie* du 15 novembre 2007, req. 26986/03.

[GC] *Garcia Ruiz c. Espagne* du 21 janvier 1999, req. 30544/96.

*Geerings c. Pays-Bas* du 1<sup>er</sup> mars 2007, req. 30810/03.

*Georgiadis c. Grèce* du 29 mai 1997, req. 21522/93.

[GC] *G.I.E.M. e.a. c. Italie* du 28 juin 2018, reqs. 1828/06 34163/07 et 19029/11.

[GC] *Goç c. Turquie* du 11 juillet 2002, req. 36590/97.

*Goddi c. Italie* du 9 avril 1984, req. 8966/80.

*Gogitidze c. Géorgie* du 12 mai 2015, req. 36862/05.

*Goktepe c. Belgique* du 2 juin 2005, req. 50372/99.

[plénière] *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, req. 4451/70.

[GC] *Gorou c. Grèce* (n° 2) du 20 mars 2009, req. 12686/03.

*Grande Stevens e.a. c. Italie* du 4 mars 2014, reqs. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.

*Gregacevic c. Croatie* du 10 juillet 2012, req. 58331/09.

[GC] *Guérin c. France* du 29 juillet 1998, req. 25201/94.

[plénière] *Guzzardi c. Italie* du 6 novembre 1980, req. 7367/76.

*H c. Belgique* du 30 novembre 1987, req. 8950/80.

*Habran et Dalem c. Belgique* du 17 janvier 2017, reqs. 43000/11 et 49380/11.

*Helle c. Finlande* du 19 décembre 1997, req. 20772/92.

*Helmers c. Suède* du 29 octobre 1991, 11826/85.

*Henryk Urban et Ryszard Urban c. Pologne* du 30 novembre 2010, req. 23614/08.

[GC] *Hermi c. Italie* du 18 octobre 2006, req. 18114/02.

*Hudakova et autres c. Slovaquie* du 27 avril 2010, req. 23083/05.

*Iasir c. Belgique* du 26 janvier 2016, req. 21614/12.

[GC] *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09.

*Iglin c. Ukraine* du 12 janvier 2012, req. 39908/05.

*Imbrioscia c. Suisse* du 24 novembre 1993, req. 13972/88.

*Irlande c. Royaume-Uni* du 20 mars 2018, req. 5310/71.

[GC] *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, req. 54810/00.

*Janosevic c. Suède* du 23 juillet 2002, req. 34619/97.

[GC] *Jasper c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, req. 27052/95.

[GC] *John Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996, req. 18731/91.

*Juha Nuutinen c. Finlande* du 24 avril 2007, req. 45830/99.

*Julius Kloiber Schlachthof GmbH et autres c. Autriche* du 4 avril 2013, reqs. 21565/07, 21572/07, 21575/07 et 21580/07.

[GC] *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01.

*K.S. c. Finlande* du 31 mai 2001, req. 29346/95.

[GC] *Kart c. Turquie* du 3 décembre 2009, req. 8917/05.

*Kaste et Mathisen c. Norvège* du 9 novembre 2006, reqs. 18885/04 et 21166/04.

*Kerojärvi c. Finlande* du 19 juillet 1995, req. 17506/90.

*Khamidov c. Russie* du 15 novembre 2007, req. 72118/01.

*Kingsley c. Royaume-Uni* du 28 mai 2002, req. 35605/97.

[GC] *Kleyn e.a. c. Pays-Bas* du 6 mai 2003, reqs. 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99.

*Klouvi c. France* du 30 juin 2011, req. 30754/03.

[plénière] *König c. Allemagne* du 28 juin 1978, req. 6232/73.

[GC] *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, req. 30078/06.

*Kootummel c. Autriche* du 10 décembre 2009, req. 49616/06.

*Krcmar et autres c. République tchèque* du 3 mars 2000, req. 35376/97.

[GC] *Kress c. France* du 7 juin 2001, req. 39594/98.

*Kuopila c. Finlande* du 27 avril 2000, req. 27752/95.

[GC] *Kyprianou c. Chypre* du 15 décembre 2005, req. 73797/01.

*Labergère c. France* 26 septembre 2006, req. 16846/02.

*Lagardère c. France* du 12 avril 2012, req. 18851/07.

*Lavents c. Lettonie* du 28 novembre 2002, req. 58442/00.

[plénière] *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981, reqs. 6878/75 et 7238/75.

[GC] *Lekić c. Slovénie* du 11 décembre 2018, req. 36480/07.

*Lucà c. Italie* du 27 février 2001, req. 33354/96.

[GC] *Malhous c. République tchèque* du 12 juillet 2001, req. 33071/96.

*Malige c. France* du 23 septembre 1998, req. 27812/95.

[plénière] *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, req. 6833/74.

*Matanović c. Croatie* du 4 avril 2017, req. 2742/12.

*Mattoccia c. Italie* du 25 juillet 2000, req. 23969/94.

*Mayzit c. Russie* du 20 janvier 2005, req. 63378/00.

[GC] *Mc Farlane c. Irlande* du 10 septembre 2010, req. 31333/06.

*McGinley et Egan c. Royaume-Uni* du 9 juin 1998, reqs. 21825/93 et 23414/94.

*Melich et Beck c. République tchèque* du 24 juillet 2008, req. 35450/04.

*Menarini Diagnostics sprl c. Italie* du 27 septembre 2011, req. 43509/08.

[GC] *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009, req. 17056/06.

*Miller c. Suède* du 8 février 2005, req. 55853/00.

*Minelli c. Suisse* du 25 mars 1983, req. 8660/79.

*Mirilashvili c. Russie* du 11 décembre 2008, req. 6293/04.

*Moreira de Azevedo c. Portugal* du 23 octobre 1990, req. 112964.

[GC] *Moreira Ferreira c. Portugal* (n° 2) du 11 juillet 2017, req. 19867/12.

*Morel c. France* du 6 juin 2000, req. 34130/96.

*Morice c. France* du 23 avril 2015, req. 29369/10.

*Moser c. Autriche* du 21 septembre 2006, req. 12643/02.

[GC] *Murtazaliyeva c. Russie* du 18 décembre 2018, req. 36658/05.

[GC] *Nada c. Suisse* du 12 septembre 2012, req. 10593/08.

[GC] *Naït-Liman c. Suisse* du 15 mars 2018, req. 51357/07.

*Natunen c. Finlande* du 31 mars 2009, req. 21022/04.

*Nemtsov c. Russie* du 31 juillet 2014, req. 1774/11.

*Neumeister c. Autriche* du 27 juin 1968, req. 1936/63.

*Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie* du 20 septembre 2011, req. 14902/04.

*Obermeier c. Autriche* du 28 juin 1990, req. 11761/85.

[GC] *Öcalan C. Turquie* du 12 mai 2005, req. 46221/99.

[GC] *Omar c. France* du 29 juillet 1998, req. 24767/94.

[plénière] *Öztürk c. Turquie* du 21 février 1984, req. 8544/79.

*Panju c. Belgique* du 28 octobre 2014, req. 18393/09.

[GC] *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie* 29 novembre 2016, req. 76943/11.

*Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998, req. 19392/92.

*Paulet c. Royaume-Uni* du 13 mai 2014, req. 6219/08.

[GC] *Pelissier et Sassi c. France* du 25 mars 1999, req. 25444/94.

*Penev c. Bulgarie* du 7 janvier 2010, req. 20494/04.

[GC] *Perez c. France* du 12 février 2004, req. 47287/99.

*Pereira Cruz e.a. c. Portugal* du 26 juin 2018, reqs. 56396/12, 52757/13, 57186/13 et 68115/13.

*Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, n° 41087/98.

*Poiss c. Autriche* du 23 avril 1987, req. 9816/82.

*Poncelet c. Belgique* du 30 mars 2010, req. 44418/07.

[GC] *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* du 12 juillet 2001, req. 42527/98.

*Radio France c. France* du 30 mars 2004, req. 53984/00.

*Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce* du 19 décembre 1994, req. 13427/87.

*Raimondo c. Italie* du 22 février 1994, req. 12954/87.

[GC] *Ramanauskas c. Lituanie* du 5 février 2008, req. 74420/01.

[GC] *Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portugal* du 6 novembre 2018, reqs. 5391/13, 57728/13 et 74041/13.

[GC] *Regner c. République tchèque* du 19 septembre 2017, req. 35289/11.

*Reichman c. France* du 12 juillet 2016, req. 50147/11.

*Robins c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1997, req. 22410/93.

*Rolf Gustafson c. Suède* du 1<sup>er</sup> juillet 1997, req. 23196/94.

*Rowe et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, req. 28901/95.

*Rummi c. Estonie* du 15 janvier 2015, req. 63362/09.

[GC] *Sakhnovski c. Russie* du 2 novembre 2010, req. 21272/03.

*Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, req. 10519/83.

[GC] *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, req. 36391/02.

*Salé c. France* du 21 mars 2006, req. 39765/04.

*Salomonsson c. Suède* du 12 novembre 2002, req. 38978/97.

[GC] *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, req. 19187/91

*Savino e.a. c. Italie* du 28 avril 2009, reqs. 17214/05 42113/04 20329/05.

*Schatschaschwili c. Allemagne* du 15 décembre 2015, req. 9154/10.

*Schuler-Zraggen c. Suisse* du 24 juin 1993, req. 14518/89.

[GC] *Scordino c. Italie (n°1)* du 29 mars 2006, req. 36813/97.

[GC] *Sejdovic c. Italie* du 1<sup>er</sup> mars 2006, req. 56581/00.

*Sigma Radio Television ltd c. Chypre* du 21 juillet 2011, reqs. 32181/04 et 35122/05.

*Silickienė c. Lituanie* du 10 avril 2012, req. 20496/02.

*Silvester's Horeca Service c. Belgique* du 4 mars 2004, req. 47650/99.

*Sofia c. Saint-Marin* du 2 mai 2017, req. 38977/15.

*Sokourenko et Strygun c. Ukraine* du 20 juillet 2006, reqs. 29458/04 et 29465/04.

*Sramek c. Autriche* du 22 octobre 1984, req. 8790/79.

[GC] *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012, req. 36760/06.

*Stanford c. Royaume-Uni* du 23 février 1994, req. 16757/90.

*Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005, req. 68416/01.

*Stepinska c. France* du 15 juin 2004, req. 1814/02.

*Stojkovic c. France et Belgique* du 27 octobre 2011, req. 25303/08.

*Suda c. République Tchèque* du 28 octobre 2010, req. 1643/06.

*Sud Fondi e.a. c. Italie* du 20 avril 2009 et du 10 mai 2012, req. 75909/01.

*Suominen c. Finlande* du 1<sup>er</sup> juillet 2003, req. 37801/97.

*Terra Woningen B.V. c. Pays-Bas* du 17 décembre 1996, req. 20641/92.

*Telfner c. Autriche* du 20 mars 2001, req. 33501/96.

*Thiam c. France* du 18 octobre 2018, req. 80018/12.

*Tinnelly & Sons ltd et autres et Mc Elduff et autres c. Royaume-Uni* du 10 juillet 1998, req. 20390/92.

[GC] *V. c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, req. 24888/94.

*Van de Hurk c. Pays-Bas* du 19 avril 1994, req. 16034/90.

*Vanjak c. Croatie* du 14 janvier 2010, req. 29889/04.

*Varela Geis c. Espagne* du 5 mars 2013, req. 61005/09.

*Varvara c. Italie* du 29 octobre 2013, req. 17475/09.

[GC] *Vasiliauskas c. Lituanie* du 20 octobre 2015, req. 35343/05.

*Vastberga Taxi Aktiebolag et Vulic c. Suède* du 23 juillet 2002, req. 36985/97.

*Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne* du 6 janvier 2010, req. 74181/01.

*Verdú Verdú c. Espagne* du 15 février 2007, req. 43432/02.

[GC] *Vermeulen c. Belgique* du 20 février 1996, req. 190751.

[GC] *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie* du 25 octobre 2012, req. 71243/01.

*Vladimir Romanov c. Russie* du 24 juillet 2008, req. 41461/02.

*Welch c. Royaume-Uni* du 9 février 1995, req. 17440/90.

*Werner c. Autriche* du 24 novembre 1997, req. 21835/93.

*Y.B. e.a. c. Turquie* du 28 octobre 2004, reqs. 48173/99 et 48319/99.

*Yvon c. France* du 24 avril 2003, req. 44962/98.

*Zahirović c. Croatie* du 25 avril 2014, req. 58590/11.

*Zhang c. Ukraine* du 13 novembre 2018, req. 6970/15.

[GC] *Zubac c. Croatie* du 5 avril 2018, req. 40160/12.

*Zumtobel c. Autriche* du 21 septembre 1993, req. 12235/86.

Décisions

*Adorisio et autres c. Pays-Bas* du 17 mars 2015, reqs. 47315/13, 48490/13 et 49016/13.

*Burg et autres c. France* du 28 janvier 2003, req. 34763/02.

*Butler c. Royaume-Uni* du 27 juin 2002, req. 41661/98.

*CM c. France* du 26 juin 2001, req. 28078/95.

*Falgest S.R.L. et Gironda. c. Italie* du 30 avril 2013, req. 19029/11.

*Hotel Promotion Bureau S.R.L. e.a. c. Italie* du 5 juin 2012, req. 34163/07.

*Mattick c. Allemagne* du 31 mars 2005, req. 62116/00.

*Moncornet de Caumont c. France* du 13 mai 2003, req. 59290/00.

*Ninn-Hansen c. Danemark* du 18 mai 1999, req. 28972/95.

*R.S. c. Allemagne* du 28 mars 2017, req. 19600/15.

*Saccoccia c. Autriche* du 5 juillet 2007, req. 69917/01.

*Segi e.a. et Gestoras Pro amnistia e.a c. Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni et la Suède*, reqs. 6422/02 et 9916/02.

*Star Cate - Epilekta Gevmata et autres c. Grèce* du 6 juillet 2010, req. 54111/07.

*Sud Fondi e.a. c. Italie* du 30 août 2007, 75909/01.

*Tas c. Belgique* du 12 mai 2009, req. 44614/06.

*Valico S.R.L. c. Italie* du 21 mars 2006, req. 70074/01.

*Webb c. Royaume-Uni* du 10 février 2004, req. 56054/00.

*Yildirim c. Italie* du 10 avril 2003, req. 38686/02.

*Zschüschen c. Belgique* du 2 mai 2017, req. 23572/07.

## **Organisation des Nations Unies**

### ***Cour internationale de justice***

*Lockerbie*, Recueil CIJ 1992, p. 15.

*Nicaragua c. États-Unis*, Recueil CIJ 1984, p. 392.

### ***Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie***

Chambre d'appel, *Tadic, IT-94-I-T, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 10 août 1995.

## **Union européenne**

### ***Cour de Justice***

Arrêt *Agro in 2001* du 19 mars 2020, C-234/18, EU:C:2020:221.

Arrêt *Al-Aqsa/Conseil et Pays-Bas/Al Aqsa* du 15 novembre 2012, C-539/10 P et C-550/10 P, EU:C:2012:711.

Arrêt [GC] *Bank Melli Iran c. Conseil* du 16 novembre 2011, C-548/09, EU:C:2011: 735.

Arrêt *Commission e.a./Kadi* du 18 juillet 2013, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, EU:C:2013:518.

Arrêt [GC] *Conseil de l'Union européenne/Hamas* du 26 juillet 2017, C-79/15 P, ECLI:EU:C:2017:584.



Arrêt [GC] *Conseil e.a./ Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)* du 26 juillet 2017, C-599/14 P, EU:C:2017:583.

Arrêt *Endendijk* du 3 avril 2008, C-187/07, EU:C:2008:197.

Arrêt *E et F* du 29 juin 2010, C-550/09, EU:C:2010:382.

Arrêt *France/People's Mojahedin of Iran* du 21 décembre 2011, C-27/09 P, EU:C:2011:853.

Arrêt *Hamas c. Conseil* du 10 septembre 2020, C-122/19 P, EU:C:2020:690.

Arrêt *Hassan et Ayadi/Conseil et Commission* du 3 décembre 2009, C-399/06 P et C-403/06 P, EU:C:2009:496.

Arrêt *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission* du 3 septembre 2008, C-402/05 P et C-415/05 P, EU:C:2008:461.

Arrêt *K.P.* du 20 juin 2019, C-458/15, EU:C:2019:522.

Arrêt *M. e.a* du 29 avril 2010, C-340/08, EU:C:2010:232.

Arrêt *Parlement c. Conseil* du 19 juillet 2012, C-130/10, EU:C:2012:472.

Arrêt *Segi e.a. c. Conseil* du 27 février 2007, C-355/04 P, EU:C:2007:116.

### ***Tribunal***

Arrêt *Al-Faqih e.a./Commission* du 28 octobre 2015, T-134/11, EU:T:2015:812.

Arrêt *Al-Gama'a al-Islamiyya Egypt (Gamaa Islamiya Égypte)/Conseil* du 10 avril 2019, T-643/16, EU:T:2019:238.

Arrêt *Ayadi/Conseil* du 12 juillet 2006, T-253/02, EU:T:2006:200.

Arrêt *Hamas/Conseil* du 17 décembre 2014, T-400/10, EU:T:2014:1095.

arrêt *Hamas/Conseil* du 6 mars 2019, T-289/15, EU:T:2019:138.

Arrêt *Hamas/Conseil* du 4 septembre 2019, T-308/18, EU:T:2019:557.

Arrêt *Hassan/Conseil et Commission*, T-49/04, EU:T:2006:201.

Arrêt *Kadi/Conseil et Commission* du 21 septembre 2005, T-315/01, EU:T:2005:332.

Arrêt *Kadi/Commission* du 30 septembre 2010, T-85/09, EU:T:2010:418.

Arrêt *Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)/Conseil* du 16 octobre 2016, T-208/11 et T-508/11, EU:T:2014:885.

Arrêt *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conseil* du 12 décembre 2006, T-228/02, EU:T:2008:7.

Arrêt *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil* du 23 octobre 2008, T-256/07, EU:T:2008:461.

Arrêt *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil* du 4 décembre 2008, T-284/08, EU:T:2008:550.

Arrêt *PKK/Conseil* du 3 avril 2008, T-229/02, EU:T:2008:87.

Arrêt *Sison/Conseil* du 11 juillet 2007, T-47/03, EU:T:2009:166.

Arrêt *Sison/Conseil* du 30 septembre 2009, T-341/07, EU:T:2009:372.

Arrêt *Sison/Conseil* du 23 novembre 2011, T-341/07, EU:T:2011:687.

Arrêt *Yusef/Commission* du 21 mars 2014, T-306/10, EU:T:2014:141.

Arrêt *Yusuf et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission* du 21 septembre 2005, T-306/01, EU:T:2005:331.

\*\*\*\*\*





## Introduction

1. Ces dernières décennies sont marquées par un processus de mondialisation d'une ampleur sans précédent, particulièrement prégnant dans le domaine économique et financier<sup>1</sup>. On y observe en effet une véritable globalisation financière, « caractérisée par une déterritorialisation croissante et par une explosion des flux internationaux de capitaux et de services »<sup>2</sup>. Le développement spectaculaire des technologies de l'information, qui a conduit à l'émergence d'un monde très largement interconnecté, n'y est évidemment pas étranger. Cette globalisation n'a néanmoins pas touché que l'économie légale, bien au contraire. Les criminels ont également profité des nouvelles perspectives qu'offrent ces évolutions pour agir hors du cadre national<sup>3</sup> et accroître leurs profits<sup>4</sup>, notamment grâce au blanchiment de capitaux<sup>5</sup>.

2. Dans ce contexte, les Etats ont dû constater que priver de liberté et imposer une amende ne permettait pas de lutter efficacement contre la criminalité. Ces peines constituent un risque acceptable si le vol, l'escroquerie, le trafic de drogues ou d'armes, la corruption ou tout autre crime paie assez. Elles ne dissuadent pas les criminels et *a fortiori* les organisations criminelles qui génèrent d'immenses profits. Les priver des fruits de leurs infractions est en conséquence apparu comme une priorité dans le cadre de la politique criminelle de nombreux Etats. De multiples initiatives ont également été prises en ce sens sur le plan international et européen, sous l'impulsion notamment des Etats-Unis d'Amérique.

3. Deux voies furent privilégiées pour que le crime ne paie pas : l'incrimination du blanchiment de capitaux et la confiscation des profits du crime<sup>6</sup>. Cette étude porte sur les conséquences de la seconde. Dans les lignes qui suivent, nous nous attacherons à préciser la notion de « confiscation » (A), avant de retracer brièvement l'évolution du droit international, du droit de l'Union européenne et du droit belge en matière de confiscation et de gel préventif d'avoirs terroristes (B). Ensuite nous en mettrons en évidence la tendance à privilégier l'efficacité (C) au détriment des droits fondamentaux (D). Enfin, nous présenterons le plan général de cette étude, ses objectifs et ses limites, ainsi que la méthodologie suivie (E).

---

<sup>1</sup> BRAILLARD, P., « Globalisation financière et sécurité internationale : problématique de la lutte contre le blanchiment d'argent sale et contre le financement du terrorisme », in DE SENARCKENS, P. (dir.), *Les frontières dans tous leurs Etats. Les relations internationales au défi de la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.181-208, p. 182.

<sup>2</sup> *Ibid*, p. 183.

<sup>3</sup> Le marché unique mis en place au sein de l'Union européenne ainsi que l'Espace Schengen sont naturellement particulièrement exposés à cette menace, voy. sur ce point GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 4ème édition, 2011, pp.15-16.

<sup>4</sup> FIJNAUT, C., « Transnational Crime and the Role of the United Nations in Its Containment through International Cooperation: A Challenge for the 21st Century », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2000, Vol. 8/2, 119–127, pp. 122-124; GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p.15 et p. 21; STESENS, G., *Money Laundering : a new international law enforcement model*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 3-28, spéc. p. 9 et s.

<sup>5</sup> BRAILLARD, P, *op. cit.*, p. 184.

<sup>6</sup> Voy. STESENS, G., *Money Laundering : a new international law enforcement model*, *op. cit.*, pp. 9-14 et VERVAELE, J.A.E., « Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit européen en matière de blanchiment », in BERNARD, D., *e.a.*, *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Anthémis, 2013, p. 218.

## A. La confiscation, une mesure protéiforme

4. De manière générale, la notion de confiscation désigne une mesure impos e par une autorité publique, en principe juridictionnelle, consistant à priver une personne physique ou morale de son droit sur une chose, li e à la commission d'une infraction, au profit du Trésor public voire de particuliers<sup>7</sup>. A la lumière des travaux de M. STESENS<sup>8</sup>, plusieurs catégories de confiscation peuvent être distingu es.

5. La majeure partie des ordres juridiques prévoient classiquement que la chose sur laquelle l'infraction a porté, l'« objet de l'infraction », et la chose qui a servi ou a été destin e à servir à sa commission, l'« instrument de l'infraction », doivent être retir es au condamné<sup>9</sup>. Pour mettre en œuvre la doctrine selon laquelle le crime ne doit pas payer, les Etats ont également veillé à ce que les condamnés puissent être privés des biens obtenus grâce à la commission d'une infraction. On parle de confiscations des « produits » en droit international<sup>10</sup> et de l'Union européenne<sup>11</sup> et de confiscation des « avantages patrimoniaux tirés de l'infraction » en droit belge<sup>12</sup>, où la notion de « produit » ne renvoie qu'à ce qui a été matériellement produit par l'infraction<sup>13</sup>. A moins que nous ne précisions spécifiquement viser la chose matériellement produite par l'infraction, nous utiliserons la notion de produit au sens du droit international et de l'Union européenne, pour désigner les choses obtenues de la commission d'une infraction.

6. La confiscation des instruments et des produits peut matériellement porter soit sur la chose illicite elle-même, confiscation que nous qualifions de « confiscation en nature » ou, comme en droit de l'Union européenne, de « qualification directe », soit sur d'autres biens de valeur équivalente, généralement qualifi e de « confiscation de valeur » ou de « confiscation par équivalent ». Cette dernière, qui consiste en principe en une condamnation à payer une somme d'argent correspondant à la valeur (estim e) des produits, peut être ex cut e sur des biens d'origine licite. Elle sera par exemple mise en œuvre lorsque la chose qui devrait être confisqu e ne peut être retrouv e parmi les biens en possession du condamné.

7. Cette distinction entre confiscation en nature et confiscation de valeur est en lien étroit avec celle opposant la confiscation dite « *in personam* », c'est-à-dire dirig e contre une personne, et la confiscation dite « *in rem* », qui vise un bien déterminé. Souvent de nature civile, cette dernière tend à ôter de la circulation un bien d'origine illicite et à prévenir ainsi la

---

<sup>7</sup> En ce sens, STESENS, G., *Money Laundering : a new international law enforcement model*, op. cit., p. 30.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 30 et s.

<sup>9</sup> Par exemple, voy. l'art. 42, 1<sup>o</sup> du Code pénal belge. Voy. not. sur le droit belge des confiscations avant l'introduction de la confiscation des avantages patrimoniaux, TROUSSE, P.E., *Les Nouvelles, Droit pénal*, tome I, vol. 1, 1956, n<sup>os</sup> 860 et s.

<sup>10</sup> Not. art. 1<sup>er</sup>, p de la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 et art. 1<sup>er</sup>, a de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et   la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990.

<sup>11</sup> Not. art. 2 de la directive 2014/42/UE du 3 avril 2014.

<sup>12</sup> Art. 42, 3<sup>o</sup> du Code pénal.

<sup>13</sup> Art. 42, 2<sup>o</sup> du Code pénal.

commission de nouvelles infractions<sup>14</sup>. Elle est par conséquent nécessairement ordonnée en nature, alors que la confiscation *in personam* peut *a priori* porter sur un bien déterminé ou sur une somme d'argent équivalente. Par ailleurs, contrairement à la confiscation *in personam*, la confiscation *in rem* ne repose en principe pas sur une condamnation pénale préalable du propriétaire de la chose en cause ou de qui que ce soit d'autre. La seule origine probablement illicite de cette dernière suffit.

**8.** Généralement, tous les biens, de quelque nature que ce soit, obtenus par la commission d'une infraction sont considérés comme des produits. Devraient par conséquent pouvoir être confisqués tant les choses obtenues directement par la commission d'une infraction – les produits primaires – que celles qui leur ont été substituées ou qui ont été acquises grâce à elles – les produits secondaires.

**9.** La confiscation *in personam* des produits ne permet, en règle, que de frapper les choses dont le lien direct ou indirect avec l'infraction est démontré par l'accusation au-delà du doute raisonnable, bien qu'il ne soit pas exclu que ce lien puisse être présumé. Afin de faciliter la tâche des autorités compétentes et leur permettre d'atteindre une plus large gamme de biens d'origine illicite, le mécanisme dit de « confiscation élargie » a été introduit tant en droit de l'Union européenne<sup>15</sup> qu'en droit belge<sup>16</sup>. La confiscation élargie des produits se distingue de la confiscation « classique » des produits en ce qu'elle permet d'atteindre des biens provenant d'autres infractions que celle ayant été déclarée établie, infractions antérieures dont la commission par le condamné est ainsi présumée. De plus, elle repose en principe sur un partage de la charge de la preuve entre l'accusation et le condamné quant à l'origine licite ou non des biens qu'elle cible, leur illicéité étant généralement présumée et ne devant pas être démontrée au-delà du doute raisonnable. Un tel partage se rencontre néanmoins également en matière de confiscation des produits mais n'est pas la norme. Vu ces caractéristiques, la confiscation élargie ne peut être mise en œuvre qu'en cas de culpabilité du chef d'infractions déterminées, relevant généralement de la criminalité organisée, et a donc un champ d'application plus restreint que la confiscation classique des produits<sup>17</sup>.

**10.** Par ailleurs, la confiscation *in personam* des instruments et des produits n'est pas nécessairement soumise à une condition de propriété. Elle peut en conséquence atteindre le patrimoine du condamné mais aussi celui de tiers. Ces derniers pourront néanmoins en règle y échapper s'ils sont de « bonne foi »<sup>18</sup>, concept qui n'est pas sans soulever quelques difficultés, notamment en droit belge. Visant un bien en raison de sa dangerosité ou de son illicéité, et non une personne, la confiscation *in rem* n'est en principe pas influencée par les droits grevant la

---

<sup>14</sup> Not. BOUCHT, J., « Chapter 6 : Civil Asset Forfeiture and article 6(2) ECHR », in RUI, J. P et SIEBER, U., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlin, Duncker & Humblot, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2015, p. 155.

<sup>15</sup> Voy. l'article 3 de la décision-cadre 2005/212/JAI du 24 février 2005 et l'article 5 de la directive 2014/42/UE.

<sup>16</sup> Art. 43<sup>quater</sup> du Code pénal.

<sup>17</sup> Voy. les dispositions citées aux deux notes précédentes ainsi que l'article 3 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 du 16 mai 2005.

<sup>18</sup> Voy. par exemple l'art. 5,8 de la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 et le *Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*, Strasbourg, publications du Conseil de l'Europe, 1991, p. 11, n° 31.

chose. Bien qu'elle n'ait pas vocation à porter préjudice aux personnes ayant, de bonne foi, acquis un droit sur cette dernière, sa nature ne l'exclut cependant pas.

**11.** Enfin qu'elle soit de nature pénale ou civile, exécutée en nature ou en valeur, *in personam* ou *in rem*, ou élargie, la confiscation portant sur un produit sera nécessairement ordonnée au terme d'une procédure judiciaire et présente un lien direct ou indirect avec la commission, le cas échéant présumée, d'une infraction pénale. L'ensemble des biens susceptibles d'être confisqués pourront par ailleurs généralement faire l'objet d'une saisie ou d'un gel judiciaire préalable, c'est-à-dire d'une dépossession temporaire dans l'attente d'une décision judiciaire de confiscation<sup>19</sup>, afin que cette dernière puisse effectivement être mise en œuvre.

## **B. Aperçu de l'évolution du droit international, de l'Union européenne et belge : du trafic de drogue au terrorisme, de la confiscation au gel préventif d'avoirs**

**12.** La lutte contre le trafic de drogues fut la première à être menée au niveau international<sup>20</sup>. Influencés par la stratégie menée aux Etats-Unis, de nombreux Etats cherchèrent à priver les trafiquants des profits tirés de leurs méfaits et non plus uniquement à les emprisonner<sup>21</sup>. Cette politique reposait sur la conviction que si le crime ne paie plus, d'une part son attractivité s'en trouve drastiquement réduite, et d'autre part le démantèlement des organisations criminelles, ainsi privées des capitaux suffisants pour agir et infiltrer l'économie légale, est favorisé<sup>22</sup>. La même logique anima l'Organisation des Nations Unies (ci-après l' « ONU ») lorsqu'elle s'attaqua ensuite à la criminalité transnationale organisée<sup>23</sup>, puis à la corruption<sup>24</sup>. Dans ce dernier cas, une attention particulière fut de surcroît portée au recouvrement des avoirs, dont la corruption aurait permis la spoliation, au profit de leurs propriétaires originaires<sup>25</sup>. Dans le même esprit, mais suivant une logique non pas sectorielle mais transversale, le Conseil de l'Europe élaborera en 1990 et en 2005, deux conventions consacrées au blanchiment de

---

<sup>19</sup> Voy. par exemple l'article 5, 2 de la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 et l'article 3 Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990.

<sup>20</sup> Voy. par exemple, outre la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988, G7, *Economic Declaration*, Paris, 16 juin 1989, spec. pars. 52 et s., accessible à l'adresse suivante: [www.g8.utoronto.ca/summit/1989paris/index.html](http://www.g8.utoronto.ca/summit/1989paris/index.html) (consultation le 17 septembre 2020) ainsi que GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., p.17.

<sup>21</sup> VETTORI, B., *Thought on criminal wealth. Exploring the practice of proceeds from crime confiscations in the EU*, Dordrecht, Springer, 2006, p. xi. et p. 2.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 3 ainsi que GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit.

<sup>23</sup> Voy. la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000.

<sup>24</sup> Voy. la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003.

<sup>25</sup> Voy. not. Organisation des Nations Unies, *Étude mondiale sur le transfert de fonds d'origine illicite, en particulier de fonds provenant d'actes de corruption*, doc. A/AC.261/12, disponible à l'adresse suivante : [www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/background/adhoc-committee-session4.html](http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/background/adhoc-committee-session4.html) (consultation le 8 octobre 2020).



capitaux et à la confiscation des produits du crime<sup>26</sup>. Tous ces instruments visent *in fine* à faciliter la coopération entre les Etats pour lutter contre la criminalité grave et transnationale, en les encourageant à intégrer de nouveaux concepts d'une part, et en rapprochant leur législation pénale, d'autre part.

**13.** Combattre la criminalité organisée était pendant près de deux décennies au cœur des préoccupations de la Communauté internationale, les attentats de New York du 11 septembre 2001, suivis par ceux de Londres et de Madrid, changèrent cependant la donne. La lutte contre le terrorisme devint la priorité, et prévenir le financement du terrorisme un objectif majeur. Les outils visant à identifier et à rechercher les avoirs criminels furent en conséquence rapidement mobilisés à cette fin, tout en étant renforcés<sup>27</sup>.

**14.** Parallèlement, considérant que le terrorisme était une menace contre la paix et la sécurité internationales, le Conseil de Sécurité des Nations Unies (ci-après « le Conseil de Sécurité ») prit des mesures pour que les fonds des soutiens du terrorisme doivent être préventivement gelés. Depuis le drame de Lockerbie de 1992, le Conseil de Sécurité avait en réalité déjà affirmé à plusieurs reprises que des actes terroristes constituaient « une menace contre la paix ». Il s'était ensuite fondé sur ce constat pour imposer des sanctions à des Etats, à des individus ou à des organisations<sup>28</sup>.

**15.** Le gel préventif d'avoirs terroristes qui nous intéresse est plus précisément le fruit de deux initiatives distinctes du Conseil de sécurité. La première fut d'imposer différentes mesures restrictives, dont le gel préventif d'avoirs, à des personnes et organisations identifiées par un organe subsidiaire du Conseil de sécurité, comme étant liées à Al-Qaida ou à l'EIL<sup>29</sup> (le « gel ONU »). La seconde fut l'adoption peu de temps après les attentats du 11 septembre 2001 de la résolution 1373 (2001)<sup>30</sup>, qui vise à lutter globalement contre le terrorisme, et ordonne notamment aux Etats de procéder au gel immédiat des avoirs des personnes ou entités qu'ils identifient comme des (soutiens des) terroristes.

**16.** Ce gel préventif est une mesure administrative visant à immobiliser et à rendre indisponible tout le patrimoine d'une personne. A la différence de la saisie pénale préalable à confiscation, il ne porte dès lors pas sur des biens déterminés dont un juge pourrait

---

<sup>26</sup> Il s'agit de 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 novembre 1990 et 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 du 16 mai 2005.

<sup>27</sup> Voy. not. 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 du 16 mai 2005 ainsi que l'augmentation spectaculaire des ratifications à la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999.

<sup>28</sup> Voy. not. CORTEN, O., « Vers un renforcement des pouvoirs du Conseil de Sécurité dans la lutte contre le terrorisme », in BANNELIER K., CHRISTAKIS, T., CORTEN, O. et DELCOURT, B. (s.l.d.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, III., pp. 259- 277, spéc. pp. 267-268 ; FERET, J. et PEYRO LLOPIS, A., « La lutte contre le terrorisme : instruments et institutions », in HENNEBEL, L. et VANDERMEERSCH, D., *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 293 ; GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 4ème édition, 2011, p. 123.

<sup>29</sup> C'est-à-dire l'Etat islamique d'Iraq et du Levant, organisation également désignée sous l'acronyme *Daesh*.

<sup>30</sup> C.S., Résolution 1373, 28 septembre 2001, disponible notamment à l'adresse [www.un.org/securitycouncil/fr/content/resolutions](http://www.un.org/securitycouncil/fr/content/resolutions) (consultation le 8 octobre 2020).

ultérieurement ordonner la confiscation. Il n'est de surcroît pas *a priori* limité dans le temps, puisqu'il ne dépend pas d'une procédure judiciaire, et qu'aucune procédure judiciaire ne doit d'ailleurs être conduite pour juger de son bienfondé.

**17.** Alors que le régime de la confiscation est relativement uniforme au sein du droit international conventionnel de l'ONU et du Conseil de l'Europe, le Conseil de Sécurité a en réalité brouillé les cartes à deux égards. D'une part, il a maladroitement usé de la notion de gel et, d'autre part, il a opéré une sélection opportuniste des mesures existantes, développées notamment aux fins de permettre la confiscation des profits du crime, sans veiller à les inscrire dans un processus judiciaire équilibré et garant du respect des droits fondamentaux des personnes concernées.

**18.** Si l'Union européenne se lança dès 1991 dans la lutte contre le blanchiment de capitaux<sup>31</sup>, il fallut attendre<sup>32</sup> le *Programme d'action relatif à la criminalité organisée* approuvé par le Conseil européen en juin 1997<sup>33</sup> pour que soit expressément soulignée « l'importance pour chaque État membre de disposer d'une législation élaborée et étendue en matière de confiscation des produits du crime et de blanchiment de ces produits ». Le Conseil et la Commission furent en conséquence invités à renforcer cette législation en veillant notamment à « introduire des procédures spécifiques de dépistage, de saisie et de confiscation du produit d'activités criminelles »<sup>34</sup>. Il s'agissait plus précisément

- de renforcer la recherche et la saisie des avoirs illicites et l'exécution des décisions des tribunaux relatives à la confiscation des avoirs de la criminalité organisée,
- d'autoriser la confiscation en l'absence de l'auteur de l'infraction lorsqu'il est par exemple décédé ou disparu et
- d'étudier la possibilité de partager au niveau des États membres les avoirs confisqués à la suite d'une coopération internationale<sup>35</sup>.

**19.** En réponse à cet appel, le Conseil adopta l'Action commune 98/699/JAI du 3 décembre 1998<sup>36</sup>. Cet instrument avait pour objectif de favoriser la coopération entre États membres en matière d'identification, de saisie ou de gel et de confiscation des instruments et des produits du crime, grâce notamment au cadre fixé par la Convention de Strasbourg.

---

<sup>31</sup> Voy. la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, *J.O.*, L 166 du 28 juin 1991.

<sup>32</sup> En ce sens, FERNANDEZ-BERTIER, M, « The confiscation and recovery of criminal property: a European Union state of the art », *ERA Forum*, 2016, p. 10. Voy. néanmoins l'article 72 de la Convention d'application de l'accord de Schengen conclue le 19 juin 1990 entre les pays du Benelux, l'Allemagne et la France (*J.O.*, L 239 du 22 septembre 2000, p. 19 - 62), qui dispose : « Conformément à leur Constitution et à leur ordre juridique national, les Parties Contractantes garantissent que des dispositions légales seront prises pour permettre la saisie et la confiscation des produits du trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes ».

<sup>33</sup> Programme d'action relatif à la criminalité organisée, *J.O.*, C 251 du 15 août 1997. Ce programme fut rédigé par un groupe d'experts créé à cette fin par le Conseil européen en décembre 1996, voy. les Conclusions de la présidence du Conseil européen de Dublin des 13 et 14 décembre 1996, disponibles sur le site du Conseil [www.consilium.europa.eu/fr/european-council/conclusions/1993-2003/](http://www.consilium.europa.eu/fr/european-council/conclusions/1993-2003/) (dernière consultation le 8 octobre 2020).

<sup>34</sup> Programme d'action relatif à la criminalité organisée, *op. cit.*, Partie II, pt. 11.

<sup>35</sup> *Ibid.*, Partie III, pt. 26.

<sup>36</sup> Action commune 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 du 3 décembre 1998, *J.O.*, L. 333 du 9 décembre 1998.

**20.** Réuni à Tampere quelques mois plus tard, le Conseil européen rappela qu'il était déterminé à faire de l'Union européenne un espace de liberté, sécurité et de justice pour les citoyens<sup>37</sup>. Il insista sur la nécessité pour les Etats membres d'agir de concert afin que les auteurs d'infractions et le produit de celles-ci n'y trouvent aucun refuge<sup>38</sup>. Parmi les nombreuses mesures envisagées pour « lutter contre la criminalité à l'échelle de l'Union », le Conseil européen était d'avis qu'une action spécifique était nécessaire en matière de blanchiment de capitaux et appela dans ce cadre au « rapprochement des dispositions de droit et de procédure en matière pénale (...) notamment en matière de dépistage, de gel et de confiscation d'avoirs »<sup>39</sup>.

**21.** Plusieurs décisions-cadre furent ensuite élaborées entre 2001 et 2007 aux fins d'harmoniser les législations des Etats membres et d'encourager la coopération judiciaire en matière de saisie, de confiscation et de recouvrement d'avoirs criminels. Parmi elles, la décision-cadre 2005/212/JAI présente un intérêt particulier puisqu'elle introduit notamment en droit de l'Union européenne un mécanisme de confiscation élargie.

**22.** La lutte contre le terrorisme est l'un des objectifs de l'Union européenne depuis de longues années<sup>40</sup>. Il est également devenu prioritaire au lendemain des attentats de New York<sup>41</sup>. Dans ce cadre, la lutte contre le financement du terrorisme a été dès l'origine qualifiée de « volet décisif »<sup>42</sup>. Au vu des attentats de Madrid en 2004 et de Londres en 2005, il est demeuré au centre de sa politique de sécurité<sup>43</sup>. La vague d'attentats qui a frappé l'Europe ces dernières années a naturellement encore renforcé la volonté de l'Union européenne de combattre ce phénomène par tous les moyens<sup>44</sup>.

---

<sup>37</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, préambule, disponibles sur le site du Conseil [www.consilium.europa.eu/fr/european-council/conclusions/1993-2003/](http://www.consilium.europa.eu/fr/european-council/conclusions/1993-2003/) (dernière consultation le 8 octobre 2020).

<sup>38</sup> *Ibid.*, pts. 6 et 40.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pt. 55. Il nous semble toutefois assez curieux de réduire la confiscation à une mesure visant à lutter contre le blanchiment de capitaux. Il s'agit en réalité d'un instrument visant, comme la prévention et l'incrimination du blanchiment, à combattre la criminalité en général et la criminalité organisée en particulier.

<sup>40</sup> Voy. not. l'article K.1.9 du Traité de Maastricht entré en vigueur le 1er novembre 1993 (*J.O.*, C 191 du 29 juillet 1992) ainsi que l'article 29 du Traité sur l'Union européenne tel que modifié par le Traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1er mai 1999 (*J.O.*, C 340 du 10 novembre 1997).

<sup>41</sup> Voy. les Conclusions et le plan d'action du Conseil européen extraordinaire du 21 septembre 2001, disponibles sur le site du Conseil [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu).

<sup>42</sup> Conclusions et le plan d'action du Conseil européen extraordinaire du 21 septembre 2001, *op. cit.*, p. 2.

<sup>43</sup> Voy. not. le Programme de la Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne (*J.O.*, C 53 du 3 mars 2005, not. pp. 2 et 8), la Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le Terrorisme du 30 novembre 2005, doc. 14469/4/05 REV 4 (disponible sur le site du Conseil précité en note 41), le Programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens (*J.O.*, C 115 du 4 mai 2010, not. pp. 5 et 24) et les Conclusions du Conseil européen des 26 et 27 juin 2014 (disponible sur le site du Conseil précité en note 41).

<sup>44</sup> Voy. not. le *Programme européen en matière de Sécurité* du 28 avril 2015 de la Commission européenne, doc. COM(2015) 185 final (disponible via [ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/basic-documents/docs/eu\\_agenda\\_on\\_security\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/basic-documents/docs/eu_agenda_on_security_fr.pdf)) ainsi que les déclarations du Conseil européen et des chefs d'Etats et de gouvernements des 12 février, 23 avril et 23 septembre 2015 et la Déclaration commune des ministres européens de la justice et de l'intérieur et des représentants des institutions de l'Union européenne sur les attentats terroristes perpétrés le 22 mars 2016 à Bruxelles du 24 mars 2016 (disponibles sur le site du Conseil précité note 41). Sur l'opportunité de créer un mécanisme européen visant spécifiquement Al-Qaida et l'EIL, voy. les Conclusions du Conseil relatives à la stratégie régionale de l'Union européenne pour la Syrie et l'Iraq, ainsi que pour la menace que constitue l'EIL/Daech, 16 mars 2015, doc. 7267/15, p. 20 (disponibles sur le site du Conseil précité en note 41).

**23.** A cette fin et en exécution des résolutions du Conseil de sécurité, trois types de gel préventif d'acteurs terroristes coexistent à l'heure actuelle au sein du droit de l'Union européenne. Le premier consiste en la mise en œuvre du gel ONU dirigé contre Al-Qaida et l'EIIL<sup>45</sup>. Le deuxième, créé en 2016, vise également les acteurs des personnes liées à Al-Qaida et à l'EIIL et tend à compléter le gel ONU<sup>46</sup>. Le troisième vise à mettre en œuvre la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité précitée<sup>47</sup>. Ils relèvent tous de la Politique Extérieure et de Sécurité Commune (ci-après la « PESC »)<sup>48</sup> de l'Union européenne<sup>49</sup>.

**24.** La mise en œuvre de ces mesures de gel préventif a donné lieu à une importante jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Cette jurisprudence soulève plusieurs questions épineuses, notamment quant à la compatibilité du contrôle juridictionnel opéré par le juge de l'Union européenne<sup>50</sup> avec le caractère obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité.

**25.** Comme l'a rappelé le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, il découle en effet de la Charte des Nations Unies<sup>51</sup> (ci-après « la Charte NU) que les pouvoirs exercés le Conseil de sécurité en vue de maintenir la paix et la sécurité internationales « sont d'un caractère coercitif vis-à-vis de l'Etat ou de l'organe coupable », ainsi que « vis-à-vis des autres Etats Membres, qui sont tenus de coopérer avec l'Organisation (art. 2, par. 5 ; art. 25 et 48) et les uns avec les autres (art. 49) dans l'exécution de l'action ou des mesures décidées par le Conseil de

---

<sup>45</sup> Voy. la Décision (PESC) 2016/1693 du Conseil du 20 septembre 2016 concernant des mesures restrictives à l'encontre de l'EIIL (Daech) et d'Al-Qaida et de personnes, groupes, entreprises et entités associés, et abrogeant la position commune 2002/402/PESC, *J.O.*, L 255 du 21 septembre 2016, p. 25 et le Règlement (CE) 881/2002 du Conseil du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées aux organisations EIIL (Daech) et Al-Qaida, *J.O.*, L 139 du 29 mai 2002, p. 9.

<sup>46</sup> Voy. la Décision (PESC) 2016/1693 du Conseil du 20 septembre 2016 concernant des mesures restrictives à l'encontre de l'EIIL (Daech) et d'Al-Qaida et de personnes, groupes, entreprises et entités associés, et abrogeant la position commune 2002/402/PESC, *op. cit.* et le Règlement (UE) 2016/1686 du Conseil du 20 septembre 2016 instituant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de l'EIIL (Daech) et d'Al-Qaida ainsi que des personnes physiques et morales, des entités ou des organismes qui leur sont liés, *J.O.*, L 255 du 21 septembre 2016, p. 1.

<sup>47</sup> Voy. la Position commune du Conseil du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (2001/931/PESC), *J.O.*, L 344 du 28 décembre 2001, p. 93 et le Règlement (CE) 2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, *J.O.*, L 344 du 28 décembre 2001, p. 70.

<sup>48</sup> Sur les implications de cette base juridique au plan institutionnel, notamment concernant les pouvoirs limités du Parlement, C.J.U.E., arrêt *Parlement c. Conseil* du 19 juillet 2012, C-130/10, EU:C:2012:472, not. pts 42-78. Voy. également BEAUCILLON, C., *Les mesures restrictives de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 68-107 et SCHNEIDER, C., « Les sanctions économiques imposées par l'Union européenne », *J.D.E.*, 2015, p. 278 et références citées.

<sup>49</sup> Nous n'abordons donc pas ici les mesures de gel ordonnées contre certains pays ou (anciens) dirigeants étrangers non spécifiquement liés à la lutte contre le terrorisme, voy. pour une vue d'ensemble des sanctions imposées par l'Union européenne le document très régulièrement mis à jour par la Commission européenne intitulé *EU sanctions map* (*sanctionsmap.eu*, dernière consultation le 8 octobre 2020). Pour rappel, l'un des objectifs de la PESC est « de préserver la paix, de prévenir les conflits et de renforcer la sécurité internationale, conformément aux buts et aux principes de la charte des Nations unies, ainsi qu'aux principes de l'acte final d'Helsinki et aux objectifs de la charte de Paris, y compris ceux relatifs aux frontières extérieures » (art. 21.c). Une disposition identique figurait dans l'ancien Traité sur l'Union européenne (art. 11).

<sup>50</sup> Nous visons par cette expression, la Cour de justice et le Tribunal.

<sup>51</sup> Elle a été signée à San Francisco le 26 juin 1945 et est entrée en vigueur le 24 octobre 1945. Elle est accessible sur le site de l'organisation des Nations Unies, [www.un.org/fr/charter-United-nations/index.html](http://www.un.org/fr/charter-United-nations/index.html) (consultation le 17 septembre 2020).

sécurité »<sup>52</sup>. Les résolutions adoptées dans ce cadre, telles que celles qui nous intéressent, sont dès lors obligatoires pour les Etats, qui doivent les mettre en œuvre soit directement, soit par l'intermédiaire des organisations internationales dont ils font partie<sup>53</sup> – telles que l'Union européenne. En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la Charte NU et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, la Charte NU prévoit que les premières prévaudront<sup>54</sup>.

**26.** Il est cependant évident que le régime de sanctions mis en place par le Conseil de sécurité contre Al-Qaida et l'EIL est problématique sur le plan du respect des droits fondamentaux, à tout le moins tels qu'ils sont interprétés et garantis au sein de l'Union européenne. Cette situation a placé la Cour de justice dans une situation particulièrement inconfortable et l'a conduite comme nous le verrons à prendre une position qui n'est que partiellement satisfaisante à l'occasion de la « saga » KADI<sup>55</sup>.

**27.** Le terrorisme détourna quelques temps l'attention des Etats membres de la confiscation. Le programme de La Haye établi par le Conseil européen en 2005 se borne ainsi à évoquer la lutte contre le blanchiment de capitaux issus du trafic de drogues et contre la criminalité organisée, sans mentionner la confiscation<sup>56</sup>. Les initiatives en la matière se tarirent donc pendant quelques années<sup>57</sup>. Le programme de Stockholm pour les années 2010-2015 marqua néanmoins le retour sur le devant de la scène européenne de la lutte contre la « grande criminalité et la criminalité organisée »<sup>58</sup>. Dans ce cadre, le Conseil européen appela notamment

- à rendre l'identification, la saisie et la confiscation des avoirs des criminels plus efficaces,
- à mieux utiliser et coordonner les informations disponibles en vue d'identifier les transactions suspectes et de confisquer les produits du crime conformément à la Convention de Strasbourg<sup>59</sup>.

---

<sup>52</sup> T.P.I.Y. [chambre d'appel], *Tadic, IT-94-1-T, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 10 août 1995, p. 7, C.2, disponible à l'adresse suivante [www.icty.org/en/case/tadic](http://www.icty.org/en/case/tadic) (consultation le 17 septembre 2020).

<sup>53</sup> Art. 48.2 de la Charte NU.

<sup>54</sup> Art. 103 de la Charte NU. Voy. également l'article 30.1 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.

<sup>55</sup> Voy. notamment C.J.U.E., arrêt *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission* du 3 septembre 2008, C-402/05 P et C-415/05 P, EU:C:2008:461 et C.J.U.E., arrêt *Commission e.a./Kadi* du 18 juillet 2013, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, EU:C:2013:518.

<sup>56</sup> Le programme de la Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, *J.O.*, C 53 du 3 mars 2005.

<sup>57</sup> Ce qui ne signifie pas que les institutions européennes se soient tout à fait désintéressées de la problématique, voy. la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 20 novembre 2008 intitulée « Produits du crime - garantir que "le crime ne paie pas" » (COM(2008) 766 final).

<sup>58</sup> Le programme de Stockholm : une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *J.O.*, C 115 du 4 mai 2010, pp. 21-24. Voy. également les Conclusions du Conseil de l'Union européenne sur la confiscation et le recouvrement des avoirs du 28 mai 2010, doc. 7769/3/10 (disponibles sur le site du Conseil précité en note 41).

<sup>59</sup> *Ibid.*, p.23.

**28.** La Commission proposa en conséquence l'adoption d'une directive<sup>60</sup> consacrée à la confiscation en mars 2012<sup>61</sup>. Deux ans plus tard, le 3 avril 2014, Conseil et le Parlement européen adoptèrent la directive 2014/42/UE concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne<sup>62</sup> (ci-après la « directive 2014/42/UE »). A cette occasion,

« 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'Union européenne »<sup>63</sup>,

le Parlement et le Conseil appelèrent la Commission

« à présenter, aussi rapidement que possible, une proposition législative sur la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation, qui devrait donner lieu à un examen approfondi de la notion de gel »<sup>64</sup>.

Parallèlement, ils invitèrent la Commission

« à analyser aussi rapidement que possible et en tenant compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des États membres, la faisabilité et les avantages susceptibles de découler de l'introduction de nouvelles règles communes en matière de confiscation de biens provenant d'activités de nature délictueuse, y compris lorsque celles-ci n'ont pas conduit à la condamnation d'une ou de plusieurs personnes en particulier »<sup>65</sup>.

Selon les informations communiquées à l'époque par la Commission, une étude de faisabilité devait être publiée à ce propos en 2017<sup>66</sup>. Un document de travail le fut finalement en avril 2019<sup>67</sup>, mettant notamment en évidence la nécessité de poursuivre la réflexion sur la question. Un an plus tard, à l'occasion du rapport relatif à la mise en œuvre de la directive 2014/42/UE, la Commission estima que l'introduction de nouvelles dispositions en matière de confiscation sans condamnation préalable était faisable et souhaitable mais que les données statistiques disponibles étaient encore, à ce stade, insuffisantes pour être en mesure de se prononcer plus précisément<sup>68</sup>.

**29.** La directive 2014/42/UE impose notamment aux États membres de permettre la confiscation en nature ou en valeur des instruments et des produits de toutes les infractions traitées par le droit de l'Union et leur « gel » préalable (art. 4 § 1 et 7). Elle simplifie de plus le

---

<sup>60</sup> Le traité de Lisbonne ayant en effet notamment supprimé le troisième pilier et conduit à ce que les normes adoptées dans le cadre de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice soient soumises à la procédure législative ordinaire définie à l'article 294 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>61</sup> 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), disponible sur *eur-lex.europa.eu*.

<sup>62</sup> *J.O.*, L. 127 du 29 avril 2014, pp. 39-50.

<sup>63</sup> Déclaration du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2014, doc. 7329/1/14 REV 1 ADD 1 (disponible sur le site internet du Conseil précité en note 41).

<sup>64</sup> *Ibid.* La Commission s'exécuta près de trois ans plus tard en déposant une proposition de règlement concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation (doc. COM/2016/0819 final - 2016/0412 (COD)), qui deviendra le Règlement (UE) 2018/1805 du 14 novembre 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation (*J.O.*, L 303 du 28 novembre 2018, pp. 1-38).

<sup>65</sup> Déclaration du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2014, doc. 7329/1/14 REV 1 ADD 1 précité.

<sup>66</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation, *op. cit.*, exposé des motifs.

<sup>67</sup> *Commission Staff Working Document - Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*, 12 avril 2019, doc. SWD(2019) 1050 final.

<sup>68</sup> Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Recouvrement et confiscation d'avoirs: Garantir que le crime ne paie pas, 2 juin 2020, doc. COM(2020) 217 final.

mécanisme de confiscation élargie prévu par la décision-cadre 2005/212/JAI (art. 5). Novatrice, elle introduit également un dispositif subsidiaire de confiscation non fondé sur une condamnation préalable (formelle), notamment en cas de fuite ou de décès du suspect (4 § 2), ainsi qu'une obligation de permettre la confiscation d'avoirs de tiers de mauvaise foi (art. 6). Elle est par ailleurs le premier instrument à prévoir des garanties procédurales spécifiques en cas de gel et de confiscation (art. 8).

**30.** L'Union européenne a depuis lors encore adopté le règlement (UE) n° 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<sup>69</sup>, démontrant à nouveau que la confiscation jouait un rôle important dans sa politique de lutte contre la criminalité.

**31.** Le mouvement pour que le crime ne paie pas a naturellement touché la Belgique. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43, et 505 du Code pénal et insérant un article 43*bis* dans ce même Code<sup>70</sup>, le droit commun des confiscations ne permettait en effet aux juridictions pénales belges que de prononcer la confiscation

- des choses formant l'objet de l'infraction (art. 42, 1° C.P.) ;
- des choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction, quand la propriété en appartient au condamné (art. 42, 1° C.P.) ;
- des choses produites par l'infraction (art. 42, 2° C.P.).

**32.** Cette dernière catégorie ne l'autorisait néanmoins à confisquer que ce qui avait été matériellement produit par l'infraction, et non les fruits de l'infraction<sup>71</sup>. La loi du 17 juillet 1990 a pallié ce vide en permettant au juge de confisquer les

« avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, aux biens et valeurs qui leur ont été substitués et aux revenus de ces avantages investis » (art. 42, 3° C.P.),

le cas échéant par équivalent

« s'ils ne peuvent être trouvés dans le patrimoine du condamné » (art. 43*bis* C.P.).

Le législateur ne se référa pas à l'époque à la Convention de 1988 contre le trafic illicite de substances stupéfiantes et psychotropes pour justifier la modification du Code pénal mais bien au droit d'autres pays européens<sup>72</sup>.

**33.** Plus d'une dizaine d'années plus tard, un mécanisme de confiscation élargie fut à son tour introduit à l'article 43*quater* du Code pénal<sup>73</sup>, et plus récemment, la confiscation par équivalent prévue à l'article 43*bis* du Code pénal fut étendue aux instruments de l'infraction<sup>74</sup>.

**34.** A l'heure actuelle, le droit commun belge des confiscations

---

<sup>69</sup> *J.O.*, L 303 du 28 novembre 2018, pp. 1-38

<sup>70</sup> *M.B.*, 15 août 1990, p. 15886.

<sup>71</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/1, pp. 1-2.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 5 et p. 8.

<sup>73</sup> Loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale, *M.B.*, 14 février 2003, p. 7547

<sup>74</sup> Loi du 18 mars 2018 modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire, *M.B.*, 2 mai 2018, p. 37317 ainsi que loi du 5 mai 2019 portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social, *M.B.*, 24 mai 2019, p. 50023.

- impose la confiscation de l'objet et des instruments du crime et du délit, ainsi que des choses produites par le crime ou le délit, lorsque ces objets appartiennent au condamné (arts. 42 et 43 C.P.) ;
- prévoit la confiscation de l'objet et des instruments de la contravention, ainsi que des choses produites par la contravention, lorsque ces objets appartiennent au condamné uniquement dans les cas prévus par la loi (arts. 42 et 43 C.P.) ;
- permet la confiscation des avantages patrimoniaux tirés de toute infraction, pour autant qu'elle soit requise par écrit par le ministère public (arts. 42 et 43bis C.P.) ;
- permet la confiscation d'avoirs patrimoniaux supplémentaires acquis par la personne condamnée du chef de certaines infractions énumérées à l'article 43quater C.P. au cours de la période commençant cinq ans avant son inculpation et courant jusqu'à la date du prononcé, dont il existe des indices sérieux et concrets qu'ils découlent de l'infraction pour laquelle elle a été condamnée ou d'infractions susceptibles de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique pour autant qu'elles figurent sous la même rubrique que l'infraction déclarée établie et que le condamné n'a pas pu rendre plausible le contraire ;
- permet la confiscation d'une somme d'argent équivalente aux avantages patrimoniaux et aux instruments (art. 43bis C.P.), s'ils ne peuvent être trouvés dans le patrimoine du condamné, ainsi qu'aux avantages patrimoniaux supplémentaires visés à l'article 43quater du Code pénal, pour autant qu'elle soit requise par le ministère public ;
- impose au juge de réduire l'évaluation du montant de ces avantages patrimoniaux (supplémentaires) et des instruments s'il est déraisonnablement lourd ;
- impose au juge de confisquer le patrimoine des organisations criminelles (art. 43quater C.P.) ;
- reconnaît aux tiers le droit de faire valoir leurs droits sur les choses confisquées (art. 43bis et 43quater C.P.) ;
- permet la saisie préalable, le cas échéant par équivalent, des biens susceptibles d'être confisqués (arts. 35 et s. du C.I.Cr.) ;

**35.** Ce régime est complété par des dispositions spécifiques au sein du Code pénal<sup>75</sup>, ou dans des lois particulières<sup>76</sup>. Ces dernières renforcent pour l'essentiel les règles de droit

---

<sup>75</sup> Notamment en matière d'espionnage (art. 123quinquies), de loteries (art. 302) d'exploitation de la prostitution (art. 382ter), de pédopornographie (art. 383bis, § 5), de traite des êtres humains (art. 433novies, § 6), de pratiques de marchand de sommeil (art. 433terdecies) et de blanchiment (art. 505).

<sup>76</sup> Notamment en matière de trafic de stupéfiants (art. 4, § 6 de la loi du 24 février 1921), de chasse (arts. 20 et 31 de la loi du 28 février 1882), de contrefaçon (art. XV.130 du Code de droit économique), de pêche fluviale (art. 7 de la loi du 1er juillet 1954, uniquement en vigueur au plan fédéral), de roulage (arts. 50 à 52 de la loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière), de transport (art. 2 de la loi du 18 février 1969 relative aux mesures d'exécution des traités et actes internationaux en matière de transport par mer, par route, par chemin de fer ou par voie navigable), de douanes et accises (arts. 13, 115, 181, 204, 221, 222, 231 à 233, 235 à 237, 241, 253 et 261 de la loi générale sur les douanes et accises du 18 juillet 1977 et art. 45 de la loi du 22 décembre 2009 relative au régime général d'accises), d'assurance obligatoire de véhicules (art. 24 de la loi du 21 novembre 1989), de transport de voyageur (art. 33 de la loi 15 juillet 2013 relative au transport de voyageurs par route et portant exécution de différents instrument européens), et d'armes (art. 8, al. 2 de la loi du 8 juin 2006 sur les armes).



commun en imposant au juge de prononcer la confiscation de l'objet et de l'instrument de l'infraction en dépit du fait que ces choses n'appartiendraient pas au condamné. A l'exception de la confiscation des choses ayant servi ou destinées à servir à commettre une infraction contre la sûreté extérieure de l'Etat (art. 123<sup>quinquies</sup> C.P.) ou à organiser irrégulièrement une loterie (art. 302 C.P.), toutes les dispositions particulières figurant dans le Code pénal imposant la confiscation de l'objet et de l'instrument même s'ils n'appartiennent pas au condamné, précisent qu'une telle confiscation ne peut préjudicier les droits des tiers. C'est parfois le cas également dans les lois particulières, mais pas toujours<sup>77</sup>. Ces dispositions spécifiques n'organisent néanmoins globalement pas de manière satisfaisante le droit d'intervention du tiers et la restitution éventuelle des biens confisqués.

**36.** Le droit belge des confiscations est dès lors *in fine* extrêmement difficile à lire<sup>78</sup>. Cette difficulté est renforcée par les doutes que suscitent des notions essentielles telles que celle d'objet de l'infraction, d'avantages patrimoniaux ou de patrimoine d'une organisation criminelle, notamment quant à leur portée concrète, ce qui obscurcit les conditions, déjà complexes, de la mise en œuvre de la confiscation.

**37.** Le Gouvernement MICHEL I, et plus particulièrement le ministre de la Justice GEENS<sup>79</sup>, a exprimé sa volonté de clarifier ce droit, à l'instar de l'ensemble du Code pénal. Cet objectif s'est matérialisé par la nomination d'une Commission de réforme du Code pénal, composée d'experts<sup>80</sup>. Deux orientations majeures ont été prises par la Commission de réforme en matière de confiscation : elle doit être une mesure réelle et obligatoire, afin non seulement que le crime ne paie pas mais aussi que l'usage des fonds illicites ne puissent donner lieu à de nouvelles infractions<sup>81</sup>. Elle devrait en outre pouvoir dans certains cas être prononcée comme peine principale<sup>82</sup>. La réforme envisagée ne porte néanmoins que sur le Code pénal et n'a vraisemblablement pas pour but de rationaliser la matière en limitant le nombre de régimes particuliers de confiscations. A sa lecture, l'avant-projet de livre 2 du Code pénal maintient en outre de nombreuses exceptions au droit commun des confiscations figurant au livre 1<sup>er</sup>.

**38.** A l'instar de tous les états membres de l'ONU, la Belgique met en œuvre les résolutions du Conseil de Sécurité en matière de gel préventif d'avoirs terroristes. En tant qu'Etat membre

---

<sup>77</sup> Voy. par exemple l'article 4 de la loi de 1921 qui ne prévoit aucune garantie du respect des droits des tiers, en dépit d'un constat d'inconstitutionnalité posé il y a déjà plusieurs années par la Cour constitutionnelle (C.const., arrêt n° 65/2014 du 3 avril 2014).

<sup>78</sup> En ce sens, voy. l'avant-projet de réforme du Code pénal, *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 170.

<sup>79</sup> Voy. GEENS, K., *Plan justice*, mars 2015 (consultable sur [www.koengeens.be/fr/politique/plan-justice](http://www.koengeens.be/fr/politique/plan-justice), dernière consultation le 13 octobre 2020).

<sup>80</sup> Voy. not. ROZIE, J. et VANDERMEERSCH, D., avec le concours de DE HERDT, J., DEBAUCHE, M. et TAEYMANS, M., *Commission de réforme du droit pénal – Proposition d'avant-projet de livre 1<sup>er</sup> du Code pénal*, Dossier n° 24 de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, La Charte, 2017 ; ROZIE, J., VANDERMEERSCH, D. et DE HERDT, J., avec le concours de DEBAUCHE, M. et TAEYMANS, M., *Un nouveau Code pénal pour le futur. La proposition de la Commission de réforme du droit pénal*, Dossier n° 27 de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, La Charte, 2019 ; VANDERMEERSCH, D. et ROZIE, J., « A quelques pas de... Les lignes de force du Projet de réforme du Code pénal », in FRANSSEN, V. et MASSET, A. (s.l.d.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, série CUP, vol. 194, Liège, Anthemis, 2019, pp. 11 à 43.

<sup>81</sup> VANDERMEERSCH, D. et ROZIE, J., « A quelques pas de... Les lignes de force du Projet de réforme du Code pénal », *op. cit.*, p. 29.

<sup>82</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 170.

de l'Union européenne, elle est à cet égard soumise aux règlements adoptés par l'Union européenne relatifs au gel ONU, au gel UE ainsi qu'au gel spécifique de l'Union européenne visant Al-Qaida et l'EIIL. Sous l'influence du Groupe d'Action Financière (ci-après le « GAFI »), le Gouvernement a en outre élaboré un dispositif de gel préventif d'avoirs national pour mettre en œuvre la résolution 1373 (2001). Il siège dans un arrêté royal du 28 décembre 2006<sup>83</sup>, qui a été en quelque sorte complété par une circulaire précisant les conditions de sa mise en œuvre<sup>84</sup>, et sa mise en œuvre relève de la compétence du Conseil des Ministres. Comme en matière de confiscations, le droit belge ne brille donc pas par sa clarté en la matière.

**39.** On ne peut conclure cette brève synthèse de l'évolution du droit des confiscations et du gel préventif d'avoirs terroristes sans évoquer le GAFI. Cet « organisme intergouvernemental informel »<sup>85</sup>, créé lors du sommet du G7 qui s'est tenu à Paris en juillet 1989<sup>86</sup>, compte aujourd'hui comme membres 37 pays et territoires, ainsi que de 2 organisations régionales, dont la Commission européenne<sup>87</sup>. Il a en outre développé des synergies avec de nombreuses autres organisations internationales universelles ou régionales. Il chapeaute ainsi un réseau d'« organismes régionaux de type GAFI » – dont notamment le MONEYVAL qui dépend du Conseil de l'Europe – qu'il a désigné comme membres associés, et qui participent en cette qualité à ses travaux<sup>88</sup>. Ces membres associés s'engagent également à approuver son action ainsi qu'« à promouvoir la mise en œuvre efficace des normes du GAFI au sein de leurs états membres au travers des examens systématiques par les pairs ( “les évaluations mutuelles”) et des processus de suivi post-évaluation », selon une méthodologie spécifique élaborée par le GAFI<sup>89</sup>. Il a également noué des relations privilégiées avec des organismes internationaux de premier plan tels que l'ONU, le FMI, la Banque Mondiale, le Groupe Egmont des cellules de

---

<sup>83</sup> Arrêté royal du 28 décembre 2006 relatif aux mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme, *M.B.*, 17 janvier 2007, p. 1898.

<sup>84</sup> Circulaire du Ministre de la Justice et du Ministre des Finances relative à la mise en œuvre des articles 3 et 5 de l'arrêté royal du 28 décembre 2006 relatif aux mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme.

<sup>85</sup> VERVAELE, J.A.E., « Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit européen en matière de blanchiment », *op. cit.*, p. 225. Le GAFI se définit quant à lui comme un « organisme intergouvernemental d'élaborations de politiques », voy. notamment GAFI, *Méthodologie d'évaluation de la conformité technique aux recommandations du GAFI et de l'efficacité des systèmes de lbc/ft*, 2013 (mise à jour octobre 2019), GAFI, Paris, disponible via [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/M%C3%A9thodologie%20GAFI.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/M%C3%A9thodologie%20GAFI.pdf) (dernière consultation le 4 juillet 2020). Son mandat actuel a débuté en 2012 et se terminera en 2020, voy. Mandat du GAFI (2012-2020), 20 avril 2012, Washington D.C., p. 2, n°2, disponible sur [www.fatf-gafi.org/fr/publications/](http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/) (consultation le 11 août 2020).

<sup>86</sup> Sur cette création et notamment le rôle-clef des Etats-Unis, voy. CASSANI, U., « L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent », *Revue de droit suisse*, 2008, vol. II, pp. 227-398, p. 238 (et références citées). Voy. également CARTIER-BRESSON, J., « Comptes et mécomptes de la mondialisation du crime », *L'Économie politique* 2002/3 (no 15), p. 24.

<sup>87</sup> Afrique du Sud, Allemagne, Argentine, Arabie Saoudite, Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Canada, Chine, Commission Européenne, Conseil de coopération du Golfe, République de Corée, République de Danemark, Espagne, Etats-Unis, Fédération de Russie, Finlande, France, Grèce, Hong Kong, Inde, Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Malaisie, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Royaume des Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Singapour, Suède, Suisse, Turquie. Il compte également des membres observateurs, des membres associés et des organisations observateurs. Voy. [www.fatf-gafi.org/fr/pages/aproposdugafi/membresetobservateurs/](http://www.fatf-gafi.org/fr/pages/aproposdugafi/membresetobservateurs/) (consultation le 17 septembre 2020). Les services de son Secrétariat sont assurés par l'O.C.D.E. situé à Paris.

<sup>88</sup> *Mandat du GAFI (2012-2020)*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>89</sup> *Ibid.*

renseignements financiers ou encore le Comité des sanctions contre l'EIIL et Al-Qaida du Conseil de Sécurité, qui jouissent de la qualité d'*observateurs*<sup>90</sup>. Dans ce cadre, ils s'engagent à approuver l'action du GAFI et à participer à ses travaux<sup>91</sup>.

**40.** Dès 1990, le GAFI formula une série de *Quarante recommandations* pour lutter contre le blanchiment de capitaux en améliorant l'arsenal législatif des Etats, en accroissant le rôle du secteur financier et en renforçant la coopération internationale<sup>92</sup>. Ces *Quarante Recommandations*, adressées à l'ensemble de la communauté internationale, et non aux seuls membres du GAFI<sup>93</sup>, firent l'objet d'une révision en 1996, avant qu'en 2001 le mandat du GAFI ne soit étendu à la lutte contre le financement du terrorisme et que les *Huit Recommandations spéciales sur le financement du terrorisme* (ci-après « *Recommandations spéciales* ») complètent le dispositif existant. Les *Quarante Recommandations* furent encore révisées en 2003, et une neuvième recommandation vint compléter les *Recommandations spéciales* en octobre 2004. Enfin, l'ensemble des recommandations élaborées depuis 1990 furent révisées en 2012. Au cours de cette révision, il fut décidé d'intégrer les *Recommandations spéciales* aux *Quarante Recommandations*.

**41.** Plusieurs de ces recommandations concernent la confiscation et le gel préventif d'avoirs et ont, comme nous le verrons, contribué à l'élaboration du droit international, européen et belge en la matière. En effet, si les recommandations du GAFI ne sont pas en tant que telles juridiquement contraignantes<sup>94</sup>, plusieurs facteurs permettent au professeur VERVAELE d'affirmer à raison qu'« elles se sont converties dans des normes internationales contraignantes (*hard law*) de fait (*pas de iure*) »<sup>95</sup>. Premièrement, le mécanisme de suivi mis en place impose aux Etats des évaluations régulières de leur mise en œuvre<sup>96</sup>, le cas échéant par l'intermédiaire d'un organisme régional de type GAFI. Dans ce cadre, toute évaluation jugée insatisfaisante par le GAFI peut conduire à des mesures dites renforcées en ce qui concerne les membres et de rétorsion, appelées « contre-mesures » lorsqu'il s'agit des pays non-membres. Deuxièmement, certaines recommandations du GAFI ont – en tout ou en partie – été reprises par de nombreuses conventions internationales et inspirent largement l'action de l'Union européenne contre le

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 5 ainsi que [www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/membresetobservateurs/](http://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/membresetobservateurs/) (consultation le 17 septembre 2020).

<sup>91</sup> Voy. notamment récemment C.S., Résolution 2253, 17 décembre 2015, pp. 9 et 10.

<sup>92</sup> *Rapport I*, p. 3.

<sup>93</sup> Notamment, *Rapport 1990-1991*, Paris, 13 mai 1991, p. 14, disponible sur [www.fatf-gafi.org/fr/publications](http://www.fatf-gafi.org/fr/publications) (consultation le 17 septembre 2020).

<sup>94</sup> Voy. not. GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p. 96; MOULETTE, P., « Le Groupe d'Action Financière », in SPREUTELS, J. (ed.), *Dix ans de lutte contre le blanchiment de capitaux en Belgique et dans le monde*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 151-164, p. 155; STESENS, G., *Money Laundering : a new international law enforcement model*, *op.cit.*, p. 18; VERVAELE, J.A.E., « Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit européen en matière de blanchiment », *op. cit.*, p. 225.

<sup>95</sup> VERVAELE, J.A.E., « Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit européen en matière de blanchiment », *op. cit.*, p. 225.

<sup>96</sup> En ce sens, not. CASSANI, U., « L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent », *op. cit.*, p. 236 et VERVAELE, J.A.E., « Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit européen en matière de blanchiment », *op. cit.*, pp. 225-226.

blanchiment de capitaux<sup>97</sup>. Il n'est d'ailleurs par rare que ces instruments juridiques contraignants renvoient aux travaux du GAFI pour guider les Etats dans leur mise en œuvre<sup>98</sup>. Les recommandations acquièrent ainsi « par ricochet » la force juridique contraignante du texte qui les intègre<sup>99</sup>, tandis que le GAFI se pose durablement en allié des Etats dans la définition de leur politique de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme<sup>100</sup>. Enfin, la force contraignante des recommandations du GAFI siège dans l'engagement politique unanime de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme<sup>101</sup>, engagement qui sera publiquement mis en doute en cas de non-respect des recommandations et conduira par exemple à des réactions négatives des marchés financiers<sup>102</sup>. Les recommandations du GAFI illustrent ainsi parfaitement le propos de M. OST qui, dépassant la traditionnelle distinction *hard/soft law*, parle d'

« un droit "liquide", interstitiel et informel (...) qui sans cesser d'être lui-même se présente en certaines occasions à l'état fluide qui lui permet de se couler dans les situations les plus diverses et d'occuper ainsi en douce tout l'espace disponible (...) »<sup>103</sup>.

42. Le rôle joué par le GAFI dans l'élaboration de normes internationales et nationales soulève néanmoins de nombreuses critiques.

43. Premièrement, comme Mme CASSANI le soulignait déjà en 2008,

« la transparence du processus de décision au sein du GAFI est à bien des égards insuffisante (...). Par ailleurs, le produit de l'élaboration normative est souvent obscur : les recommandations laissent subsister des incertitudes sur bien des points que les notes interprétatives ne parviennent pas toujours à clarifier. Pour en comprendre la portée, il faudrait consulter les rapports d'évaluation mutuelle des différents pays, qui font figure de "jurisprudence" mais représentent à l'heure actuelle une masse ingérable de documents. Les documents qui fixent les règles gouvernant la procédure d'évaluation, quoique volumineux, laissent ouvert des questions tranchées seulement par des documents non accessibles au public,

---

<sup>97</sup> BRAUM, S., « Titre III. Le blanchiment de capitaux : infraction traditionnelle ou instrument du contrôle social post-moderne ? », in CLESSE, C.-E., et NAGELS, C. (dir.), *20 ans de lutte anti-blanchiment en Belgique. Bilan et Perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 36-37; STESENS, G., *Money Laundering : a new international law enforcement model*, op. cit., p. 18. M. STESENS souligne que la première directive consacrée au blanchiment (Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, *J.O.*, L 166 du 28.06.1991), reprenait pas moins de quinze recommandations du GAFI.

<sup>98</sup> Voy. not. l'article 13.1 de la Convention de Varsovie.

<sup>99</sup> En ce sens, GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., p. 96.

<sup>100</sup> STESENS, G., *Money Laundering: a new international law enforcement model*, op. cit., p. 18.

<sup>101</sup> En ce sens, voy. not. GAFI, *Rapport 1990-1991*, Paris, 13 mai 1991, p. 3 et MOULETTE, P., op. cit., p. 153.

<sup>102</sup> VERVAELE, J.A.E., « Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit européen en matière de blanchiment », op. cit., p. 226. Voy. également en ce sens CASSANI, U., « L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent », op. cit., p. 237. En marge de l'adoption de la Résolution 2253 (2015) du Conseil de Sécurité de l'ONU, le président du GAFI a d'ailleurs indiqué, après avoir évoqué le cadre de normes internationales mis en place par le GAFI, que « presque toutes les autres juridictions se sont engagées à mettre en œuvre ces normes et sont évaluées par leurs pairs » et que celles qui échouent à entreprendre les actions attendues sont « désignées publiquement », avant de conclure que « Jusqu'à présent, 80 juridictions ont été soumises à ce processus et 58 ont été publiquement identifiées, 43 d'entre elles ayant depuis entrepris les réformes nécessaires. » ([www.un.org/press/fr/2015/cs12168.doc.htm](http://www.un.org/press/fr/2015/cs12168.doc.htm), consultation le 18 septembre 2020).

<sup>103</sup> OST, F., *Dire le Droit, Faire Justice*, 2<sup>ème</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 50-51.

comme c'est le cas de la procédure de suivi des manquements constatés dans les rapports d'évaluation mutuelle »<sup>104</sup>.

Ce constat ne nous paraît pas devoir être remis en cause dix ans plus tard.

**44.** Deuxièmement, l'émergence comme législateur de fait en matière de droit pénal d'un organisme informel dépendant de l'Exécutif des Etats membres et secrété par une structure tout aussi informelle, composée des chefs de gouvernement des pays les plus riches, pose question<sup>105</sup>. Cette situation conduit en effet à « court-circuiter » le processus classique de création de normes internationales contraignantes, reposant sur la négociation de conventions, leur signature et leur ratification<sup>106</sup>. Elle permet par ailleurs de douter de la stricte objectivité du GAFI, qui est à l'évidence loin d'être un organisme apolitique. De nombreux auteurs ont ainsi souligné qu'il faisait injustement preuve de bienveillance à l'égard des pays puissants, tout en se montrant particulièrement sévère à l'égard de ceux qui ne le sont pas<sup>107</sup>. En outre, le GAFI est par essence « loin d'être un acteur unitaire, rassemblant des experts issus de pays partageant les mêmes intérêts et les mêmes valeurs, et prêts à appliquer réellement les mêmes règles »<sup>108</sup>. Ce constat invite à nuancer le consensus affiché par les membres du GAFI concernant la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Plus fondamentalement, il mène à une certaine remise en cause tant de la capacité que de la volonté réelle du GAFI – et de ses membres – de veiller à l'application uniforme et universelle des normes qu'il promeut<sup>109</sup>.

**45.** Troisièmement, l'influence du GAFI illustre un phénomène observé plus largement dans le cadre de la mondialisation : l'expansion du pouvoir des experts, appartenant généralement à l'administration, dans la l'élaboration des normes et la contraction corrélative de celui des instances de décision démocratiques<sup>110</sup>. A cet égard, l'indéniable maîtrise technique

---

<sup>104</sup> CASSANI, U., « L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent », *op. cit.*, p 239.

<sup>105</sup> VERVAELE, J.A.E., « Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit européen en matière de blanchiment », *op. cit.*, p. 226. Voy. également BRAILLARD, P., « Globalisation financière et sécurité internationale : problématique de la lutte contre le blanchiment d'argent sale et contre le financement du terrorisme », *op. cit.*, pp. 190, 198-199 et 205-208 et MITSILEGAS, V., « Countering the Chameleon Threat of Dirty Money: "Hard" and "Soft" Law in the Emergence of a Global Regime against Money Laundering and Terrorist Finance » , in EDWARDS, A. and GILL, P. (eds), *Transnational Organised Crime: Perspectives on Global Security*, New York, Routledge, 2003, p. 209.

<sup>106</sup> MITSILEGAS, V., « Countering the Chameleon Threat of Dirty Money: "Hard" and "Soft" Law in the Emergence of a Global Regime against Money Laundering and Terrorist Finance », *op. cit.*, p. 209 ; VERVAELE, J.A.E., « Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit européen en matière de blanchiment », *op. cit.*, p. 226.

<sup>107</sup> Voy. not. BRAILLARD, P., « Globalisation financière et sécurité internationale : problématique de la lutte contre le blanchiment d'argent sale et contre le financement du terrorisme », *op. cit.*, p. 201 ; CASSANI, U., « L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent », *op. cit.*, p 248 (et références citées) ; DELMAS-MARTY, M., *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Editions du Seuil, 2004, p. 316 (et références citées) ; MITSILEGAS, V., « Countering the Chameleon Threat of Dirty Money: "Hard" and "Soft" Law in the Emergence of a Global Regime against Money Laundering and Terrorist Finance » , *op. cit.*, p. 205.

<sup>108</sup> BRAILLARD, P., « Globalisation financière et sécurité internationale : problématique de la lutte contre le blanchiment d'argent sale et contre le financement du terrorisme », *op. cit.*, pp. 199-203.

<sup>109</sup> *Ibid.*, pp. 200-201.

<sup>110</sup> OST, F., « Mondialisation, globalisation, universalisation: s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature », in Charles-Albert Morand (éd.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles 2001, p. 16. Voy. également

du GAFI est évidemment de nature à légitimer son action, « même si la prétention à l'universalité de principes dégagés par les pays les plus riches n'est pas sans susciter des interrogations »<sup>111</sup>. Aussi, bien qu'*in fine* il appartienne généralement aux législateurs nationaux d'intégrer les normes édictées par le GAFI en droit interne et qu'ils disposent dès lors théoriquement de l'opportunité d'en évaluer le bienfondé, il est peu probable qu'un réel débat démocratique puisse avoir lieu sur ces mesures pensées par des experts de la matière, et ayant déjà recueilli l'assentiment du pouvoir exécutif des pays les plus riches ainsi que d'un nombre impressionnant d'organisations internationales de premier plan<sup>112</sup>. Cette dilution du pouvoir d'élaborer les normes, est d'autant plus flagrante au sein de l'Union européenne. L'influence du GAFI s'y exerce en effet tant sur le processus législatif des institutions européennes que sur celui des Etats membres, soit directement s'ils sont membres du GAFI, soit au travers du MONEYVAL.

### C. Une évolution marquée par la recherche d'efficacité

46. La première partie de cette étude consacrée à l'analyse du droit international, de l'Union européenne et belge des confiscations et du gel préventif d'avoirs terroristes nous permettra de mettre en évidence un mouvement global tendant à détendre le lien entre la confiscation des produits et le constat préalable de la culpabilité de la personne concernée, voire à les délier, afin de rendre les dispositifs de lutte contre la criminalité et le terrorisme les plus efficaces possibles.

47. Tout d'abord, sous l'impulsion notamment du droit international, qui appelle sans équivoque à permettre dans certains cas le renversement de la charge de la preuve en matière de confiscation des produits<sup>113</sup>, tant l'ordre juridique de l'Union européenne que l'ordre juridique belge ont, comme nous l'avons évoqué, organisé un dispositif de confiscation élargie. Celui-ci repose sur une présomption d'illicéité de biens acquis par le condamné avant sa condamnation. Il impose en conséquence ce dernier de démontrer, suivant le standard de preuve de la balance des probabilités, que les biens visés ne sont pas d'origine illicite. Il est intéressant de souligner que l'article 5 de la directive 2014/42/UE et l'article 43<sup>quater</sup> du Code pénal permettent expressément la confiscation par ce biais de choses qui ne sont pas liées à l'infraction déclarée établie. Dans une telle hypothèse, la confiscation élargie fait peser sur le condamné la présomption légale qu'il a commis au moins une autre infraction ayant généré des produits que celle dont il a été déclaré coupable.

48. De plus, plusieurs dispositions comme l'article 6 de la directive 2014/42/UE et l'article 464/1, § 3 du Code d'instruction criminelle tendent à faciliter la confiscation de produits à

---

BRAILLARD, P., « Globalisation financière et sécurité internationale : problématique de la lutte contre le blanchiment d'argent sale et contre le financement du terrorisme », *op. cit.*, pp. 206-207.

<sup>111</sup> CASSANI, U., « L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent », *op. cit.*, p. 239. Voy. également BRAILLARD, P., « Globalisation financière et sécurité internationale : problématique de la lutte contre le blanchiment d'argent sale et contre le financement du terrorisme », *op. cit.*, p. 207.

<sup>112</sup> CASSANI, U., « L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent », *op. cit.*, p. 240.

<sup>113</sup> Not. art. 5 § 4 de la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 et art. 3 § 4 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 du 16 mai 2005.

l'égard de tiers à l'infraction, c'est-à-dire de personnes étrangères à sa commission, ou à tout le moins dont la responsabilité pénale n'a pas été démontrée, en raison de leur « complicité » avec le condamné dans la dissimulation de ses biens et non dans l'infraction elle-même.

49. Par ailleurs, l'article 4 § 2 de la directive 2014/42/UE impose aux Etats membres qui n'autorisent pas la confiscation des produits au terme d'une procédure *in absentia* de permettre, sous certaines conditions, qu'elle soit ordonnée en l'absence de condamnation de la personne concernée. Il s'agit là d'un premier pas vers l'introduction d'un véritable mécanisme de confiscation civile au sein de l'ordre juridique européen, comme le laissent présager la déclaration du Parlement et du Conseil publiée à l'occasion de la publication de la directive au *Journal Officiel*<sup>114</sup> ainsi que les travaux ultérieurs de la Commission à ce sujet<sup>115</sup>.

50. L'objectif des autorités publiques n'est en conséquence plus seulement de veiller à ce que le crime ne paie pas ou plus, mais également de faire obstacle à ce que des biens d'origine illicite ou présumés tels, demeurent en circulation et puissent permettre la commission de nouvelles infractions, notamment de blanchiment de capitaux. Or, la prévention des infractions, dans ces cas terroristes, est le fondement de l'obligation de geler préventivement les biens des (soutiens présumés des) groupes terroristes. Les différents dispositifs de gel qui ont été élaborés ne reposent en outre pas sur une présomption de commission antérieure d'infractions mais uniquement sur un risque de financement actuel ou futur de terrorisme. Ne dépendant pas d'une décision judiciaire et n'offrant qu'un recours juridictionnel à la portée limitée, le gel préventif d'avoirs terroriste apparaît donc comme la forme la plus extrême d'action préventive portant sur les biens des personnes. Certains pourraient affirmer qu'il s'agit aussi du mécanisme préventif le plus efficace.

51. Comme nous l'avons relevé précédemment, les juges de l'Union européenne et belge n'ont pas remis en cause cette évolution. A l'instar des législateurs européen et belge, ils ont en réalité pu s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour l'approuver.

#### **D. L'efficacité de la lutte contre le crime et le terrorisme en tension avec les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme**

52. Parmi les droits et libertés consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles additionnels, le droit à un procès équitable, le principe de légalité des peines et le droit de propriété ont été généralement invoqués pour faire obstacle à cette évolution.

53. Le premier garanti par l'article 6 de la Convention, prévoit notamment que toute personne doit avoir accès tant en matière civile qu'en matière pénale à un tribunal, c'est-à-dire

---

<sup>114</sup> Déclaration du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2014, voy. doc. 7329/1/14 REV 1 ADD 1.

<sup>115</sup> *Commission Staff Working Document - Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*, 12 avril 2019, doc. SWD(2019) 1050 final et *Rapport de la Commission au Parlement Européen et au Conseil. Recouvrement et confiscation d'avoirs : Garantir que le crime ne paie pas*, 2 juin 2020, doc. COM(2020) 217 final.

à un organe juridictionnel disposant en principe d'un pouvoir de pleine juridiction<sup>116</sup>. En outre, il reconnaît à tout « accusé » le droit d'être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie, ce qui implique notamment que

« la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé »<sup>117</sup>.

L'assouplissement de la charge de la preuve en matière de confiscation et la nature préventive et administrative du gel d'avoirs en matière de terrorisme sont donc indéniablement en tension avec l'article 6.

**54.** Le deuxième garanti par l'article 7 de la Convention implique qu'une sanction ne peut en principe être imposée à une personne sans qu'un élément de responsabilité n'ait été préalablement constaté dans son chef<sup>118</sup>. Or, la confiscation élargie, qui constitue indéniablement une peine<sup>119</sup>, peut conduire à sanctionner le condamné en le privant de biens non nécessairement liés à l'infraction déclarée établie. La confiscation de biens appartenant à des tiers à l'infraction revient également à faire peser sur ces derniers le poids de la condamnation d'un(e) autre. En outre, le gel préventif d'avoirs impose une immobilisation en principe complète de tout le patrimoine de la personne concernée, sans que sa responsabilité pénale n'ait à être judiciairement établie.

**55.** Le troisième est quant à lui garanti par le 1<sup>er</sup> Protocole additionnel à la Convention. Il prévoit en substance que chacun a le droit de jouir de ses biens et que toute ingérence des autorités publiques à cet égard doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et garantir un juste équilibre entre l'intérêt public et l'intérêt de la personne concernée à ce que son droit soit respecté<sup>120</sup>. A l'occasion de l'analyse de ce troisième critère, l'équité de la procédure ainsi que la prise en compte du comportement de la personne concernée jouent un rôle important pour déterminer si un tel équilibre a effectivement été maintenu<sup>121</sup>. La confiscation de biens de tiers à l'infraction ainsi que l'usage de présomptions d'illicéité à l'encontre de la personne poursuivie pénalement peuvent dès lors légitimement poser question.

---

<sup>116</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21 juin 2016, req. 5809/08, § 128 (qui fait référence à CEDH, arrêt *Sigma Radio Television Ltd c. Chypre* du 21 juillet 2011, reqs. 32181/04 et 35122/05, §§ 151 à 157) et CEDH, arrêt *Terra Woningen B.V. c. Pays-Bas* du 17 décembre 1996, req. 20641/92, § 52 (qui se réfère not. à CEDH [plénière], arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981, reqs. 6878/75 et 7238/75, § 51 b).

<sup>117</sup> CEDH [plénière], arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* du 6 décembre 1988, req. 10590/83, § 77. Voy. également à cet égard CEDH, arrêt *Capeau c. Belgique* du 13 janvier 2005, req. 42914/98, § 25.

<sup>118</sup> CEDH [GC], *G.I.E.M. e.a. c. Italie* du 28 juin 2018, reqs. 1828/06 34163/07 19029/11, § 242.

<sup>119</sup> CEDH, arrêt *Welch c. Royaume-Uni* du 9 février 1995, req. 17440/90.

<sup>120</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Beyeleer c. Italie* du 5 janvier 2000, req. 33202/96, §§ 108 et s. ; CEDH [GC], arrêt *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie* du 25 octobre 2012, req. 71243/01, §§ 94 et s. ; CEDH [GC], arrêt *Bélané Nagy c. Hongrie* du 13 décembre 2016, req. 53080/13, §§ 112 et s.

<sup>121</sup> Not. CEDH, *Agosi c. Royaume-Uni* du 24 octobre 1986, req. 9118/80 et plus récemment CEDH, arrêt *Paulet c. Royaume-Uni* du 13 mai 2014, req. 6219/08.



**E. Une analyse en deux temps : déterminer l'état du droit international, de l'Union européenne et belge des confiscations et du gel préventif d'avoirs et le confronter à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme**

**56.** Cette étude vise à répondre à deux questions intimement liées :

- quel est actuellement le régime de la confiscation et du gel préventif d'avoirs terroristes en droit de l'Union européenne et en droit belge ?
- ce régime est-il compatible avec les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'avec l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole additionnel à la Convention tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme ?

**57.** Pour ce faire, dans un premier temps, nous retracerons l'évolution des droits européen et belge en la matière, à la lumière du droit international, pour être en mesure de procéder à un examen critique du régime actuel de la confiscation et du gel préventif d'avoirs terroristes dans ces deux ordres juridiques. A cette occasion, nous procéderons à une analyse statique du droit d'une part, en exposant les dispositions pertinentes des conventions internationales adoptées sous l'égide des Nations Unies et du Conseil de l'Europe, ainsi que des différents instruments législatifs de droit de l'Union européenne et de droit belge, et dynamique d'autre part, en nous intéressant également à leur interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne et par les juridictions belges.

**58.** Il est évident que les instruments de droit international et de droit de l'Union européenne consacrés à la confiscation tendent au rapprochement des droits nationaux pour permettre une meilleure coopération entre les Etats dans la lutte contre la criminalité. Nous n'examinerons néanmoins pas les mécanismes de coopération judiciaire et policière en la matière. Notre objectif est en effet d'analyser la mesure de confiscation et non la manière dont les Etats ont organisé leur coopération pour la mettre en œuvre, par exemple au sein de l'Union européenne.

**59.** Nous montrerons dans cette première partie de notre étude que le droit international, le droit de l'Union européenne et le droit belge tendent à permettre la confiscation d'un ensemble de chose toujours plus étendu, tout en cherchant à assouplir la charge de la preuve de leur illicéité par l'autorité poursuivante. Nous constaterons également que sous l'impulsion du Conseil de sécurité des Nations Unies, plusieurs dispositifs de gel préventif d'avoirs terroristes ont été mis en œuvre aux plans des Nations Unies, de l'Union européenne et belge. Dans ce cadre, la Cour de justice et le Tribunal de l'Union européenne n'ont pas encore eu l'occasion de développer leur jurisprudence à propos de la confiscation. En revanche, ils ont eu à connaître de nombreux recours en matière de gel préventif, recours à l'occasion desquels ils ne l'ont pas remis en cause en son principe, bien qu'ils en aient encadré la mise en œuvre en imposant aux autorités compétentes le respect de garanties procédurales relativement strictes. La protection juridictionnelle concrète offerte par le droit de l'Union européenne aux personnes ciblées, compte tenu notamment du caractère obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité, demeure toutefois discutable. Dans l'ordre juridique belge, la Cour constitutionnelle a quant à elle eu à cœur de garantir les droits des tiers en matière de confiscation. La Cour de cassation,

entraînant dans son sillage les juridictions de l'ordre judiciaire s'est également montrée attentive à cette problématique. Parallèlement, elle a néanmoins souvent veillé à assurer la plus grande efficacité aux différents dispositifs de confiscation, au détriment selon nous parfois de la volonté du législateur et/ou des droits fondamentaux des personnes concernées.

**60.** Ensuite, dans un second temps, nous tenterons de déterminer la portée des droits et garanties consacrés par les articles 6 et 7 de la Convention et 1<sup>er</sup> du premier Protocole additionnel à la Convention en analysant de manière approfondie la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. A cette occasion, nous ne nous bornerons pas à traiter des arrêts relatifs à la confiscation et au gel préventif mais replacerons ces derniers plus globalement dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Cette manière de procéder nous permettra d'une part de constater que les dispositifs actuels de confiscation et de gel préventif d'avares terroristes ont globalement été jugés compatibles avec le droit à un procès équitable, le principe de légalité des peines et le droit de propriété ; et d'autre part de mettre en évidence les incohérences qui affectent certains arrêts « phare » en la matière, ainsi que la tendance plus générale de la Cour européenne à privilégier la coopération avec les Etats Parties dans leur quête d'efficacité de la lutte contre la criminalité et le terrorisme, au prix d'une conception restrictive des droits fondamentaux.

**61.** Au terme de cette étude, nous aurons pu vérifier notre hypothèse selon laquelle le développement du droit des confiscations et du gel préventif aux plans international, européen et belge, guidé par la recherche constante de l'efficacité, a conduit à une érosion importante des droits fondamentaux, érosion à laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a participé en privilégiant, à de multiples occasions, l'efficacité de la lutte contre le crime et le terrorisme, au détriment des droits fondamentaux dont elle est pourtant censée garantir l'effectivité.

**62.** Il existe d'innombrables contributions portant sur certains types de confiscation ou sur le droit belge des confiscations. Cependant, il n'a pas encore été procédé à une mise en perspective critique de l'ensemble des sources du droit des confiscations de l'Union européenne et belge. Le gel préventif d'avares terroristes est quant à lui assez peu traité en doctrine, et ses liens avec la confiscation n'ont, à notre sens, pas été analysés de manière approfondie. Par ailleurs, aucun examen global de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de confiscation et de gel préventif n'a récemment été réalisé. Cette jurisprudence bien établie n'a *a fortiori* pas été examinée de manière systématique à la lumière de la jurisprudence générale de la Cour relativement au droit à un procès équitable, au principe de la légalité des peines et au droit de propriété. La doctrine s'y intéresse en effet généralement à l'occasion de la présentation de dispositifs particuliers de confiscation ou de gel, sans procéder à une analyse critique des arrêts pertinents. En replaçant ces arrêts dans un contexte plus large, nous serons pour notre part en mesure d'en exposer les faiblesses internes et de montrer l'évolution générale de la jurisprudence de la Cour dans laquelle ces arrêts s'inscrivent.

**63.** Il découle de ce qui précède que la première partie de cette étude (I) offrira un exposé exhaustif et critique du droit des confiscations (A) et du gel préventif d'avares terroriste (B) dans l'ordre juridique international et du Conseil de l'Europe (1), dans l'ordre juridique de l'Union européenne (2) et dans l'ordre juridique belge (3). Cette première partie se clôturera par une conclusion synthétisant ses principaux enseignements (C). La deuxième partie de notre

étude (II) consistera en une analyse des conditions de la mise en œuvre et de la portée de l'article 6 et de l'article 7 de la Convention (A et B) ainsi que de l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole additionnel à la Convention (C), en matière de confiscation et de gel préventif d'avoirs terroristes, à la lumière de la jurisprudence générale de la Cour quant à ces dispositions. Nous l'achèverons également par une conclusion de synthèse (D). Enfin, nous conclurons notre étude en revenant sur ses principaux apports et en faisant part de quelques réflexions quant à l'orientation qui devrait selon nous être donnée aux prochains développements de la matière.



## PREMIERE PARTIE

De la confiscation des produits du crime au gel préventif d'avoirs terroristes



## **I. De la confiscation des produits du crime au gel préventif d'avoirs terroristes**

**64.** Depuis une trentaine d'années, la politique criminelle de nombreux Etats membres de l'Union européenne et plus largement de l'Organisation des Nations Unies, ne vise plus uniquement à imposer des peines d'emprisonnement ou d'amendes. Les autorités publiques ont en effet compris que pour combattre efficacement les groupes criminels organisés, véritables menaces pour l'économie légale et plus largement pour l'Etat de droit, il était nécessaire de les priver des profits tirés du crime. Avec l'incrimination du blanchiment de capitaux, la confiscation s'est en conséquence progressivement imposée comme un outil majeur dans la lutte contre la criminalité aux plans international, européen et belge.

**65.** Les initiatives normatives se sont multipliées dans ces différents ordres juridiques au cours des dernières décennies dans un but précis : renforcer l'efficacité de la confiscation pour parvenir à retirer de la circulation le plus de biens d'origine illicite possible. Dans cette optique, diverses conventions internationales ont été adoptées sous l'égide de l'Organisation des Unies et du Conseil de l'Europe pour fixer des obligations minimales en matière de confiscation des produits du crime. S'appuyant sur ces initiatives, l'Union européenne élabore également, étape par étape, son propre droit des confiscations en vue de rapprocher les droits de ses Etats membres pour leur permettre ainsi *in fine* de mieux collaborer en la matière. Le droit positif belge des confiscations est naturellement influencé par ces sources externes mais résulte également d'une politique relativement avant-gardiste en la matière conduite par l'Exécutif.

**66.** Au fil de son évolution, le champ d'application matériel de la confiscation s'est étendu en droit de l'Union européenne et belge à des biens non nécessairement liés à une infraction déclarée établie par le juge pénal, tandis que face aux infractions les plus graves la charge de la preuve des autorités de poursuites a été assouplie. Par ailleurs, la confiscation n'est désormais plus seulement perçue comme un moyen de lutter pour que le crime ne paie pas mais aussi comme un outil de prévention de la commission d'infractions. La recrudescence des actes de terrorismes depuis la fin des années 1990 a néanmoins conduit les autorités publiques à lui préférer, sous l'impulsion du Conseil de sécurité des Nations Unies, une autre mesure pour combattre sur le plan financier les organisations terroristes et prévenir la commission d'attentats terroristes : le gel préventif d'avoirs.

**67.** Cette mesure qui se rapproche par ses effets de la saisie ou du gel préalable à confiscation est en réalité fondamentalement différente. Elle ne s'inscrit en effet pas dans une procédure judiciaire et ne tend pas à permettre une confiscation future. Bien que temporaire par essence, sa durée n'est en outre pas *a priori* limitée dans le temps, contrairement aux mesures conservatoires préalables à la confiscation qui ne peuvent nécessairement pas durer plus que le temps des procédures judiciaires dans lesquelles elles s'inscrivent. A cet égard, il peut donc avoir en pratique un impact très semblable à la confiscation.

**68.** Les dispositifs existants de gel préventif d'avoirs en matière de terrorisme découlent de résolutions du Conseil de Sécurité et doivent être pratiquement mis en œuvre par les Etats et/ou

les organisations internationales auxquelles ils appartiennent, telles que l'Union européenne. Différents mécanismes de gel préventif ont ainsi été adoptés, à l'initiative généralement du pouvoir exécutif, en droit de l'Union européenne et en droit belge, rendant l'ensemble du régime difficilement lisible et prévisible. De plus, le mécanisme de gel préventif peut en tant que tel apparaître comme problématique face aux droits fondamentaux garantis dans ces ordres juridiques.

**69.** Il découle de ces quelques observations introductives que, vu la multiplicité de ses sources et influences, le droit positif de l'Union européenne et belge des confiscations et du gel préventif d'avoirs apparaît comme étant aussi riche que complexe. Une analyse approfondie, au départ du droit international, est donc nécessaire pour en cerner le plus précisément possible la portée et être en mesure dans la seconde partie de cette étude d'en évaluer la compatibilité avec les droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme. Nous procédons à cette analyse dans les deux chapitres qui suivent (A et B), avant de proposer une conclusion de cette première partie de notre étude (C).

## **A. La confiscation en droit international, de l'Union européenne et belge**

**70.** Dans ce chapitre, nous adopterons une méthode commune consistant à examiner successivement en droit international pénal contraignant (1), en droit de l'Union européenne (b) et en droit belge (3), les objectifs des instruments juridiques analysés (a), la terminologie qu'ils utilisent (b) et le régime de la confiscation en tant que tel (c), en proposant une conclusion de synthèse pour chaque ordre juridique (d). Cette manière de procéder nous permettra de montrer

- ce qui justifie, selon leurs auteurs, l'adoption de dispositions consacrées à la confiscation,
- ce que cette notion, ainsi que celles de produits, d'instrument ou encore en droit belge d'avantages patrimoniaux tirés de l'infraction signifient concrètement, et
- quelles sont d'une part les obligations découlant du droit international et du droit de l'Union européenne pour la Belgique dans l'élaboration de son droit interne des confiscations, et d'autre part quel est l'état dudit droit belge des confiscations.

**71.** Tout régime de confiscation implique en principe la mise en place d'un régime de saisie (ou gel) préalable visant à en assurer l'effectivité. Nous nous y intéresserons donc également dans ce chapitre. Enfin, nous synthétiserons les éléments essentiels du chapitre dans une brève conclusion (4).

### **1. Le droit international pénal contraignant des confiscations<sup>122</sup>**

**72.** Diverses conventions internationales adoptées sous l'égide des Nations Unies et du Conseil de l'Europe comportent des obligations pour les Etats en matière de confiscation. Nous les analysons successivement dans les lignes qui suivent de manière chronologique, aux fins de

---

<sup>122</sup> Cette section se base sur l'épreuve intermédiaire réalisée au terme de sa première année de doctorat par l'auteur.



mettre en évidence l'évolution de la matière ainsi que les similitudes et les différences de son approche au sein de ces organisations internationales.

**73.** Nous débuterons donc, en suivant la méthodologie évoquée en introduction du chapitre (sous-sections a à d), par la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants de 1988 (1) et 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 novembre 1990 (2) qui ont ouvert la voie au développement du droit international des confiscations. Ensuite, nous poursuivrons notre examen par trois conventions des Nations Unies : la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999 (3), la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 (4) et la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 (5). Enfin, nous nous pencherons sur 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 du 16 mai 2005 (6), avant de conclure par une synthèse des éléments essentiels mis en lumière par notre analyse relativement à chaque point d'analyse (7).

**a. Création et objectifs : lutter ensemble contre la criminalité organisée et le terrorisme**

**74.** Nous analysons dans les lignes qui suivent le contexte dans lequel les conventions internationales comportant des dispositions contraignantes en matière de confiscation ont été élaborées, les objectifs qu'elles poursuivent à cet égard et leur économie générale (1 à 6), avant de proposer une conclusion de synthèse (7).

**(1) La Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 19 décembre 1988 : de la régulation du marché des drogues à la criminalisation du trafic illicite**

**75.** Le droit pénal international contraignant consacré aux drogues<sup>123</sup> siège actuellement dans trois instruments : la Convention unique sur les stupéfiants de 1961<sup>124</sup> (ci-après « la Convention de 1961 »), la Convention sur les substances psychotropes de 1971<sup>125</sup> (ci-après la « Convention de 1971 ») et la Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988<sup>126</sup> (ci-après la « Convention de 1988 » ou la « Convention de Vienne »).

---

<sup>123</sup> Pour un aperçu général de ces conventions, voy. RIZZO, A. et SEDAD, K., « Stupéfiants », *Droit pénal et Procédure pénale*, Kluwer, à paraître.

<sup>124</sup> Nations Unies, *Recueil des traités*, 1964, vol. 520, n° 7515, pp. 153 et s. Elle est entrée en vigueur le 13 décembre 1964. La Belgique l'a ratifiée le 17 octobre 1969 et la loi y portant approbation du 20 août 1969 a été publiée le 27 novembre 1969 (*M.B.*, 27 novembre 1969, p. 11714). Notons que la Convention a été amendée en 1972, Nations Unies, *Recueil des traités*, 1975, vol. 976, n° 14151.

<sup>125</sup> Nations Unies, *Recueil des traités*, 1976, vol. 1019, n° 14956, p. 175 et s. Elle est entrée en vigueur le 16 août 1976. La Belgique y a accédé le 25 octobre 1995 et la loi y portant assentiment du 25 juin 1992 a été publiée le 21 mars 1996 (*M.B.*, 21 mars 1996, p. 6437).

<sup>126</sup> Nations Unies, *Recueil des traités*, 1990, vol. 1582, n° 27627, p. 95 et s. Elle est entrée en vigueur le 11 novembre 1990. La Belgique l'a ratifiée le 25 octobre 1995 et la loi y portant approbation du 6 août 1993 a été publiée le 21 mars 1996 (*M.B.*, 21 mars 1996, p. 6461). Elle compte à ce jour 191 Etats Parties.

76. Ces trois Conventions font suite à une série de Traités, d'Accords et de Protocoles signés sous l'égide de la Société des Nations entre 1912 et 1953<sup>127</sup>. Il ressort de l'analyse de l'ensemble de ces textes, ainsi que des Conventions de 1961 et de 1971, comme l'expose Christine GUILLAIN, que le droit international des drogues avait initialement pour objectif de réguler « le marché licite des drogues afin d'en limiter l'usage aux seuls besoins médicaux et scientifiques »<sup>128</sup>. L'objectif assigné à la saisie et à la confiscation y est donc essentiellement d'éviter que des substances stupéfiants ou psychotropes soient produites, cultivées, distribuées ou détenues hors du cadre normatif qu'ils fixent, se trouvent en circulation. Ces mesures ne sont en revanche pas directement appréhendées comme des outils de lutte contre le trafic illicite<sup>129</sup>.

77. Cependant,

« les mesures mises en place pour contrôler la production et le commerce des drogues vont vite s'avérer insuffisantes pour empêcher leur détournement à des fins illicites »<sup>130</sup>.

En négociant la future Convention de 1988, les Etats visèrent donc non seulement à protéger la santé publique, mais encore à « contrer et réprimer le trafic de drogues »<sup>131</sup>. La Convention de 1988 opère de la sorte un basculement de la régulation du marché des drogues à la répression du trafic de drogue, considéré comme une

« activité criminelle internationale dont l'élimination exige une attention urgente et le rang de priorité le plus élevé » (al. 4 du Préambule).

Le concept de « trafic illicite » renvoie ainsi à des comportements infractionnels (art. 1, m)<sup>132</sup>, alors qu'il se bornait jusque-là à désigner la situation de culture, de production, de distribution ou de commercialisation de drogue hors du cadre réglementaire fixé<sup>133</sup>. Tout en intégrant

---

<sup>127</sup> Pour consulter ces textes, voy. <https://treaties.un.org>, Ch. VI, « stupéfiants et substances psychotropes » (dernière consultation le 19 septembre 2020).

<sup>128</sup> GUILLAIN, Ch., « Les injonction pénales du droit international et du droit européen en matière de drogue : un dialogue de sourds ? », in BERNARD, D., *e.a.*, *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 179-205, spéc. p 181. Voy. également STESENS, G., *Money Laundering: a new international law enforcement model*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>129</sup> Voy. les articles 11 à 13 de la Convention de 1936 pour la répression du trafic illicite des drogues nuisibles (Société des Nations, *Recueil des Traités*, 1939, vol. 198, n° 4648, p. 301), ainsi que les articles 35 de la Convention de 1961 et 21 de la Convention de 1971 et les commentaires y relatifs dans Nations Unies, *Commentaires sur la Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, Nations Unies, New York, 1975, pp. 399 et s. ainsi que Nations Unies, *Commentaires sur la Convention sur les substances psychotropes de 1971*, Nations Unies, New York, 1978, pp. 385-394.

<sup>130</sup> GUILLAIN, Ch., « Les injonction pénales du droit international et du droit européen en matière de drogue : un dialogue de sourds ? », *op. cit.*, p. 182. Voy. également DECOURRIERE, A., « Stupéfiants », *Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer, 2003, pp. 72-73 et Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>131</sup> Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, Nations Unies, New York, 2000, p. 1. La problématique du trafic illicite n'était néanmoins pas neuve puisque qu'en 1936 une Convention pour la répression du trafic de drogues nuisibles (précitée note 105) avait déjà été élaborée. Elle n'a toutefois manifestement pas atteint son objectif et n'est pas parvenue à rassembler un grand nombre d'Etats, voy. Nations Unies, *Commentaires sur la Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, *op. cit.*, pp. 399-400.

<sup>132</sup> Voy. sur cette définition, Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, *op. cit.*, pp. 29-30.

<sup>133</sup> Voy. la définition de l'expression à articles 1, l de la Convention de 1961 et 1, j de la Convention de 1971 ainsi que Nations Unies, *Commentaires sur la Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, *op. cit.*, pp. 10-11 et Nations Unies, *Commentaires sur la Convention sur les substances psychotropes de 1971*, *op. cit.*, pp. 27-28.

l'acquis des instruments internationaux antérieurs, la Convention de 1988 change donc diamétralement de perspective. La lutte contre le trafic illicite<sup>134</sup> est désormais appréhendée sous l'angle du droit pénal et vise avant tout à priver ceux qui s'y livrent du fruit de leurs activités criminelles<sup>135</sup>.

**78.** Pour ce faire, la Convention de 1988 contient une série de dispositions novatrices en matière de confiscation et de saisie, rassemblées à l'article 5 intitulé « Confiscation ». Cet article contient des mesures à mettre en œuvre sur le plan national et d'autres qui visent à faciliter la coopération internationale. Le *Commentaire*<sup>136</sup> précise à cet égard qu'il existe

« une corrélation étroite entre les deux, en ce sens que l'objectif visé, à savoir une coopération efficace, ne peut être atteint que si la législation nationale tient suffisamment compte des exigences pratiques de l'aspect international »

et qu'il

« y a aussi, dans une certaine mesure, un chevauchement entre les deux ».

L'objectif de la Convention de Vienne est en conséquence principalement de permettre aux Etats de lutter ensemble contre le trafic illicite, en confisquant le profit qui en découle<sup>137</sup>.

## **(2) 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 novembre 1990 : lutter contre la criminalité en coopérant mieux grâce à la modernisation du droit interne**

**79.** Ouverte à signature le 8 novembre 1990, la Convention dite de Strasbourg<sup>138</sup> est le fruit d'un travail mené au sein du Conseil de l'Europe<sup>139</sup>, sous l'autorité du Comité européen pour

---

<sup>134</sup> Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, op. cit., p. 46.

<sup>135</sup> Voy. not. les cinquième et sixième alinéas du Préambule : « 5. 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'Etat, les activités commerciales et financières légitimes et la société à tous les niveaux,

6. Résolues à priver ceux qui se livrent au trafic illicite du fruit de leurs activités criminelles et à supprimer ainsi leur principal mobile ».

<sup>136</sup> Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, op. cit., p. 120.

<sup>137</sup> Sur ces profits, voy. UNODC, « The drug problem and organized crime, illicit financial flows, corruption and terrorism », *World Drug Report 2017. Fifth book*, 2017, disponible sur [www.unodc.org/wdr2017/field/Booklet\\_5\\_NEXUS.pdf](http://www.unodc.org/wdr2017/field/Booklet_5_NEXUS.pdf) (en anglais uniquement, dernière consultation 31.03.20).

<sup>138</sup> Conseil de l'Europe, *Série des Traités Européens*, Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, n°141. Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1993. La Belgique l'a ratifiée le 28 janvier 1998 et la loi y portant assentiment du 8 août 1997 a été publiée le 4 juin 1998 (*M.B.*, 4 juin 1998, p. 18173). Elle compte actuellement 49 Etats Parties. Pour une analyse complète de ce texte, voy. NILSSON, H.G., « The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of a Developing International Criminal Law », *Criminal Law Forum*, 1991, vol. 2 n° 3, pp. 419-441.

<sup>139</sup> Le Conseil de l'Europe avait déjà formulé une Recommandation n° R(80)10 en 1980 relativement au transfert et à la sauvegarde de fonds d'origine criminelle (voy. GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism* op. cit., pp. 174-175; NILSSON, H.G., « The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of a Developing International Criminal Law », op. cit., p. 422).

les problèmes criminels (le « CDPC »), par un comité restreint d'experts d'Etats membres du Conseil de l'Europe, auxquels se sont joints des observateurs d'autres Etats, de la Commission européenne et de la société civile<sup>140</sup>. L'objectif initial du CDPC était la

« formulation, compte tenu des travaux des Nations Unies en la matière, de normes et critères internationaux pour garantir une coopération internationale efficace entre autorités judiciaires (et éventuellement policière) concernant le dépistage, le gel et la confiscation des produits du trafic illicite des drogues »<sup>141</sup>.

Finalement, la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (ci-après la « Convention de 1990 » ou la « Convention de Strasbourg ») établit des normes visant à lutter contre la criminalité grave en privant le délinquant des produits du crime<sup>142</sup>, sans toutefois se limiter au trafic de stupéfiants<sup>143</sup>.

**80.** Dépassant son objectif initial, elle crée en effet « une obligation de prendre des mesures de confiscation pour toutes les catégories d'infractions »<sup>144</sup>. Néanmoins, craignant qu'une telle obligation puisse faire obstacle à une ratification rapide<sup>145</sup>, les experts ont prévu la possibilité pour les Etats d'émettre une réserve, et de limiter le champ d'application de la confiscation à certaines infractions (art. 2.2). Parallèlement, les Etats Parties peuvent refuser de coopérer si leur droit interne ne permet pas la confiscation pour le type d'infractions à l'origine de la demande de confiscation (art. 18.4a). L'objectif des experts étaient néanmoins, d'une part, que les Etats Parties revoient régulièrement leur législation et limitent la portée des réserves exprimées, et d'autre part, que ces mesures s'appliquent en tout état de cause « à la criminalité grave et aux infractions génératrices de profits considérables »<sup>146</sup>. Dans cet esprit, l'action commune du 3 décembre 1998<sup>147</sup> sur laquelle nous reviendrons<sup>148</sup> invite d'ailleurs les Etats de l'Union européenne à ne pas faire usage de leur droit de réserve, lorsque l'infraction principale

---

<sup>140</sup> Pour une description complète du processus d'élaboration, voy. le *Rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime*, Strasbourg, publications du Conseil de l'Europe, 1991, pp. 1-2 (disponible sur [conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/141.htm](http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/141.htm) et ci-après le « *Rapport explicatif* »).

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>142</sup> Préambule de la Convention. Le *Rapport explicatif* identifie expressément comme constituant des crimes graves, le trafic de stupéfiants, le trafic d'armes, les infractions terroristes, le trafic d'enfants et de jeunes femmes, ainsi que toutes les autres infractions rapportant des profits importants (p. 2, n° 8). Il est également fait mention relativement à la confiscation de l'exploitation sexuelle d'enfants et d'adolescents, de l'extorsion, de l'enlèvement, de l'escroquerie, du délit d'initiés et des infractions en matière d'enlèvement (p. 9, n°27).

<sup>143</sup> Sur cette question, CASSANI, U., « Combattre le crime en confisquant les profits: nouvelles perspectives d'une justice transnationale », *op. cit.*, pp. 257-288, spéc. p. 266 ; GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, pp. 177-178; NILSSON, H.G., « The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of a Developing International Criminal Law », *op. cit.*, p. 422 ; STESSON, G., *Money Laundering : a new international law enforcement model*, *op. cit.*, p. 23 et p. 49. Voy. également *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, *op. cit.*, p. 122, n° 5.64.

<sup>144</sup> *Rapport explicatif*, *op. cit.*, p. 9, n° 27.

<sup>145</sup> *Ibid.* Voy. également, GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p. 177; NILSSON, H.G., G., *Money Laundering : a new international law enforcement model*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>146</sup> *Rapport explicatif*, *op. cit.*, p. 9, n° 27.

<sup>147</sup> Action commune 98/699/JAI du 3 décembre 1998 concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, *J.O.*, L 333 du 9 décembre 1998, pp. 1-3.

<sup>148</sup> *Infra* I, A, 2, a et c.

emporte une peine privative de liberté ou une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an<sup>149</sup>.

**81.** La Convention de Strasbourg indique dans son Préambule que la lutte contre la criminalité grave implique l'usage à un niveau international de mesures efficaces et modernes. Priver le délinquant du produit de son crime en fait partie, tout comme la mise en œuvre d'un système satisfaisant de coopération internationale. Elle poursuit plus précisément les deux objectifs suivants<sup>150</sup>. Premièrement, donner des outils aux Etats pour moderniser leur législation sur le plan matériel et procédural, pour leur permettre de combattre la criminalité grave. En limitant les divergences qui caractérisent les systèmes juridiques des Etats en matière d'investigations, de dépistage, de saisie et de confiscation des produits du crime, elle devrait également faciliter la coopération internationale. Deuxièmement, la Convention de Strasbourg tend à compléter les instruments déjà élaborés au sein du Conseil de l'Europe, dont la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale<sup>151</sup>, la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs<sup>152</sup> et la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives<sup>153</sup>. Conscients du caractère incomplet et/ou du faible niveau de ratification de ces instruments<sup>154</sup>, ses rédacteurs ont néanmoins prévu un ensemble complet de règles couvrant l'intégralité de la procédure, des premières investigations à l'exécution des décisions de confiscation. Ils ont simultanément voulu garantir une certaine souplesse, en intégrant une série de motifs facultatifs de refus ou d'ajournement de la coopération, et ont accordé une certaine attention aux intérêts légitimes des tiers.

**82.** Enfin, notons que cette convention est ouverte aux Etats non-membres du Conseil de l'Europe et n'est donc pas qualifiée d'« européenne », ce qui traduit la volonté de ses rédacteurs de la voir être mise en œuvre le plus largement possible<sup>155</sup>.

### **(3) La Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999 : adapter le cadre législatif existant à la lutte contre le financement du terrorisme**

**83.** La lutte contre le terrorisme est à l'agenda international depuis des décennies. Néanmoins, en dépit de plusieurs tentatives, la Communauté internationale n'est pas parvenue

---

<sup>149</sup> Voy. sur cette question, STESSON, G., *Laundering : a new international law enforcement model*, *op. cit.*, pp. 49-50. Comparer avec la Convention de 2005 examinée *infra*.

<sup>150</sup> *Rapport explicatif*, *op. cit.*, pp. 2-6, n<sup>os</sup> 8-18.

<sup>151</sup> Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, n<sup>o</sup> 30. Ouverte à signature le 20 avril 1959, elle est entrée en vigueur le 12 juin 1962. La Belgique l'a ratifiée le 13 août 1975 et la loi du 19 juillet 1975 y portant assentiment a été publiée le 23 octobre 1975 (*M.B.*, 23 octobre 1975, p. 13275). Elle est entrée en vigueur en Belgique le 11 novembre 1975.

<sup>152</sup> Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, n<sup>o</sup> 70. Ouverte à signature le 28 mai 1970, elle est entrée en vigueur le 26 juillet 1974. La Belgique l'a ratifiée le 30 juin 2010 et la loi du 6 avril 2010 y portant assentiment a été publiée le 21 septembre 2010 (*M.B.*, 21 septembre 2010, p. 58600). Elle est entrée en vigueur en Belgique le 1<sup>er</sup> octobre 2010.

<sup>153</sup> Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, n<sup>o</sup> 73. Ouverte à signature le 15 mai 1972, elle est entrée en vigueur le 30 mars 1978. La Belgique ne l'a pas ratifiée à ce jour.

<sup>154</sup> *Rapport explicatif*, *op. cit.*, p. 3, n<sup>os</sup> 9-10.

<sup>155</sup> L'Australie et le Kazakhstan l'ont à ce jour ratifiée.

jusqu'ici à s'accorder sur une définition commune de ce terme<sup>156</sup>, ni sur un texte abordant cette problématique globalement<sup>157</sup>. Une approche sectorielle a en conséquence été privilégiée et plus d'une dizaine de conventions ont été établies depuis 1963<sup>158</sup>. La Convention de 1999 pour la répression du financement du terrorisme<sup>159</sup> (ci-après « Convention de 1999 » ou « Convention de New York ») en fait partie.

**84.** Cette Convention est le fruit d'une initiative française<sup>160</sup>, prise au lendemain des attentats meurtriers de Dar es Salam et de Nairobi<sup>161</sup>. Ouverte à signature en janvier 2000, elle fit face à une certaine indifférence jusqu'aux attentats du 11 septembre 2001<sup>162</sup>, qui ravivèrent l'intérêt des Etats pour la problématique du financement du terrorisme<sup>163</sup>. Sous l'influence combinée de la résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité des Nations Unies<sup>164</sup> et de divers organismes spécialisés, au premier rang desquels figure le GAFI<sup>165</sup>, le nombre de Parties à la Convention crût à un point tel, qu'il atteint désormais le nombre de 189<sup>166</sup>. Depuis lors, diverses résolutions du Conseil de Sécurité et l'action du GAFI constituent en effet les moteurs de la lutte contre le financement du terrorisme<sup>167</sup>.

---

<sup>156</sup> M. GUILLAUME le définit comme « tout usage de la violence dans des conditions de nature à porter atteinte à la vie des personnes ou à leur intégrité physique dans le cadre d'une entreprise ayant pour but de provoquer la terreur en vue de parvenir à certaines fins » (GUILLAUME, G., « Préface », in BANNELIER, K., CHRISTAKIS, T., CORTEN, O. et DELCOURT, B. (s.l.d.), *Le droit international face au terrorisme. Après le 11 septembre 2001*, Paris, Pedone, 2002, III.

<sup>157</sup> Dès les années 30, la Société des Nations adopta une Convention générale sur la Prévention et la Répression du Terrorisme (LN doc. n° C.546.M.383.1937.V, réimprimé dans (1938) 19, *League of Nations Official Journal*, 23). Ouverte à signature le 16 novembre 1937, cette Convention n'entra jamais en vigueur. Depuis, 2000 un Comité *ad hoc* créé par l'Assemblée Générale des Nations Unies (Rés. 51/210 du 17 décembre 1996) travaille à l'établissement d'une Convention internationale sur le terrorisme, voy. le site internet du Comité *ad hoc* (anglais) [www.un.org/law/terrorism/](http://www.un.org/law/terrorism/) (dernière consultation 30.03.20).

<sup>158</sup> Pour un exposé exhaustif jusqu'à 2009, voy. FERET, J. et PEYRO LLOPIS, A., « La lutte contre le terrorisme : instruments et institutions », in HENNEBEL, L. et VANDERMEERSCH, D., *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009 p. 266 et s. Pour un accès aisé aux sources de l'ONU, voy. également <https://www.un.org/counterterrorism/> (dernière consultation le 19 septembre 2020).

<sup>159</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, p. 197. Cette Convention, ouverte à signature le 10 janvier 2000, est entrée en vigueur le 10 avril 2002. La Belgique l'a signée le 27 septembre 2001 et l'a ratifiée le 17 mai 2004. La loi y portant assentiment du 30 mars 2004 a été publiée le 17 juin 2004 (*M.B.*, 17 juin 2004, p. 44951).

<sup>160</sup> Pour un compte-rendu complet des différentes étapes de la rédaction de la Convention, voy. le site de l'*Audiovisual International Law Library* de l'ONU et le chapitre dédié qui y est consacré (note de Pierre KLEIN), [legal.un.org/avl/ha/icsft/icsft.html](http://legal.un.org/avl/ha/icsft/icsft.html) (dernière consultation le 9 octobre 2020). La proposition initiale de la France est reproduite à l'annexe II du Rapport du Comité *ad hoc* daté du 5 mai 1999, doc. A/54/37, Annex II, 5 mai 1999, accessible sur le site internet précité.

<sup>161</sup> Ces attentats ont été commis le 7 août 1998 et ont fait plus de 250 morts et des milliers de blessés.

<sup>162</sup> Pour une analyse du contexte juridique dans lequel les attentats ont eu lieu et de la réponse qui y a été apportée, voy. STERN, B., « Le contexte juridique de l'« après » 11 septembre 2001 », in BANNELIER, K., CHRISTAKIS, T., CORTEN, O. et DELCOURT, B. (s.l.d.), *Le droit international face au terrorisme. Après le 11 septembre 2001*, *op. cit.*, pp. 3-35.

<sup>163</sup> LECLERCQ, J.-F., « Considérations sur quelques dispositions de droit international concernant la lutte contre le terrorisme », *Pas.* 2009, liv. 12, p. 93, n° 79, disponible à l'adresse [justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/discours2009.pdf](http://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/discours2009.pdf) (dernière consultation le 9 octobre 2020).

<sup>164</sup> Résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies du 28 septembre 2001, Doc. S/RES/1373 (2001). Elle demande aux Etats de devenir Partie à la Convention de New York (3.d). Nous l'analyserons en détails dans la suite de l'exposé.

<sup>165</sup> DAVIS, K. E., « The financial war on terrorism », in RAMRAJ, V.V., HOR, M. and ROACH, K. (ed.), *Global anti-terrorism Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 180.

<sup>166</sup> Voy. <https://treaties.un.org/> (chapitre XVIII, dernière consultation le 19 septembre 2020).

<sup>167</sup> Voy. Fonds Monétaire International, *Suppressing the financing of Terrorism: a handbook for Legislative drafting*, Washington DC, publications du Fonds Monétaire International, 2003, p. 4.

**85.** Le terrorisme et son financement sont des problématiques différentes de la criminalité « classique » visée par les Conventions de 1988 et de 1990 pour au moins deux raisons. Premièrement, la recherche de profits n'est en principe pas une fin en soi pour le terroriste ou l'organisation terroriste, mais un moyen de soutenir et de développer ses activités<sup>168</sup>. Deuxièmement, différentes analyses ont montré que le terrorisme est généralement financé tant par des ressources acquises illégalement (trafic de drogue, kidnapping, racket, ...) que légalement (activités commerciales légales, œuvres de charité, ...) <sup>169</sup>.

**86.** Cette réalité implique que les organisations terroristes mettent en œuvre des mécanismes de blanchiment, en réintroduisant dans l'économie légale des fonds d'origine illégale, et de « noircissement »<sup>170</sup>, en affectant des fonds légalement acquis à des activités illégales<sup>171</sup>. Or, les règles en matière de blanchiment énoncées dans les Conventions de Vienne et de Strasbourg, visent à identifier, rechercher, geler ou saisir et confisquer les produits et les instruments des infractions, mais non les fonds licites destinés à les commettre<sup>172</sup>. L'incrimination du financement du terrorisme en tant qu'infraction principale était donc nécessaire pour combler cette lacune de la législation existante<sup>173</sup>.

**87.** En dépit de ces différences, rechercher et identifier les fonds appartenant ou destinés aux criminels et aux terroristes est essentiel pour les combattre. S'il est dès lors indispensable d'impliquer le secteur bancaire et financier dans la lutte contre tout type de criminalité, y compris le terrorisme<sup>174</sup>, il apparaît que ce n'est néanmoins pas suffisant. On sait en effet que les avoirs des criminels et des terroristes circulent, tant au travers des réseaux bancaires

---

<sup>168</sup> Voy. not. le Message du Président Clinton au Sénat accompagnant la transmission de la Convention de 1999 au Sénat, MUSCH, D. J., *International Terrorism Agreements: documents and Commentary*, New York, Oceana Publications, 2004, pp. 213-214.

<sup>169</sup> Pour une analyse criminologique de cette question, voy. DANTINNE, M. et SERON, V., « Chronique de criminologie. Financement du terrorisme », *Rev. dr. pen.*, 2003, pp. 847-860 ainsi que les références citées.

<sup>170</sup> Terme utilisé par BRAILLARD, P., « Globalisation financière et sécurité internationale : problématique de la lutte contre le blanchiment d'argent sale et contre le financement du terrorisme », *op. cit.*, p. 195 ainsi que DANTINNE, M. et SERON, V., *op. cit.*, p. 860.

<sup>171</sup> BANTEKAS, I., « The International Law of Terrorist Financing », *A.J.I.L.*, 2003, Vol. 97, n°2, pp. 319-320 ; GARDELLA, A., « The fight against the Financing of Terrorism between Judicial and Regulatory Cooperation », in BIANCHI, A. (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 420; MITSILEGAS, V., « Countering the Chameleon Threat of Dirty Money: "Hard" and "Soft" Law in the Emergence of a Global Regime against Money Laundering and Terrorist Finance », *op. cit.*, p. 207.

<sup>172</sup> GARDELLA, A., *op. cit.*, pp. 423-425. Sur la distinction du financement du terrorisme et du blanchiment de capitaux, voy. BRAILLARD, P., « Globalisation financière et sécurité internationale : problématique de la lutte contre le blanchiment d'argent sale et contre le financement du terrorisme », *op. cit.*, p. 194.

<sup>173</sup> Pour un exemple d'inadéquation de la législation classique contre le blanchiment, BANTEKAS, I., « The International Law of Terrorist Financing », *op. cit.*, p. 319 ; voy. également GARDELLA, A., *op. cit.*, pp. 424-425 et MARTIN, J.-C., *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 417. En ce sens également, DAVIS, K.E., « The financial war on terrorism », *op. cit.*, p. 188.

<sup>174</sup> Voy. Not. BANTEKAS, I., « The International Law of Terrorist Financing », *op. cit.*, pp. 324 et 330 ainsi que MARTIN, J.-C., *op. cit.*, p. 433.

classiques, que *via* des systèmes informels de remise de fonds<sup>175</sup>, ce qui rend la tâche des autorités extrêmement complexe et incite à l'élaboration de règles novatrices<sup>176</sup>.

**88.** Dans ce contexte, la Convention de New York

« sought to block the flow of terrorist funds without disrupting the circulation of capital and the continuation of business across global markets »<sup>177</sup>.

Son objectif est dès lors double<sup>178</sup> : incriminer le financement du terrorisme, dont « les instruments juridiques multilatéraux existants ne traitent pas expressément »<sup>179</sup>, et encourager la coopération internationale pour la création d'un cadre juridique efficace et la poursuite de ceux qui financent le terrorisme<sup>180</sup>.

**89.** Dans ce cadre, nous verrons que la recherche, l'identification, le gel, la saisie et la confiscation des ressources des terroristes occupent une place importante, notamment du point de vue préventif.

#### **(4) La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 et ses trois Protocoles additionnels : la nécessité de coopérer face à une criminalité qui ne connaît pas de frontières**

**90.** La portée du concept de « criminalité organisée » suscite d'intenses débats au sein de la communauté scientifique depuis des décennies<sup>181</sup>. Intimement liée dans l'imaginaire populaire à la *Cosa Nostra*<sup>182</sup> ou à d'autres groupes mafieux, la criminalité organisée présente en réalité

---

<sup>175</sup> DANTINNE, M. et SERON, V., *op. cit.*, p. 860 et s. ; voy. également, BANTEKAS, I., « The International Law of Terrorist Financing », *op. cit.*, pp. 320 et s., GAFI, *Rapport annuel 2001-2002*, Paris, GAFI/OCDE, 2002, p. 17, (disponible sur [www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org) – consultation le 30 mars 2016) et MARTIN, J.-C., *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, *op. cit.*, pp. 435 et s. Parmi les systèmes informels, est souvent cité celui de la *Hawala* qui repose sur la confiance. Schématiquement, un individu X se rend chez un *hawaldar* en vue de transférer des fonds dans un pays tiers. X lui remet la somme en lui indiquant son destinataire et l'*hawaldar* indique à son contact dans le pays en question d'aller remettre une somme équivalente à la personne désignée. Régulièrement, l'*hawaldar* et son contact équilibreront leur compte par compensation ou le cas échéant par un transfert de fonds, généralement réalisé sous le couvert d'une autre activité commerciale légale. Par ce système, l'argent est transféré d'un pays à un autre sans avoir emprunté le circuit bancaire et sans pouvoir donc être repéré.

<sup>176</sup> Problème manifestement encore non résolu, AIDP, « Le financement du terrorisme. Résolution », *Revue internationale de droit pénal* 2009/3 (Vol.80), p. 522, n°12.

<sup>177</sup> BANTEKAS, I., « The International Law of Terrorist Financing », *op. cit.*, p. 323. Voy. le 6ème paragraphe du Préambule et la résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 17 décembre 1996, A/Res/51/210.

<sup>178</sup> En ce sens, LECLERCQ, J.-F., « Considérations sur quelques dispositions de droit international concernant la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, pp. 95-96, n° 82.

<sup>179</sup> Préambule, onzième paragraphe : « Notant également que les instruments juridiques multilatéraux existants ne traitent pas expressément du financement du terrorisme ».

<sup>180</sup> Préambule, dernier paragraphe : « Convaincus de la nécessité urgente de renforcer la coopération internationale entre les États pour l'élaboration et l'adoption de mesures efficaces destinées à prévenir le financement du terrorisme ainsi qu'à le réprimer en en poursuivant et punissant les auteurs ».

<sup>181</sup> Pour une synthèse de ce débat, voy. PAOLI, L. et FIJNAUT, C., « Organised Crime and Its Control Policies », *Eur. J. crime Cr. L. Cr.*, 2006, Vol. 14/3, 307-327, spec. pp. 308-313 (et les références citées). Voy. également PAVLIDIS, G., *Confiscation internationale : instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse*, Genève – Zurich – Bâle, Schulthess Medias Juridiques SA, 2012, p. 7 (et références citées).

<sup>182</sup> Dont certains distinguent d'ailleurs diamétralement le mode de fonctionnement de celui de la criminalité organisée, voy. HESS, H., « Parastato e capitalismo corsaro. La mafia siciliana dal 1943 al 1993 », *Incontri*



deux facettes. Elle renvoie en effet, d'une part, à une série d'activités criminelles (trafic de drogue, traite des êtres humains, corruption, cybercriminalité, criminalité financière...), et d'autre part, au fonctionnement « entrepreneurial » de certains groupes criminels, qui mènent diverses activités illégales ou non<sup>183</sup> dans l'unique objectif de créer du profit<sup>184</sup>. Étudiée, analysée et observée partout dans le monde en raison de son impact social et économique particulièrement nocif<sup>185</sup>, la criminalité organisée est néanmoins « *unsufficiently understood* »<sup>186</sup>, et l'usage de ce concept demeure controversé – ou à tout le moins ambigu – chez les juristes<sup>187</sup>.

**91.** La globalisation – ou mondialisation – concerne toutes les composantes de notre société. Les criminels tirent par conséquent également profit de moyens de communication toujours plus performants, de la circulation rapide et continue des biens et des personnes, ainsi que de l'internationalisation des transactions financières<sup>188</sup>. Par ailleurs, les inégalités sociales et économiques ainsi que l'instabilité politique qui touchent toutes les régions du monde, leur offrent un terreau fertile facilitant le développement de leurs activités<sup>189</sup>. Cette criminalité protéiforme, qui dépasse les frontières et dont l'impact n'est pas uniquement local, est généralement qualifiée de « transnationale »<sup>190</sup>. Or, comme l'indique le Professeur FIJNAUT

*« not one single country is capable of containing the different types of transnational crime all by itself – not even those committed on its own territory. International cooperation between states is essential, more so than ever before in the history of mankind »*<sup>191</sup>.

---

*meridionali*, 1995, pp. 41-71, p. 63 (cité par PAOLI, L. et FIJNAUT, C., « Organised Crime and Its Control Policies », *op.cit.*, p. 312, note 20).

<sup>183</sup> GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>184</sup> PAOLI, L. et FIJNAUT, C., « Organised Crime and Its Control Policies », *op.cit.*, p. 308.

<sup>185</sup> Voy. l'évaluation réalisée par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC) de son poids économique, *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*, 2011, disponible sur [www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit\\_financial\\_flows\\_2011\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf) (uniquement en anglais, dernière consultation le 19 septembre 2020).

<sup>186</sup> UNODC, *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*, Vienne, Publication des Nations Unies, 2010, p. ii.

<sup>187</sup> Voy. not. LEVI, M., « Lessons for countering terrorist financing from the war on serious and organized crime », in BIERSTEKER, T. and ECKERT, S. (eds.), *Countering the Financing of Terrorism*, London, Routledge, 2007, p. 260 et s.

<sup>188</sup> FIJNAUT, C., « Transnational Crime and the Role of the United Nations in Its Containment through International Cooperation: A Challenge for the 21st Century », *op. cit.*, pp. 122-123, GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p.15; UNODC, *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment*, *op. cit.*, p. ii.

<sup>189</sup> FIJNAUT, C., « Transnational Crime and the Role of the United Nations in Its Containment through International Cooperation: A Challenge for the 21st Century », *op. cit.*, p. 123 ; GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>190</sup> BOISTER, N., « Transnational Criminal Law? », *EJIL* (2003), Vol. 14 No. 5, 953–976, p. 954.

<sup>191</sup> FIJNAUT, C., « Transnational Crime and the Role of the United Nations in Its Containment through International Cooperation: A Challenge for the 21st Century », *op. cit.*, p. 124. En ce sens, VLASSIS, D., « Drafting the United Nations Convention against Transnational Organized Crime », in WILLIAMS, P. et VLASSIS, D. (ed.), *Combating transnational Crime. Concepts, Activities and Responses*, Londres-Portland, Frank Cass, 2000, p. 359.

Il n'est dès lors pas surprenant que l'ONU soit impliquée dans la lutte contre la « criminalité transnationale organisée » depuis les années 1970<sup>192</sup>.

**92.** Ayant encore à l'esprit les assassinats des juges FALCONE et BORSELLINO, c'est en 1994 que l'action internationale connut un développement majeur. Cette année-là, au terme de la fameuse Conférence Ministérielle Mondiale sur la criminalité transnationale organisée de Naples, furent adoptés la Déclaration politique et le Plan d'action contre la criminalité transnationale organisée<sup>193</sup>. Pour la première fois, la communauté internationale appela à l'élaboration d'un traité spécialement dédié à cette problématique. Après plusieurs années de négociations<sup>194</sup>, cette initiative politique mena à l'adoption le 15 novembre 2000 de la Convention contre la criminalité transnationale organisée<sup>195</sup> (ci-après « Convention de 2000 » ou « Convention de Palerme »), et de ses trois Protocoles additionnels<sup>196</sup>, consacrés à des infractions particulières.

**93.** L'objectif général de la Convention de Palerme – qui est dépourvue de Préambule<sup>197</sup> – est exprimé à l'article 1<sup>er</sup> : « promouvoir la coopération afin de prévenir et de combattre plus

---

<sup>192</sup> Plus précisément depuis Cinquième Congrès des Nations Unies pour la prévention du Crime et le Traitement des délinquants de 1975. Voy. notamment le document du Congrès intitulé, *Formes et dimensions nouvelles – nationales et transnationales – de la criminalité*, acte du Congrès tenu du 1er au 12 septembre 1975, document A/conf.56/3, disponible à l'adresse [www.unodc.org/congress/en/previous/previous-05.html](http://www.unodc.org/congress/en/previous/previous-05.html) (dernière consultation le 19 septembre 2020).

<sup>193</sup> Assemblée Générale, 4 décembre 1994, doc. A/49/748, spéc. par. 34. Voy. également, CESONI, M.-L., « incriminer les "groupes délinquants" organisés : des objectifs décalés », in BERNARD, D., e.a., *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, op. cit., pp. 154-156.

<sup>194</sup> Pour un exposé complet, voy. Organisations des Nations Unies, *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, New York, Publications des Nations Unies, 2008, spéc. p. ix et s. (ci-après « travaux préparatoires »). Voy. également la synthèse réalisée dans le projet de loi d'assentiment à la Convention et à ses protocoles additionnels, *Doc. Parl.*, Sénat, 2003-2004, doc. 3/261/1, p. 3, n<sup>os</sup> 6-7.

<sup>195</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2225, p. 209. Cette Convention est entrée en vigueur le 29 septembre 2003 et compte actuellement 190 Etats Parties ([www.treaties.un.org](http://www.treaties.un.org) – ch. XVIII, n<sup>o</sup> 12 – dernière consultation le 19 septembre 2020). La Belgique l'a signée le 12 décembre 2000 et ratifiée le 11 août 2004. Elle y a porté assentiment par une loi du 24 juin 2004, publiée le 13 octobre 2004 (*M.B.*, 13 octobre 2004, p. 71306).

<sup>196</sup> La Convention compte trois Protocoles additionnels adoptés à la même date que la Convention. Le Premier qui vise à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2237, p. 319), est entré en vigueur le 25 décembre 2003. Il compte actuellement 178 Etats Parties. Le deuxième Protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2241, p. 519), est entré en vigueur le 28 janvier 2004. Il compte à ce jour 149 Etats Parties. Enfin, un troisième Protocole additionnel contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2326, p. 208) est entré en vigueur le 3 juillet 2005. Il compte actuellement 119 Etats Parties. Ils font l'objet de la même loi d'assentiment dans l'ordre interne que la Convention. Pour une analyse complète de la convention, voy. ALBRECHT, H.J. et FIJNAUT, C. (ed), *the Containment of transnational organized crime : comments on the UN convention of december 2000*, Fribourg, Luscrim, 2002 et McCLEAN, D., *Transnational Organized Crime. A commentary on The United Nations Convention and its protocols*, Oxford Commentaries on International Law, 2007.

<sup>197</sup> Voy. néanmoins A.G., Résolution 55/25, 15 novembre 2000, accessible à l'adresse suivante : [www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/](http://www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/) (dernière consultation le 19 septembre 2020), relative à l'adoption de la Convention de Palerme et dans laquelle l'Assemblée générale indique : « Profondément préoccupée par les incidences néfastes, sur les plans économique et social, des activités criminelles organisées, et convaincue qu'il faut d'urgence renforcer la coopération pour prévenir et combattre plus efficacement ces activités aux niveaux national, régional et international, Notant avec une profonde préoccupation les liens croissants entre la criminalité transnationale organisée et les crimes terroristes, compte tenu de la Charte des Nations Unies et des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale, Résolue à refuser tout refuge à ceux qui se livrent à la criminalité transnationale organisée en les poursuivant pour leurs infractions, où qu'elles aient lieu, et en coopérant au niveau international (...) ».

efficacement la criminalité transnationale organisée ». Dans ce but, elle tend à développer une stratégie mondiale de lutte contre la criminalité transnationale organisée<sup>198</sup>, en permettant « une définition commune à l'échelle universelle des principales infractions en la matière »<sup>199</sup>, et en assurant « l'incrimination effective des actes de participation à des groupes criminels »<sup>200</sup>. Suivant une logique semblable à celles des Conventions de Vienne et de Strasbourg, elle vise en outre à priver les groupes criminels du bénéfice de leurs activités<sup>201</sup>. Pour y parvenir, il est cependant nécessaire

« que les États mettent en place des régimes de confiscation énergiques qui permettent d'identifier, de geler, de saisir et de confisquer les capitaux et les biens illicitement acquis »<sup>202</sup>.

De plus, des dispositifs spécifiques de coopération doivent compléter ces mesures, pour permettre l'exécution de décisions étrangères de gel et de confiscation, ainsi qu'une bonne gestion des biens confisqués<sup>203</sup>. L'ambition de la Convention n'est néanmoins pas d'uniformiser le droit des confiscations, qui varie sensiblement d'un Etat à l'autre, mais de favoriser l'émergence d'une approche intégrée et plus mondialisée de cet outil, en dépassant les clivages nationaux<sup>204</sup>. La Convention constitue ainsi un outil de rapprochement des législations en matière de confiscation.

**94.** Trois Protocoles additionnels la complètent (art. 1) et ont pour objectif de combattre des comportements criminels particuliers, peu ou insuffisamment traités sur le plan international<sup>205</sup>.

**95.** Conformément aux objectifs affichés par les rédacteurs de la Convention, son champ d'application est limité à la prévention, aux enquêtes et aux poursuites des infractions de nature « transnationale »<sup>206</sup>, qui impliquent un « groupe criminel organisé »<sup>207</sup>. Parmi ces infractions,

---

<sup>198</sup> UNODC, *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s'y rapportant*, New York, Publication des Nations Unies, 2005, p. xviii. Nous désignerons cette source comme le « Guide législatif » ci-dessous.

<sup>199</sup> FALLETTI, F., « La confiscation de l'argent sale ou les nouveaux instruments de l'action internationale à l'égard du ressort des activités criminelles », *Revue internationale de droit pénal*, 2003/1 (Vol. 74), pp. 589-617, p. 600.

<sup>200</sup> *Guide législatif*, p. 24, n° 51.

<sup>201</sup> En ce sens, voy. not. GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., p. 69; VETTORI, B., *Thought on criminal wealth. Exploring the practice of proceeds from crime confiscations in the EU*, op. cit., p. 3. Voy. également *Doc. Parl., Sénat*, 2003-2004, doc. 3/261/1, p. 4, n° 8

<sup>202</sup> *Guide législatif*, p. 153, n° 288. Les articles 12, 13 et 14 de la Convention ainsi que l'article 6 du Protocole additionnel consacré aux armes, que nous étudierons *infra*, portent d'ailleurs exclusivement sur les mesures de saisie et de confiscation.

<sup>203</sup> *Ibid.*

<sup>204</sup> *Guide législatif*, p. 154, n°291. Les Etats ont d'ailleurs la possibilité d'adopter des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la Convention (art. 34).

<sup>205</sup> Voy. les Préambules des Protocoles consacrés au trafic illicite de migrants et à la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants. Voy. également leur article 2.

<sup>206</sup> Selon l'article 3.2, une infraction aura cette qualité, si elle a été commise soit dans plus d'un État (a), soit 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 (b), qu'elle implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un État (c), ou qu'elle a des effets substantiels dans un autre État (d).

<sup>207</sup> 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 » (art. 2.a). En outre, selon l'article 2.c., un « groupe structuré » est 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 ».

seules deux catégories sont néanmoins visées. D'une part, celles qui sont établies par la convention : l'appartenance à un groupe criminel organisé (art.5), le blanchiment du produit du crime (art. 6), la corruption (art. 8) et l'entrave à l'action de la justice (art. 23). D'autre part, les « infractions graves » au sens de l'art. 2, soit tout « acte constituant une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans ou d'une peine plus lourde » (art. 2, b). A la différence de la Convention, les Protocoles additionnels ne concernent quant à eux que les infractions transnationales qu'ils établissent, impliquant un groupe criminel organisé (arts. 1). Les deux facettes de la criminalité organisée exposées ci-dessus sont ainsi couvertes.

96. Notons enfin qu'une Conférence des Parties à la Convention est prévue afin d'« améliorer la capacité des États Parties à combattre la criminalité transnationale organisée et pour promouvoir et examiner l'application de la présente Convention » (art. 32). Elle se réunit régulièrement depuis 2004<sup>208</sup>. Un mécanisme de vérification de la mise en œuvre de la Convention de Palerme et de ses protocoles additionnels a dans ce cadre récemment été mis sur pied<sup>209</sup>.

#### **(5) La Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 : un instrument international universel nécessaire en dépit de nombreuses initiatives régionales**

97. Le terme « corruption » est utilisé dans des contextes variés. Il peut tantôt viser une forme de perversion morale, tantôt renvoyer à une large variété de comportements impliquant la commission par une personne d'un abus de pouvoir, dans le cadre des fonctions qu'elle occupe au sein d'une entité publique ou privée, et ce en vue d'obtenir un gain personnel<sup>210</sup>. Citons à titre exemplatif de tels comportements<sup>211</sup>, le paiement d'un *bakchich* à un douanier pour échapper à un contrôle trop minutieux, la manipulation par un agent public procédure de marché public pour favoriser un candidat ou la révélation par un employé d'une société privée de secrets industriels à une société concurrente contre une forme de rémunération, l'usage d'un pouvoir de décision politique pour favoriser des intérêts privés et non l'intérêt public, etc...

98. Quel qu'en soit le degré, il est unanimement reconnu que la corruption, a de multiples effets néfastes, notamment du point de vue du respect de l'état de droit, des droits

---

<sup>208</sup> Ses travaux sont disponibles sur [www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/CTOC-COP.html](http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/CTOC-COP.html) (dernière consultation le 19 septembre 2020).

<sup>209</sup> Résolution 9/1 adoptée à l'occasion de la neuvième session de la Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité organisée tenue du 15 au 19 octobre 2018, voy. en anglais [www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/review-mechanism-untoc.html](http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/review-mechanism-untoc.html) (dernière consultation le 19 septembre 2020).

<sup>210</sup> En ce sens, CARR, I., « Fighting Corruption Through Regional and International Conventions: A Satisfactory Solution? », *Eur. J. crime Cr. L. Cr. J.*, 2007, pp. 121–153, p. 131. Sur la notion de corruption voy. également, BACIO-TERRACINO, J., « Corruption As A Violation Of Human Rights », *International Council on Human Rights Policy*, 2008, disponible à [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1107918](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1107918) (dernière consultation 16 octobre 2020) ; KAIIFA-GBANDI, M., « Punishing Corruption in the Public and the Private Sector: The Legal Framework of the European Union in the International Scene and the Greek Legal Order », *Eur. J. crime Cr. L. Cr. J.*, 2010, pp. 139-183, p. 141 (et références citées en note 8); Transparency International, « What is corruption ? », [www.transparency.org/what-is-corruption](http://www.transparency.org/what-is-corruption) (dernière consultation le 19 septembre 2020).

<sup>211</sup> Ces exemples montrent ce que l'on qualifie parfois de « petite » ou « grande » corruption et de corruption « politique ». Voy. Transparency International, *op. cit.*

fondamentaux<sup>212</sup> et du développement économique<sup>213</sup>. Elle présente également des liens étroits avec d'autres formes de criminalité, dont notamment le blanchiment d'argent<sup>214</sup>, et peut avoir un caractère transnational<sup>215</sup>. Ce n'est toutefois qu'au cours de la deuxième moitié des années 1990 que naquirent sur les continents américain<sup>216</sup>, européen<sup>217</sup> et africain<sup>218</sup>, diverses conventions internationales contraignantes consacrées à cette problématique<sup>219</sup>. Ensuite, au cours de l'élaboration de la Convention de Palerme, la nécessité d'établir un instrument conventionnel à vocation universelle spécifiquement dédié à la lutte contre la problématique complexe qu'est la corruption apparut comme une évidence<sup>220</sup>. Trois ans plus tard, la Convention des Nations Unies contre la corruption<sup>221</sup> était adoptée et ouverte à signature à Mérida au Mexique (ci-après la « Convention contre la corruption » ou « Convention de Mérida »). En une dizaine d'années, pas moins de huit instruments internationaux<sup>222</sup>, à portée universelle ou régionale, consacrés à la corruption ont ainsi été élaborés<sup>223</sup>.

---

<sup>212</sup> Sur le lien entre la corruption et les droits fondamentaux, not. BACIO-TERRACINO, J., *op. cit.*

<sup>213</sup> Préambule de la Convention, alinéas 1, 3 et 7 ; Voy. également UNODC, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption*, New York, Publication des Nations Unies, 2ème édition, 2012, pp. iv-v (ci-après « *Guide législatif* »), ainsi que MORRISSEY, D., « The fight against corruption by international organizations », *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2007, 39, 1, pp. 165-166.

<sup>214</sup> Sur cette question, not. KYRIAKOS-SAAD, N., ESPOSITO, G. et SCHWARZ, N., « The incestuous relationship between corruption and money laundering », *Rev. intern. dr. pén.*, 2012, vol. 83., pp. 161-172.

<sup>215</sup> Not. Préambule de la Convention, al. 2 et 4.

<sup>216</sup> *Convention interaméricaine contre la corruption*, adoptée par l'Organisation des États américains le 29 mars 1996 ([www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html](http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html) – dernière consultation le 19 septembre 2020).

<sup>217</sup> Premièrement, la *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, adoptée sous l'égide de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), le 21 novembre 1997 ([www.oecd.org](http://www.oecd.org) – 31.03.20)). Deuxièmement, la *Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne*, adoptée par le Conseil de l'Union européenne le 26 mai 1997 (*J.O.*, C 195, 25 juin 1997). Troisièmement, la *Convention pénale sur la corruption*, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 27 janvier 1999 (Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n° 173), la *Convention civile sur la corruption*, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1999 (Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n° 174). Enfin, plus récemment, le *Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption* (Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n° 191). La Convention de l'OCDE et la Convention pénale du Conseil de l'Europe font l'objet d'une analyse du point de vue du droit des confiscations dans PAVLIDIS, G., *op. cit.*, pp. 24-28 et 58-60.

<sup>218</sup> *Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption*, adoptée par les chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine le 12 juillet 2003 (<http://au.int/en/treaties>, dernière consultation le 19 septembre 2020).

<sup>219</sup> Sur le développement du cadre normatif international, MEAN, J.-P., « The actors in the fight against corruption », in BOISSON DE CHAZOURNES, L. et al. (Eds.), *The global compact of the United Nations 10 years after*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 69-85.

<sup>220</sup> UNODC, *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies, contre la corruption*, New York, Publication des Nations Unies, 2012, p. xxxiii (ci-après « *travaux préparatoires de la Convention* »); *Doc. Parl.*, Sénat, 2006-2007, doc. n° 3-2136/1, p. 2. Voy. également Assemblée Générale, 4 décembre 2000, doc. A/RES/55/61.

<sup>221</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, p. 41. Ouverte à signature le 9 décembre 2003 à Mérida (Mexique), la Convention est entrée en vigueur le 14 décembre 2005 et compte actuellement 187 États Parties ([treaties.un.org](http://treaties.un.org) – chapitre XVIII, n° 14 – consultation le 9 octobre 2020). La Belgique l'a signée le 10 décembre 2003 et ratifiée le 25 septembre 2008. Elle y a porté assentiment par une loi du 8 mai 2007, publiée le 18 novembre 2008 (*M.B.*, 18 novembre 2008, p. 61306).

<sup>222</sup> Voy. notes 211 à 213.

<sup>223</sup> Ce qui suscite d'ailleurs une certaine inquiétude au sein de la doctrine, CARR, I., *op. cit.*, p. 141 et s. ; MORRISSEY, D., *op. cit.*, p. 167. A ce propos également mais de manière moins alarmiste, MEAN, J.-P., *op. cit.*, p. 69.

**99.** Il découle de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de Merida qu'elle vise à promouvoir et à renforcer les mesures de prévention et de lutte contre la corruption de manière plus efficace (art. 1.a), en ce compris par la coopération internationale et le recouvrement d'avoirs (art. 1.b), ainsi que plus généralement à promouvoir l'intégrité, la responsabilité et la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics (art. 1.c).

**100.** La problématique du recouvrement d'avoirs, et de leur restitution<sup>224</sup>, occupe ainsi une place centrale dans cette convention<sup>225</sup>. Pour de nombreux pays, la corruption est en effet intimement liée au détournement de ressources financières publiques et privées<sup>226</sup> par la classe (politique) dirigeante. Une étude mondiale présentée au Comité chargé de rédiger la Convention, a néanmoins mis en évidence les nombreux écueils auxquels devaient faire face les Etats dans le cadre du recouvrement de ces avoirs<sup>227</sup>. Parmi les difficultés mises en évidence figurent le blanchiment des biens<sup>228</sup>, l'absence d'uniformité des lois<sup>229</sup>, la nécessité de respecter les contraintes procédurales<sup>230</sup>, l'existence de différents systèmes de confiscation<sup>231</sup> et l'absence d'instruments internationaux sur la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice étrangères<sup>232</sup>. Or, le recouvrement des avoirs, essentiellement réalisés grâce à la confiscation, contribue à dissuader les criminels et à neutraliser la grande criminalité, en les privant du bénéfice de leurs méfaits<sup>233</sup>. Il rétablit également la justice, et contribue au développement et à la croissance économiques de régions, qui seront considérées comme plus prévisibles, mieux gérées, plus compétitives et donc susceptibles d'attirer les investissements<sup>234</sup>. Cette réalité explique certainement pourquoi le chapitre consacré au recouvrement d'avoirs constitue la principale innovation de cet instrument<sup>235</sup>.

**101.** En outre, à l'instar de la Convention de Palerme, la Convention contre la corruption crée une Conférence des Etats Parties pour favoriser la mise en œuvre concrète de la Convention (Chapitre VII), et qui se réunit régulièrement depuis 2006<sup>236</sup>.

---

<sup>224</sup> La restitution des avoirs recouverts est qualifiée de principe fondamental de la Convention (art. 51).

<sup>225</sup> Outre l'article 1.b précité, voy. le Préambule, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> alinéas et *Guide législatif*, p. 207 et s. Voy. également sur cette question *Doc. Parl., Sen., 2006-2007, doc. 3-2136/1*, p. 4; GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, pp. 71-73.

<sup>226</sup> Il est d'ailleurs prévu qu'il n'est pas nécessaire que les infractions visées par la Convention que les infractions qui y sont visées causent un dommage ou un préjudice patrimonial à l'État (art. 3).

<sup>227</sup> Organisation des Nations Unies, *Étude mondiale sur le transfert de fonds d'origine illicite, en particulier de fonds provenant d'actes de corruption*, 28 novembre 2002, doc. A/AC.261/12, disponible à l'adresse suivante : [www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/background/adhoc-committee-session4.html](http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/background/adhoc-committee-session4.html) (consultation le 19 septembre 2020). Sur cette problématique dans les pays en développement, SPANIERS, J. et SALOMON, M., *Illicit Financial Flows to and from Developing Countries: 2005-2014*, Global Financial Integrity, 2017, accessible via [secureservercdn.net/45.40.149.159/34n.8bd.myftpupload.com/wp-content/uploads/2017/05/GFI-IFF-Report-2017\\_final.pdf](http://secureservercdn.net/45.40.149.159/34n.8bd.myftpupload.com/wp-content/uploads/2017/05/GFI-IFF-Report-2017_final.pdf) (dernière consultation le 19 septembre 2020). Voy. également PAVLIDIS, G., *op. cit.*, p. 66.

<sup>228</sup> Nations Unies, *Étude mondiale sur le transfert de fonds d'origine illicite, en particulier de fonds provenant d'actes de corruption*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>233</sup> *Guide législatif*, p. 210, n° 667.

<sup>234</sup> *Ibid.*

<sup>235</sup> *Doc. Parl., Sénat, 2006-2007, doc. 3-2136/1.*, p. 4 ; PAVLIDIS, G., *op. cit.*, p. 66.

<sup>236</sup> Voy. [www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP.html](http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP.html) (dernière consultation le 19 septembre 2020).

**102.** Notons enfin que la Communauté internationale a poursuivi ses efforts en créant le *Stolen Asset Recovery Initiative*, un organisme rassemblant la Banque Mondiale et l'UNODC, qui vise à favoriser la prévention du blanchiment du produit de la corruption et le recouvrement des avoirs<sup>237</sup>.

**(6) 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 du 16 mai 2005 : réunir les outils existants pour combattre le blanchiment et le financement du terrorisme**

**103.** La Convention de Strasbourg est comme nous l'avons montré, le premier instrument international contraignant, qui cible le produit de toutes les catégories d'infractions. En dépit du rôle précurseur de la Convention de Vienne et des Quarante Recommandations du GAFI publiée en 1990, le blanchiment et la confiscation demeuraient en effet à l'époque « un champ nouveau pour l'immense majorité des membres de la communauté internationale »<sup>238</sup>. Au cours des dix années qui ont suivi, la situation a diamétralement changé et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les dispositifs nationaux de lutte contre le blanchiment ainsi que la coopération internationale ont fait l'objet d'une évaluation régulière par le GAFI et plus récemment par le MONEYVAL<sup>239</sup>, ce qui a permis d'accumuler une « expérience précieuse » en la matière<sup>240</sup>. Ensuite, depuis les attentats du 11 septembre 2001, le financement du terrorisme, incriminé par le Convention de New York et la Résolution 1373 (2001), est devenu le sujet central des préoccupations internationales<sup>241</sup>. En outre, de nombreuses initiatives ont également été prises pour lutter contre le blanchiment notamment par l'Union européenne<sup>242</sup> et par le GAFI qui a révisé ses *Quarante Recommandations* et a établi des *Recommandations spéciales à propos du financement du terrorisme*<sup>243</sup>. Le *Rapport explicatif de la Convention* met encore l'accent sur la création et le développement du *Groupe Egmont*<sup>244</sup>, qui rassemble les cellules de renseignement financier (ci-après « CRF ») d'un nombre croissant d'Etats. Enfin, l'élaboration

---

<sup>237</sup> Voy. [star.worldbank.org](http://star.worldbank.org).

<sup>238</sup> *Ibid.*, n° 7.

<sup>239</sup> Il s'agit du Comité d'experts sur l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme créé en 1997 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le modèle du GAFI. Voy. GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, pp. 204 et s. ainsi que <https://www.coe.int/en/web/moneyval/> (dernière consultation 16 octobre 2020).

<sup>240</sup> Conseil de l'Europe, *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*, n° 8, disponible sur [conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/198.htm](http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/198.htm) (ci-après « Rapport explicatif 2005 »).

<sup>241</sup> CASSANI, U., « Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit pénal européen en matière de blanchiment », in BERNARD, D., *e.a.*, *op. cit.*, pp. 254-255 ; voy. également *Rapport explicatif 2005*, n° 3.

<sup>242</sup> Il s'agit de la décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 sur le blanchiment, l'identification, le dépistage, le gel, la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (*J.O.*, L 182 du 5 juillet 2001, pp. 1-2), ainsi que la directive 91/308/CEE du Conseil de l'Union européenne du 10 juin 1991 sur la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment (*J.O.*, L 166 du 28 juin 1991, pp. 77-82), modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 (*J.O.*, L 344 du 28 décembre 2001, pp. 76-82), voy. le *Rapport explicatif 2005*, n°s 9 et 11.

<sup>243</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 10.

<sup>244</sup> Voy. [www.egmontgroup.org](http://www.egmontgroup.org).

sous l'égide des Nations Unies des conventions de Palerme et de Mérida, ainsi que « l'apparition d'une pression internationale par le biais de l'imposition de contre-mesures à l'égard des "pays et territoires non coopératifs", qui ne se conformaient pas aux normes internationales »<sup>245</sup> ont également contribué à modifier le paysage international.

**104.** Dès la fin des années 1990, l'actualisation de la Convention de Strasbourg commença dès lors à être débattue au sein du Conseil de l'Europe<sup>246</sup>. Après consultation des Etats membres, le Comité Des Problèmes Criminels (CDPC) chargea en 2003 un Comité d'experts d'élaborer un Protocole de révision de la Convention<sup>247</sup>. Selon le mandat donné aux experts, ce Protocole devait intégrer à la Convention des dispositions concernant la prévention du blanchiment et le financement du terrorisme, ainsi que permettre son adaptation future aux modifications des normes internationalement acceptées en la matière<sup>248</sup>. Au terme de la mission des experts, vu l'ampleur des modifications effectuées, l'idée d'un Protocole additionnel fut toutefois abandonnée<sup>249</sup>, au profit de l'adoption 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<sup>250</sup>, ouverte à signature le 16 mai 2005 à Varsovie (ci-après « Convention de Varsovie » ou « Convention de 2005 »).

**105.** Cette Convention tend à réduire la fragmentation des politiques nationales de lutte contre le blanchiment, en rassemblant l'ensemble des dispositions pertinentes en matière de prévention et de lutte contre le blanchiment en un seul texte<sup>251</sup>. Ce faisant, elle facilitera de surcroît la tâche des praticiens généralement contraints de mobiliser divers instruments internationaux<sup>252</sup>. Sur le fond, elle vise à adapter le dispositif existant à l'évolution des techniques de blanchiment, et à l'harmoniser avec les normes prises par d'autres instances internationales (ONU, GAFI, UE)<sup>253</sup>. Elle accorde à cet égard, une attention particulière aux missions des Cellules de Renseignement Financier, les « CRF », autorités administratives chargées de recevoir et d'analyser les informations du secteur privé en application de leurs obligations en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (Chapitre V). Par ailleurs, comme le laisse présager son intitulé<sup>254</sup>, elle s'inscrit dans le mouvement

---

<sup>245</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 12.

<sup>246</sup> Voy. pour un exposé complet, Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif 2005*, n°s 1-28.

<sup>247</sup> *Rapport explicatif 2005*, n°s 13-14. Voy. également GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., p.185 (et références citées).

<sup>248</sup> *Rapport explicatif 2005*, n°15.

<sup>249</sup> *Ibid.*, n° 16.

<sup>250</sup> Conseil de L'Europe, *Série des Traités du Conseil de l'Europe*, n° 198. Adoptée le 3 mai 2005 par le Comité des Ministres et ouverte à signature le 16 mai 2005, elle est entrée en vigueur le 1 mai 2008. Elle compte actuellement 35 Etats Parties et a été signée mais non ratifiée par l'Union européenne le 2 avril 2009 ([conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=198&CM=&DF=&CL=FRE](http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=198&CM=&DF=&CL=FRE) – consultation le 31.03.20). Relevons qu'il est néanmoins, régulièrement fait mention dans le texte de la Convention de « *chaque Etat ou de la Communauté européenne* ». La Belgique l'a signée le 16 mai 2005 et l'a ratifiée le 17 septembre 2009. La loi d'assentiment du 29 août 2009 a été publiée le 22 décembre 2009 (*M.B.*, 22 décembre 2009, p. 80236).

<sup>251</sup> *Rapport explicatif 2005*, n°s 19-23.

<sup>252</sup> *Ibid.*, n° 22.

<sup>253</sup> *Ibid.*, n° 21.

<sup>254</sup> Son Préambule appelle d'ailleurs à la ratification et à la mise en œuvre « *sans restriction* » de la Convention de New York, qui contraint notamment les Etats à incriminer le financement du terrorisme.



international de lutte contre le financement du terrorisme<sup>255</sup>, en encourageant l'utilisation dans ce cadre des outils de lutte contre le blanchiment (Chapitre II)<sup>256</sup>. Tout en conservant la structure générale de la Convention de 1990<sup>257</sup>, la Convention aspire donc à « refléter l'expérience acquise lors de la dernière décennie et ce, dans toutes les enceintes internationales (Union européenne, Conseil de l'Europe et Nations unies) » et à « devenir un outil de référence, largement ratifié et performant, dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et la lutte contre le financement du terrorisme »<sup>258</sup>. Cette lutte, précisent le *Rapport explicatif*, ne devrait « pas avoir pour effet de réduire les garanties contenues dans la Convention européenne des Droits de l'Homme et ses Protocoles »<sup>259</sup>.

**106.** A l'instar de la Convention de 1990, l'objectif en matière de confiscation demeure de contraindre les Etats Parties à adopter les mesures législatives nécessaires pour pouvoir en user le plus largement possible (Chapitre III), et ce afin de faciliter la coopération internationale (Chapitre IV)<sup>260</sup>. La Convention de Varsovie va néanmoins plus loin en s'attaquant aux ressources licites des terroristes, et en imposant, à l'instar de la Convention de Palerme, une série d'infractions auxquelles la confiscation doit nécessairement s'appliquer<sup>261</sup>, sans faculté de réserve (art. 3.2). Notons que cette liste est identique à celle contenue dans le glossaire joint aux Quarante Recommandations du GAFI du 20 juin 2003<sup>262</sup>. Suivant l'exemple de la Convention de Mérida<sup>263</sup>, elle vise de surcroît à garantir la préservation des biens saisis<sup>264</sup>.

---

<sup>255</sup> Voy. également *Rapport explicatif 2005.*, n° 24 sur les objectifs de l'incorporation de dispositions relatives au financement du terrorisme.

<sup>256</sup> Préambule, considérants 8 à 10.

<sup>257</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 3.

<sup>258</sup> *Doc. parl.*, Sénat, Session 2008-2009, Projet de loi portant assentiment 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 au financement du terrorisme, faite à Varsovie le 16 mai 2005, doc. 4-1292, p. 3.

<sup>259</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 28.

<sup>260</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 62 ainsi que le Préambule, considérants 4 à 6.

<sup>261</sup> Liste en annexe à la Convention. Les infractions suivantes y sont reprises ([www.http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/198.htm](http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/198.htm) - consultation le 9 octobre 2020) : (a) la participation à un groupe criminel organisé; (b) le terrorisme, y compris le financement du terrorisme; (c) la traite d'êtres humains et le trafic illicite de migrants; (d) l'exploitation sexuelle, y compris celle des enfants; (e) le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes; (f) le trafic d'armes; (g) le trafic illicite de biens volés et autres biens; (h) la corruption; (i) la fraude et l'escroquerie; (j) la contrefaçon de monnaie; (k) la contrefaçon et le piratage de produits; (l) les crimes et les délits contre l'environnement; (m) les meurtres et les blessures corporelles graves; (n) l'enlèvement, la séquestration et la prise d'otages; (o) le vol; (p) la contrebande; (q) infractions fiscales pénales (liées aux impôts directs ou indirects); (r) l'extorsion; (s) le faux; (t) la piraterie; (u) les délits d'initiés et la manipulation de marchés boursiers. La liste peut être modifiée conformément à la procédure exposée à l'article 54.

<sup>262</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 68. La liste a été légèrement modifiée dans la version révisée des Recommandations en 2012 accessible à l'adresse suivante : [www.fatf-gafi.org/fr/pages/glossaire/](http://www.fatf-gafi.org/fr/pages/glossaire/) (consultation le 31.03.20).

<sup>263</sup> Art. 54.2.c.

<sup>264</sup> Article 6 et *Rapport explicatif 2005*, n° 77.

107. Soulignons par ailleurs qu'une Conférence des Parties responsable du suivi de la mise en œuvre de la Convention<sup>265</sup> est créée (art. 48), mécanisme qui n'existait pas dans le cadre de la Convention de 1990<sup>266</sup>.

108. Enfin, il est prévu que les Parties membres de l'Union européenne appliquent prioritairement entre elles les règles de la Communauté ou de l'Union (art. 52)<sup>267</sup>.

### **(7) Conclusion de synthèse : deux méthodes différentes mais un objectif commun**

109. Dans le sillage des Etats-Unis qui avaient lancé depuis quelques années leur *War on drugs*, la Communauté internationale adopta sous l'égide de l'Organisation Nations Unies la Convention de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances stupéfiantes. Afin que le crime ne paie pas, cet instrument ouvrait la voie au développement sur le plan international de deux outils essentiels dans la lutte contre la criminalité organisée transnationale : l'incrimination du blanchiment d'argent sale et la confiscation des profits des criminels. Conscients qu'une coopération internationale efficace nécessitait l'émergence de règles communes en la matière, les rédacteurs de la Convention de 1988 bâtirent les fondations d'un droit international pénal des confiscations.

110. Nourrissant les mêmes ambitions, le Conseil de l'Europe alla finalement plus loin en s'attaquant aux biens tirés de toutes les infractions et non seulement du trafic de drogue. Pour assurer une ratification aussi rapide que possible de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990, ses rédacteurs laissèrent néanmoins la possibilité aux Etats parties de formuler des réserves relativement à ses dispositions les plus novatrices.

111. Après plusieurs attentats meurtriers visant les Etats-Unis sur le continent africain, l'ONU se lança dans l'élaboration d'une convention consacrée à la répression du financement du terrorisme. Elle sera adoptée 9 décembre 1999, sans susciter de réel intérêt des Etats jusqu'aux attentats 11 septembre 2001. Sous l'impulsion du Conseil de Sécurité des Nations Unies et du GAFI notamment, le texte emporta alors une large adhésion. Il se distingue des autres instruments internationaux en ce qu'il ne vise pas tant à priver les groupes criminels de leurs avoirs illicites mais bien à faire obstacle à l'utilisation de fonds, qu'ils soient d'origine licite ou non, pour financer le terrorisme. L'accent est en conséquence mis sur l'identification et le dépistage des fonds susceptibles d'être mis à la disposition des groupes terroristes pour prévenir la commission d'attentats. Pour les groupes terroristes, l'argent n'est en effet pas une

---

<sup>265</sup> Ce monitoring est cependant subsidiaire à celui effectué par le GAFI et le MONEYVAL (pars. 2 et 3), CASSANI, U., « L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: la lutte contre le blanchiment d'argent », *Revue de droit suisse*, 2008, II, pp. 227-398, p. 263, disponible à l'adresse [archive-ouverte.unige.ch/unige:28667](http://archive-ouverte.unige.ch/unige:28667) (dernière consultation le 31.03.20).

<sup>266</sup> Sur cette question, voy. GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., pp. 194-195.

<sup>267</sup> Sur ce type de clauses et leur impact sur les relations entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, voy. MITSILEGAS, V., *EU Criminal Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 311-312 (et références citées).

fin, mais bien un moyen. Les priver de leurs ressources *a posteriori* a dès lors peu d'intérêt, ce qui importe c'est d'éviter qu'ils n'en obtiennent.

**112.** Les Conventions contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 et contre la corruption de 2003 s'inscrivent quant à elles dans le sillage de la Convention de 1988. L'ONU confirme son approche sectorielle de la lutte contre la criminalité organisée. Comme en matière de lutte contre le financement du terrorisme, il apparaît indispensable de tracer les biens des groupes criminels. D'une part, ces groupes menacent l'économie légale en y intégrant leurs revenus illicites au travers d'activités légales. D'autre part, la corruption conduit à la perte de sommes considérables à détriment des pouvoirs publics et fait obstacle au développement économique de nombreuses régions. La confiscation est par conséquent considérée comme un outil majeur de dissuasion et de neutralisation des organisations criminelles transnationales.

**113.** 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 du 16 mai 2005 tend à faire la synthèse des développements du droit international pénal en matière de blanchiment et de confiscation. Moins souple que la Convention de 1990, elle rassemble également lutte contre la criminalité organisée et prévention du financement du terrorisme, démontrant ainsi qu'en dépit de leur différences essentielles, elles exigent toutes deux de s'attaquer à des biens au moins autant qu'à des individus. Elle tend globalement à faciliter la tâche des autorités compétentes pour qu'elles soient en mesure de combattre de concert plus efficacement ces phénomènes criminels.

**114.** Nous avons enfin pu constater que le développement du droit international des confiscations ne s'est pas accompagné d'une réflexion relativement aux droits des personnes concernées. Cette problématique n'était naturellement pas absente des débats au cours de la négociation de ces différentes conventions. Il est néanmoins évident que les Etats n'ont pas cherché à développer des dispositifs de confiscation plus efficaces, en y associant des droits et garanties procédurales spécifiques.

#### **b. Terminologie et définitions : se comprendre pour mieux combattre ensemble**

**115.** Après avoir déterminé pourquoi les Etats ont décidé d'agir collectivement en matière de confiscation et dans quel cadre ils l'ont fait, nous nous attachons à examiner la portée des notions essentielles utilisées dans ce cadre (1 à 6). Cette sous-section s'achève par une courte conclusion de synthèse (7).

##### **(1) La Convention contre le trafic illicite de substances stupéfiantes et psychotropes : de l'ombre à la lumière**

**116.** La Convention de 1931 visant à limiter la fabrication et à réglementer la distribution des stupéfiants<sup>268</sup> est la première à prévoir la « saisie » des drogues et leur destruction ou leur

---

<sup>268</sup> Société des Nations, *Recueil des Traités*, 1933, vol. 139, n° 3219, p. 300.

transformation subséquente en cas de trafic illicite (art. 18). La Convention de 1936 pour la répression du trafic illicite des drogues nuisibles<sup>269</sup> va plus loin en disposant que

« les stupéfiants, ainsi que les matières et instruments destinés à l'accomplissement d'un des faits prévus par l'article 2, sont susceptibles d'être saisis et confisqués » (art. 10).

Une disposition semblable figure dans les Conventions de 1961 (art. 37)<sup>270</sup> et de 1971 (art. 22, § 3)<sup>271</sup>. Dans cette dernière, le terme « matériel » est néanmoins préféré à « instrument » et ces mesures sont envisagées dans l'article intitulé « Dispositions pénales ».

**117.** Dans ces différents traités ne figure aucune définition des notions de « saisie », de « confiscation », d'« instrument » ou de « matériel ». Le *Commentaire* consacré à la Conventions de 1961 indique néanmoins que l' « on remarquera » – sans préciser sur quel fondement ce constat devrait être réalisé –, que

« le terme " saisie " est employé pour désigner l'acte provisoire qui consiste à prendre possession des stupéfiants, des substances ou du matériel en attendant qu'il soit statué définitivement à leur sujet, c'est-à-dire qu'une décision définitive soit prise quant à leur "confiscation" »<sup>272</sup>.

La même « définition » figure dans les Commentaires de la Convention de 1971<sup>273</sup>.

**118.** La Convention de 1988 définit en revanche expressément les notions de « confiscation » et de « saisie ».

**119.** Tout d'abord la « confiscation » consiste en

« la déposition permanente de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente » (1.f).

Le texte anglais de la Convention précise que cette notion recouvre « *where applicable* » le terme de « "forfeiture" plus approprié, dans certains systèmes juridiques nationaux, que l'expression "confiscation" »<sup>274</sup>. Cette précision témoigne des difficultés rencontrées par les rédacteurs de la Convention de 1988 pour appréhender la notion de confiscation<sup>275</sup>. Les Etats ont en effet développé leurs propres mécanismes de confiscation au cours des années 1980. La confiscation y est tantôt conçue comme une mesure préventive non punitive, tantôt comme une sanction. Il pourrait d'ailleurs sembler à la lecture de l'article 3, § 4, *a*, qui cite la confiscation parmi les sanctions applicables aux auteurs d'infractions, que la Convention 1988 privilégie l'une de ces deux conceptions, en choisissant de conférer à la confiscation le statut de sanction. Il n'en est rien. Le *Commentaire* précise en effet que le texte de l'article 5, consacré à la confiscation, « n'interdit pas des formes de confiscation qui n'exigent pas de

---

<sup>269</sup> Précitée en note 105.

<sup>270</sup> « Tous stupéfiants, toutes substances et tout matériel utilisés pour commettre l'une quelconque des infractions visées à l'article 36 ou destinés à commettre une telle infraction, pourront être saisis et confisqués ». Le Protocole modificatif de 1972 n'a pas amendé cet article, voy. Nations Unies, *Recueil des traités*, 1975, vol. 976, n° 14151.

<sup>271</sup> « Toute substance psychotrope, toute autre substance et tout matériel utilisés ou qu'il était envisagé d'utiliser pour commettre l'une quelconque des infractions visées aux paragraphes 1 et 2 pourront être saisis et confisqués ».

<sup>272</sup> Nations Unies, *Commentaires sur la Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, *op. cit.*, p. 426.

<sup>273</sup> Nations Unies, *Commentaires sur la Convention sur les substances psychotropes de 1971*, *op. cit.*, pp 419-420.

<sup>274</sup> Voy. sur ce point, Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 103.

condamnation »<sup>276</sup>. Il faut en déduire que la Convention de 1988, qui entend laisser aux Etats Parties une large marge d'appréciation dans sa mise en œuvre<sup>277</sup>, ne limite pas la confiscation à une mesure sanctionnant un individu, et tend à pouvoir être mise en œuvre dans l'ensemble des systèmes juridiques nationaux existants, quelle que soit leur conception de la confiscation<sup>278</sup>. Notons encore qu'il découle de la définition de la confiscation que « le processus judiciaire »<sup>279</sup> préalable à une décision de confiscation, ne doit pas nécessairement avoir lieu devant un « tribunal ». En effet, une « autorité compétente », manifestement autre qu'un tribunal, mais pas davantage définie par la Convention de 1988, peut également ordonner la confiscation d'un bien. La confiscation ordonnée par une autorité administrative n'est ainsi pas exclue du champ d'application de la Convention de 1988<sup>280</sup>. Dans cette hypothèse, au vu des objectifs de la Convention de 1988, il est néanmoins indispensable que cette autorité intervienne dans le contexte d'un trafic illicite de drogue, considéré comme une infraction pénale.

## 120. Ensuite les termes « saisie » ou « gel » désignent

« l'interdiction temporaire du transfert, de la conversion, de la disposition ou du mouvement de biens ou le fait d'assumer temporairement la garde ou le contrôle de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente » (art. 1.1), « aux fins de confiscation éventuelle » (art. 5.2).

Ils étaient définis différemment dans le projet de la Convention, qui contenait de surcroît deux variantes de chaque définition<sup>281</sup>. Le « gel » visait soit « l'interdiction du transfert, de la conversion, de la disposition ou du mouvement de produits sur décision d'un organe judiciaire ou de toute autre autorité compétente », soit « l'interdiction temporaire du transfert, de la conversion, de la disposition ou du mouvement de biens ». Le terme « saisie » désignait quant à lui soit « la prise de produits en garde ou sous contrôle par décision d'un organe judiciaire ou de toute autre autorité compétente », soit « le placement de biens en garde ou sous contrôle par décision d'une autorité compétente du bien gelé ». La différence entre les deux notions porte ainsi sur l'intensité du contrôle exercé sur la chose par l'autorité compétente. En effet, le gel implique uniquement une interdiction de faire pour le propriétaire de la chose gelée, tandis que la saisie implique une véritable dépossession au profit d'un gardien ou d'un contrôleur public. En dépit de cette distinction, il a néanmoins été décidé de combiner ces définitions, en mettant l'accent sur le caractère temporaire de ces mesures, afin notamment d'éviter les difficultés de traduction<sup>282</sup>. C'est donc le caractère temporaire et conservatoire de ces mesures qui les distingue de la confiscation, qui a quant à elle un caractère permanent, et qui constitue « l'aboutissement d'un processus judiciaire »<sup>283</sup>. Saisie et gel peuvent en ce sens être qualifiée de mesures présentencielles, alors que la confiscation est une mesure sentencielle.

---

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>278</sup> En ce sens, *Ibid.*, p. 121.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>280</sup> En ce sens, STESSON, G., *Money Laundering: a new international law enforcement model*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>281</sup> Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, *op. cit.*, p. 28, note 72.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 26.

**121.** La Convention définit également deux autres termes essentiels : « biens » et « produit ». Le premier désigne

« 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 des droits y relatifs » (art. 1.q).

Le second se définit comme

« tout bien provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction établie conformément au paragraphe 1 de l'article 3 ou obtenu directement ou indirectement en la commettant » (art. 1. p).

En d'autres termes, toute chose peut constituer le produit d'une infraction.

## **(2) 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 novembre 1990 : une absence inattendue**

**122.** Selon le *Rapport explicatif*, souhaitant que les deux conventions soient harmonieuses, les rédacteurs de la Convention de 1990 se sont efforcés à l'article 1<sup>er</sup> de faire usage de la terminologie et de l'approche systématique de la Convention de Vienne<sup>284</sup> en définissant cinq termes : « produit », « bien », « instrument », « confiscation » et « instrument ».

**123.** Tout d'abord, le terme de « produit » désigne

« tout avantage économique tiré d'infractions pénales » pouvant « consister en tout bien » (art. 1, a).

Le « bien » en cause peut consister en

« 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 le bien » (art. 1, b)<sup>285</sup>.

La notion de « produit » doit ainsi être appréhendée le plus largement possible car il

« importe de priver le délinquant de tout avantage économique provenant de son activité criminelle »<sup>286</sup>.

La Convention ne tranche pas la question de savoir si l'avantage économique tiré d'une infraction doit être déterminé en fonction du bénéfice brut réalisé, ou s'il faut préalablement en déduire les éventuelles dépenses réalisées, c'est-à-dire ne viser que le bénéfice net. Le *Rapport explicatif* soutient néanmoins qu'en dépit des différences existant sur cette question entre les Etats, en matière de drogue

---

<sup>284</sup> *Rapport explicatif, op. cit.*, p. 7, n° 20.

<sup>285</sup> Il est assez regrettable que le terme « bien » soit défini par le terme... « bien ». Il ressort du *Rapport explicatif* qu'il n'a pas été jugé utile d'inclure le terme « avoir » à la définition car il serait déjà sous-entendu dans la définition existante (p. 7, n° 21).

<sup>286</sup> *Rapport explicatif, op. cit.*, p. 7, n° 21. Cette définition large vise essentiellement à faciliter la coopération internationale en limitant les débats possibles sur ce qui peut ou non faire l'objet d'une confiscation (*Ibid.*).

« les experts sont convenus que la valeur de l'achat initial de la drogue entrerait toujours dans la définition des produits »<sup>287</sup>.

Il semble donc que dans l'esprit des rédacteurs de la Convention, le bénéfice brut réalisé, ou en d'autres termes le chiffre d'affaires de l'entreprise criminelle, devrait être pris en compte pour déterminer le montant du produit, et non le bénéfice net tiré de la commission de l'infraction.

#### 124. Ensuite, l'expression « instruments » désigne

« tous objets employés ou destinés à être employés de quelque façon que ce soit, en tout ou en partie, pour commettre une ou des infractions pénales » (art. 1 c).

Bien que cette notion doive être interprétée largement, il revient aux Etats de régler conformément à leur droit interne, la question de savoir si les objets utilisés dans les actes préparatoires à la commission de l'infraction ou pour empêcher sa détection en font ou non partie<sup>288</sup>.

#### 125. La « confiscation » consiste quant à elle en

« une peine ou une mesure ordonnée par un tribunal à la suite d'une procédure portant sur une ou des infractions pénales, peine ou mesure aboutissant à la privation permanente du bien » (art. 1.d).

A l'instar de la Convention de 1988, la « confiscation » est l'aboutissement d'un processus judiciaire et a un effet permanent. Toutefois, seule celle décidée par un « tribunal »<sup>289</sup> – le cas échéant civil – relève de la Convention de 1990, qui ne vise pas celle ordonnée par une « autre autorité » et exclut de surcroît de son champ d'application les confiscations purement administratives<sup>290</sup>. La définition établie par la Convention de 1990 paraît donc plus stricte que celle de la Convention de 1988<sup>291</sup>. Les deux Conventions s'accordent en revanche pour considérer que le terme « confiscation » englobe le concept de « *forfeiture* » et qu'en matière de confiscation du produit de l'infraction, les systèmes de la confiscation des biens et de la confiscation de valeur doivent être placés sur un pied d'égalité<sup>292</sup>. Par ailleurs, la nature de sanction pénale ou de mesure de sûreté de la confiscation importe peu, pourvu qu'elle soit ordonnée dans le contexte d'une activité criminelle<sup>293</sup>.

#### 126. Enfin, l'expression « infraction principale » désigne

« toute infraction pénale à la suite de laquelle des produits sont générés et susceptibles de devenir l'objet d'une infraction selon l'article 6 » (1 e),

c'est-à-dire une infraction de blanchiment.

---

<sup>287</sup> *Ibid.*

<sup>288</sup> *Rapport explicatif, op. cit.*, p. 8, n° 21. Voy. également l'art. 18.4b.

<sup>289</sup> Cette notion doit être comprise au sens de l'article 6 de la CEDH, voy. Ch. II, A, 2.

<sup>290</sup> *Rapport explicatif, op. cit.*, p. 8, n° 23; GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism, op. cit.*, p. 183.

<sup>291</sup> En ce sens, STESENS, G., *Money Laundering: a new international law enforcement model, op. cit.*, p. 30.

<sup>292</sup> Le premier système implique la confiscation d'un bien déterminé tiré directement ou indirectement de l'infraction ou d'un bien de substitution et le second renvoie à celle « *qui consiste en une obligation de verser une somme d'argent calculée d'après une estimation de la valeur des produits tirés directement des infractions, ou des biens de substitution* » (*Rapport explicatif, op. cit.*, pp. 6-7, n°15). Voy. également l'article 5.1.a de la Convention de 1988.

<sup>293</sup> *Rapport explicatif, op. cit.*, p. 8, n° 23.

**127.** Aucune définition des termes « saisie » ou « gel » n'a été en revanche été élaborée. Cette situation est surprenante, étant donné que la convention porte sur « la saisie et la confiscation des produits du crime ». Cette absence est également en contradiction avec l'intention de « créer une terminologie autonome »<sup>294</sup> exprimée par les rédacteurs de la convention, afin d'en garantir l'application fidèle et efficace. Ces notions ne sont pas non plus définies dans le corps du texte ou dans le *Rapport explicatif*, où ne figure aucune explication de cette absence. Ces notions sont néanmoins peu utilisées dans la convention, et selon le *Rapport explicatif*, elles ne constituent que des exemples de mesures provisoires<sup>295</sup>. Notons néanmoins que de telles mesures provisoires doivent permettre de prévenir provisoirement « toute opération, tout transfert ou toute aliénation » des biens soumis à confiscation (art. 3). Ces effets correspondent donc à ceux que la Convention de Vienne attribue au gel et à la saisie.

### **(3) La Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999 : de nouvelles notions qui posent question et des absences**

**128.** L'article 1<sup>er</sup> de la Convention est notamment<sup>296</sup> consacré à la définition des termes « fonds » et « produits ». Le « financement du terrorisme » est défini à l'article 2. Nous examinons ces concepts ci-dessous.

**129.** Tout d'abord, constituent des « fonds » des

« biens de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, acquis par quelque moyen que ce soit, et des documents ou instruments juridiques sous quelque forme que ce soit, y compris sous forme électronique ou numérique, qui attestent un droit de propriété ou un intérêt sur ces biens, et notamment les crédits bancaires, les chèques de voyage, les chèques bancaires, les mandats, les actions, les titres, les obligations, les traites et les lettres de crédit, sans que cette énumération soit limitative » (art. 1.1).

Cette définition rappelle celle du terme « biens » dans les Conventions de 1988 et de 1990, tout en étant plus étoffée. Elle s'en différencie également en faisant mention de l'origine des biens en cause – « acquis par quelque moyen que ce soit » –, tout en précisant qu'elle n'a pas d'impact sur la qualification d'un bien de fonds ou non (1.1).

**130.** Ensuite, au sein des fonds, ceux qui sont

« tirés, directement ou indirectement, de la commission d'une infraction telle que prévue à l'article 2 [lire le financement du terrorisme], ou obtenus, directement ou indirectement, grâce à la commission d'une telle infraction », sont des « produits » (art. 1.3).

Cette définition<sup>297</sup> est très similaire à celle du même terme qui se trouve dans la Convention de 1988, si ce n'est que le fait générateur de produits est différent – le financement du terrorisme et non le trafic de drogue, et que le terme « fonds » est préféré à celui de « biens ».

---

<sup>294</sup> *Ibid.*, n°20.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 14, n° 39.

<sup>296</sup> Nous renvoyons le lecteur à la Convention pour la définition de l'expression « *installation gouvernementale ou publique* », à mettre en lien avec l'article 7.2.b.

<sup>297</sup> Elle ne figurait pas dans la proposition initiale formulée par la France et n'apparaît que dans une version ultérieure (*Rapport du Comité ad hoc*, 26 octobre 1999, doc. A/C.6/54/L.2, p. 6).



### 131. En outre, finance le terrorisme

« toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre :

- a) Un acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition de l'un des traités énumérés en annexe<sup>298</sup>;
- b) Tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé<sup>299</sup>, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque »<sup>300</sup> (art. 2.1).

#### Soulignons qu'

« il n'est pas nécessaire que les fonds aient été effectivement utilisés pour commettre une infraction » (art. 2.3).

L'origine et l'usage effectif des fonds litigieux sont donc étrangers à l'incrimination. Seule compte leur destination terroriste et ce qu'elle soit voulue ou simplement connue<sup>301</sup>. La tentative (2.4) et la participation comme complice (art. 2.5.a) ou commanditaire (art. 2.5.b) au financement sont également érigées en infraction. De même, prêter délibérément son concours à « un groupe de personnes agissant de concert », dont l'activité criminelle ou le but supposent de financer le terrorisme, ou dont l'intention est de financer le terrorisme, est répréhensible (art. 2.5.c). Enfin, en vertu de l'article 5 de la Convention, il faut considérer que l'auteur de l'infraction peut être une personne physique ou morale<sup>302</sup>. Cette définition très extensive, soulève plusieurs questions, tant du point de vue des éléments matériels<sup>303</sup>, que de l'élément

---

<sup>298</sup> Il s'agit des actes suivants : la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970), la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 23 septembre 1971), la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1973, la Convention internationale contre la prise d'otages, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979, la Convention internationale sur la protection physique des matières nucléaires (Vienne, 3 mars 1980), le Protocole pour la répression d'actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 24 février 1988), la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, 10 mars 1988), le Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental (Rome, 10 mars 1988) et de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1997. L'article 23 fixe la procédure pour compléter cette liste. L'Etat qui n'est pas partie à l'une des Conventions visées – ou cesse de l'être – peut faire une déclaration, afin que ladite Convention soit réputée ne pas faire partie de l'Annexe (art. 2.2).

<sup>299</sup> Cet élément est une particularité de la Convention de 1999, sur ce point, voy. J. et PEYRO LLOPIS, A., « La lutte contre le terrorisme : instruments et institutions », *op. cit.*, pp. 282-283.

<sup>300</sup> Comme le relevait M. le procureur général LECLERCQ dans sa Mercuriale de 2009, les actes visés sous *b*) sont tellement larges, qu'ils « comprennent probablement des faits visés par la liste de conventions reprises par l'Annexe » (LECLERCQ, J.-F., *op. cit.*, p. 98, n° 83, qui cite BANTEKAS, I., «The International Law of Terrorist Financing », *op. cit.*, p. 324).

<sup>301</sup> MARTIN, J.-C., *op. cit.*, p. 420.

<sup>302</sup> Sur ce point, not. DAVIS, K. E., *op. cit.*, p. 182.

<sup>303</sup> Le financement doit-il ainsi concerner un acte terroriste précis ou peut-il plus généralement viser à soutenir une personne ou un groupe (qualifié de) terroriste ? Voy. à cet égard *Ibid.*, pp. 182-184 ainsi que *Doc. Parl.*, Sénat,

moral<sup>304</sup> de l'infraction ; questions que les Etats Parties devront trancher à l'occasion de la mise en œuvre de la convention<sup>305</sup>. Cette situation n'est naturellement pas de nature à favoriser l'uniformité de son implémentation dans l'ordre juridique des Parties.

**132.** Enfin, nous regrettons comme d'autres<sup>306</sup>, qu'aucune définition des notions de saisie, gel ou confiscation, dont use la Convention ne soit définie. Il découle toutefois de l'article 8, sur lequel nous reviendrons, que le gel et la saisie sont considérés comme des mesures provisoires prises en cours de procédure, contrairement à la confiscation qui paraît clore la procédure et être définitive, dans la mesure où l'attribution des biens confisqués aux victimes est envisagée<sup>307</sup>.

#### **(4) La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 et ses trois Protocoles additionnels : des concepts connus**

**133.** L'article 2 de la Convention contient notamment les définitions des termes « bien » (d), « produit du crime » (e), « gel » (f), « saisie » (f), « confiscation » (g) et « infraction principale » (h). Ces définitions sont identiques à celles qui figurent dans la Convention de Vienne pour les cinq premières et dans la Convention de Strasbourg pour ce qui concerne la dernière. Elles n'appellent donc pas de nouveaux commentaires.

**134.** Rappelons que sont également définies<sup>308</sup> à cet article les notions évoquées ci-dessus de « *groupe criminel organisé* » (a), d'« *infraction grave* » (b) et de « *groupe structuré* » (c).

#### **(5) La Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 : le gel et la saisie sont temporaires et renouvelables**

**135.** Les définitions des termes « biens » (art. 2.d), « produit du crime » (art. 2.e), « gel ou saisie » (art. 2.f), « confiscation » (art. 2.g) et « infraction principale » (art. 2.h) sont identiques à celles qui se trouvent dans les Conventions de Vienne et de Palerme. Elles n'appellent donc pas d'observations particulières, si ce n'est qu'il a été précisé au cours des travaux préparatoires

---

2003-04, n°3-338/1, n°14 et Note interprétative de la Recommandation Spéciale II de juin 2004 publiée en annexe aux Neuf Recommandations Spéciales (version 2004) disponible sur le site du GAFI, [www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org) (consultation le 30.03.20).

<sup>304</sup> Certains auteurs relèvent à juste titre à ce propos qu'il est ardu de déterminer précisément le niveau de connaissance de la destination des fonds requis dans le chef de l'auteur présumé, pour pouvoir considérer qu'il a agi délibérément, voy. *Ibid.*, p. 186 et PAVLIDIS, G., *op. cit.*, p. 80.

<sup>305</sup> Pour des exemples de mise en œuvre, voy. DAVIS, K. E., *op. cit.* pp. 181-187 ; GARDELLA, A., *op. cit.*, pp. 442 et s.

<sup>306</sup> MARTIN, J.-C., *op. cit.*, p. 425 (et références citées). Cette absence s'explique peut-être cependant par l'objectif des rédacteurs, qui était essentiellement de compléter les instruments internationaux existants, où ces notions sont définies.

<sup>307</sup> En ce sens, *ibid.*, p. 426.

<sup>308</sup> Deux termes qui présentent moins d'intérêt pour notre propos sont en outre définis : « livraison surveillée » et « organisation régionale d'intégration économique ». Nous renvoyons le lecteur à la Convention sur ce point.

à propos du gel et de la saisie que leur caractère temporaire incluait également la notion de « renouvelabilité »<sup>309</sup>.

**(6) 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 du 16 mai 2005 : combler une lacune de la Convention de Strasbourg**

**136.** La Convention de Varsovie suit la même logique que celle de Strasbourg en tendant à créer une terminologie autonome, en harmonie avec la Convention de Vienne, dont les principales définitions ont d'ailleurs servi de modèles aux instruments ultérieurs analysés jusqu'ici<sup>310</sup>.

**137.** Le premier article de la Convention de Varsovie débute par les définitions des termes « produit » (a), « bien » (b), « instruments » (c), « confiscation »<sup>311</sup> (d) et « infraction principale », identiques à celles qui figuraient dans la Convention de Strasbourg. En ce qui concerne la confiscation, notons que le Conseil de l'Europe maintient donc une conception plus étroite que les Nations Unies, dans la mesure où n'est visée que la peine ou la mesure ordonnée par un tribunal, sans faire mention d'une « autre autorité compétente ».

**138.** Suivent trois notions nouvelles. Premièrement, la « cellule de renseignement financier » ou « CRF » (f) qui désigne

« une unité nationale centrale chargée de recevoir (et, dans la mesure où elle en a le droit, de demander), d'analyser et de transmettre aux autorités compétentes les déclarations d'informations financières, concernant des avoirs suspectés d'être des produits ou des biens servant au financement du terrorisme (i), ou requises par la législation ou par la réglementation nationale (ii), afin de lutter contre le blanchiment et le financement du terrorisme ».

Cette définition est inspirée de celle établie par le *Groupe Egmont*, qui est selon les auteurs de la Convention internationalement acceptée<sup>312</sup>. Deuxièmement, corrigeant une lacune de la Convention de Strasbourg<sup>313</sup>, les termes « gel » ou « saisie » (g) sont définis comme

« l'interdiction temporaire du transfert, de la destruction, de la conversion, de la disposition ou du mouvement de biens ou le fait d'assumer temporairement la garde ou le contrôle de biens, sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente », et visent à « faciliter l'exécution des mesures de confiscation ultérieure » (art. 4).

Il s'agit de la même définition que celle contenue dans la Convention de Vienne<sup>314</sup>, reprise par les Conventions de Palerme et de Mérida (art. 2.f)<sup>315</sup>. Troisièmement, le « financement du

---

<sup>309</sup> *Travaux préparatoires de la Convention*, p. 12.

<sup>310</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 30.

<sup>311</sup> Il s'agit pour rappel d' « une peine ou une mesure ordonnée par un tribunal à la suite d'une procédure portant sur une ou des infractions pénales, peine ou mesure aboutissant à la privation permanente du bien », voy. *supra* II, A, 1, b, (2).

<sup>312</sup> *Rapport explicatif 2005*, n°s 42-52. Voy. sur la notion de cellule de renseignements financiers, [www.egmontgroup.org/about/financial-intelligence-units-fius](http://www.egmontgroup.org/about/financial-intelligence-units-fius) (consultation le 20 août 2015).

<sup>313</sup> Dans le même sens, PAVLIDIS, G., *op. cit.*, p. 39.

<sup>314</sup> Arts. 1.1 et 5.2.

<sup>315</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 53.

terrorisme » est défini par renvoi à la définition contenue dans la Convention de New York (art. 2)<sup>316</sup>.

**139.** Relevons en outre qu'il est fait mention à l'article 3, consacré à la confiscation, d'une catégorie particulière de biens : les « biens blanchis ». Pour comprendre l'insertion de ce terme, il faut rappeler que les rédacteurs de la Convention de 1990 n'ont pas jugé utile d'y introduire la notion d'« objet de l'infraction », car ils considéraient qu'elle était couverte par les concepts larges de « produit » et d'« instruments »<sup>317</sup>. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, les biens ayant été blanchis sont considérés comme l'objet de l'infraction de blanchiment et non comme un produit ou un instrument<sup>318</sup>. En insérant cette notion, les rédacteurs de la Convention de 2005 ont donc voulu éviter qu'il subsiste le moindre doute quant à la possibilité de confisquer les biens ayant été blanchis, et ce quelle que soit leur nature en droit interne<sup>319</sup>.

**140.** Il apparaît de ce qui précède que les rédacteurs de la Convention de Varsovie ont veillé à user de définitions qui soit existent depuis 1990, soit font déjà l'objet d'un consensus sur le plan international<sup>320</sup>, bien que la définition de la « confiscation » demeure plus étroite que celle figurant dans les instruments élaborés sous l'égide des Nations Unies.

#### **(7) Conclusion de synthèse : une harmonie presque parfaite**

**141.** Les notions de « bien », « produit », « instrument », « gel », « saisie » et « infraction principale » sont bien établies depuis la naissance du droit international et européen des confiscations.

**142.** Aucune chose ne doit pouvoir échapper à une éventuelle confiscation. Tout d'abord, le « bien » est défini de la manière la plus large possible, comme recouvrant n'importe quel type d'avoir, d'origine licite ou illicite. S'il est issu directement ou indirectement de la commission d'une infraction ou obtenu en la commettant, le bien sera un « produit ». S'il a servi ou était destiné à servir à commettre une infraction, le bien sera qualifié d'« instrument ».

**143.** Le « gel » et la « saisie » désignent l'interdiction temporaire du transfert, de la destruction, de la conversion, de la disposition ou du mouvement de biens, ou le fait d'assumer temporairement la garde ou le contrôle de biens, sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente. Le Commentaire de la Convention de Vienne, permet de distinguer ces deux notions. Le « gel » ne conduit qu'à une interdiction de faire alors que la saisie consiste en une dépossession au profit d'un gardien public.

---

<sup>316</sup> Pour rappel, cette Convention dispose que finance le terrorisme, « toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre :

a) Un acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition de l'un des traités énumérés en annexe;  
b) Tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque » (cf. *supra* I, A, 1, b, (2)).

<sup>317</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 37.

<sup>318</sup> Voy. par exemple l'article 505 du Code pénal belge.

<sup>319</sup> *Rapport explicatif 2005*, n°s 37 et 64.

<sup>320</sup> En ce sens, *Ibid.*, n°s 42 et 55.

**144.** Toute infraction pénale générant un produit, susceptible d'être blanchi, est qualifiée d'« infraction principale ».

**145.** Les conventions de l'ONU et du Conseil de l'Europe sont en revanche dissonantes quant à la notion de « confiscation ». Toutes disposent que cette mesure, qui peut être qualifiée de sanction ou de mesure de sûreté, est ordonnée au terme d'une procédure judiciaire, non nécessairement pénale mais liée à une infraction pénale, et conduit à la dépossession permanente d'un bien obtenu par la commission de ladite infraction – ou d'autres biens de même valeur –, mais ne s'accordent pas sur l'autorité en mesure de la prononcer. En effet, dans le droit onusien des confiscations, il peut s'agir d'un tribunal ou d'une « autre autorité compétente » sans davantage de précisions, tandis que le Conseil de l'Europe, exige qu'il s'agisse d'un tribunal au sens de la CEDH. En d'autres termes, l'ONU ne ferme pas la porte à des confiscations prononcées par des autorités administratives ne présentant pas les caractéristiques d'une juridiction, ce qu'exclut le Conseil de l'Europe.

### **c. Dispositions à mettre en œuvre en droit interne : construire un droit commun des confiscations**

**146.** Les deux sous-sections précédentes nous ont permis, d'une part, d'exposer les objectifs assignés à la confiscation dans les conventions analysées, et d'autre part, de cerner la portée de la terminologie que ces dernières utilisent. Nous sommes donc désormais en mesure d'analyser les obligations qu'elles comportent (1 à 6) et de les synthétiser (7).

#### **(1) La Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 19 décembre 1988 : le trafic ne doit pas payer**

**147.** L'article 3 impose aux Parties d'adopter les mesures nécessaires pour criminaliser une série d'actes intentionnels dont la culture, la fabrication, la détention ou l'achat de substances stupéfiantes et psychotropes (art. 3.1.a), ainsi que le blanchiment (art. 3.1.b) et le recel (art. 3.1.c.i) de biens tirés de la commission d'une infraction au sens de la Convention<sup>321</sup>. Les Parties doivent sanctionner ces infractions en tenant compte de leur gravité, renforcée dans certaines circonstances<sup>322</sup>, de peines privatives de liberté, d'amendes et, comme indiqué précédemment, de confiscation (art. 3.4.a).

**148.** Sans préjudice de mesures « plus strictes ou plus sévères » (art. 24), l'article 5 contraint ainsi les Etats Parties à prendre les mesures nécessaires afin de permettre – et non de rendre obligatoire<sup>323</sup> – la confiscation des stupéfiants, substances psychotropes, matériels et

---

<sup>321</sup> Pour une synthèse, GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., p. 55 et s.

<sup>322</sup> Il s'agit selon le paragraphe 5 des situations dans lesquelles une organisation de malfaiteurs est impliquée (a), l'auteur est impliqué dans d'autres activités criminelles organisées internationales (b), l'infraction commise par l'auteur facilite la commission par ce dernier d'autres activités illégales (c), il a été fait usage de violence ou d'armes (d), l'infraction est liée à la charge publique assumée par l'auteur (e), des mineurs sont impliqués ou utilisés (f), l'infraction a été commise en un lieu particulier tel un établissement pénitentiaire ou d'autres lieux liés à des mineurs ou des étudiants (g) et l'auteur est un récidiviste (h).

<sup>323</sup> Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, op. cit., p. 104.

équipements ou autres instruments<sup>324</sup> utilisés ou destinés à être utilisés de quelque manière que ce soit pour commettre une infraction au sens de la Convention. Conformément à l'objectif de la Convention de priver les criminels des fruits de leurs méfaits, les biens tirés du trafic illicite doivent également pouvoir être confisqués. Il s'agit plus précisément

- des produits tirés d'infractions<sup>325</sup> ou de biens de même valeur que lesdits produits (art. 5.1.a) ;
- des biens en lesquels les produits ont été transformés ou convertis (art. 5.6.a), indépendamment du fait qu'ils soient entre les mains du délinquant ou d'une autre personne physique ou morale<sup>326</sup> ;
- des biens acquis légitimement auxquels des produits ont été mêlés mais uniquement à concurrence de la valeur présumée desdits produits, sans préjudice de tout pouvoir de saisie ou de gel (art. 5.6.b) ;
- des revenus qui découlent desdits produits ou biens (art. 5.6.c).

**149.** Le *Commentaire* précise de manière assez ambiguë à propos de la confiscation des produits, qu'

« il semble que cette disposition ait pour objet de faire en sorte que chaque Partie adopte les mesures nécessaires pour permettre la confiscation soit des produits tirés des infractions, soit de biens d'une valeur équivalente. Un État peut adopter les deux formes de confiscation, mais il n'est pas obligé de le faire ; en revanche, chaque Partie doit pouvoir coopérer avec des autres États, qu'ils aient ou non adopté la même approche de la confiscation »<sup>327</sup>.

La Convention de 1988 impose en conséquence uniquement aux États Parties d'être en mesure de coopérer entre eux, quel que soit le système de confiscation qu'ils appliquent dans leur ordre interne. Ils peuvent mettre ces deux systèmes en œuvre en droit interne ou un seul, la Convention de 1988 n'a pas vocation à régler cette question. Ses rédacteurs ont toutefois précisé que la confiscation de valeur pourrait néanmoins être « utile » lorsque les produits sont « hors de portée » car ils ne peuvent être localisés, ont été transférés à un tiers, se trouvent hors du territoire ou ont perdu tout ou une partie substantielle de leur valeur<sup>328</sup>. Son utilité est encore mise en lumière dans le cas de produits mêlés à d'autres biens (art. 5.6.b)<sup>329</sup>.

---

<sup>324</sup> A concevoir dans son sens le plus large, voy. *ibid.*, p. 106.

<sup>325</sup> Le *Commentaire* précise à cet égard que « dans tous les cas il y aura un enchaînement de transactions établissant un lien entre le bien en question et l'infraction dont il s'agit » (Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, op. cit., p. 104). Une controverse existe sur la compatibilité de la définition donnée au terme produit et l'association qui est réalisée à cet article entre ce terme et le mot « tiré » (*Ibid.*, p. 31). Elle n'a toutefois selon nous pas d'impact sur le sens ou la portée des obligations des États Parties au sens de ce paragraphe.

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 116. Selon le *Commentaire*, les biens visés sont toutefois en réalité déjà repris dans la définition du produit figurant à l'article 1<sup>er</sup>, p (*Ibid.*, p. 117).

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>328</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>329</sup> Le *Commentaire* donne à ce propos l'exemple d'un yacht acheté par plusieurs personnes, dont une a usé – à l'insu des autres – de produits. Si le système de la confiscation de biens est appliqué, le yacht devra vraisemblablement être vendu pour que la part de produits puisse être confisquée. En revanche, si la confiscation de valeur est appliquée, une somme équivalente au montant des produits sera confisquée à charge du criminel, sans que le yacht ne doive nécessairement être vendu. La confiscation de valeur peut donc dans ce type de situations être considérée comme plus protectrice des intérêts des tiers de bonne foi (*Ibid.*, p. 117).

**150.** La confiscation des produits du trafic illicite n'est concrètement possible que si les autorités compétentes sont en mesure de les identifier, de les détecter et de les saisir ou geler<sup>330</sup>. Le paragraphe 2 de l'article 5 impose dès lors aux Etats Parties de prendre les mesures nécessaires pour ce faire « aux fins de confiscations éventuelles ». A cet égard, relevons qu'en cas de « mélange » de produits à des biens acquis légitimement, si la confiscation ne peut porter que sur la valeur desdits produits, il est prévu que le gel ou la saisie pourra porter sur le tout (art. 5.6.b)<sup>331</sup>. Il est également prévu que les Etats Parties devront habiliter leurs tribunaux ou autorités compétentes à saisir<sup>332</sup> les documents bancaires, financiers ou commerciaux sans que le « secret bancaire » ne puisse y faire obstacle (5.3).

**151.** Les Etats Parties sont également invités à envisager le renversement de la charge de la preuve quant à la licéité des produits présumés d'un trafic illicite, ou de tout autre bien pouvant faire l'objet d'une mesure de confiscation (5.7). Le *Commentaire* évoque les difficultés qu'un tel renversement peut susciter dans certains Etats – où il pourrait être perçu comme une « atteinte inacceptable à la protection accordée à l'accusé »<sup>333</sup> – mais indique, à la lumière de l'arrêt de la Cour EDH *Salabiaku c. France*<sup>334</sup>, qu'

« il est probable que des lois inspirées de cette approche seront considérées comme compatibles avec les normes internationales en matière de droits de l'homme, à condition que l'accusé ait des possibilités suffisantes de réfuter la présomption »<sup>335</sup>.

**152.** Par ailleurs, étant donné que les mesures de gel ou de saisie et de confiscation peuvent porter atteinte aux droits des tiers de bonne foi, une clause générale de protection de leurs droits en précisant que

« l'interprétation des dispositions du présent article ne doit en aucun cas porter atteinte aux droits des tiers de bonne foi » (5.8.)<sup>336</sup>.

Elle n'en déduit néanmoins aucune obligation précise.

**153.** Enfin, la Convention de 1988 n'a pas pour objectif de régler la gestion des biens confisqués<sup>337</sup>, bien qu'elle encourage la conclusion d'accords internationaux en la matière (5.5).

---

<sup>330</sup> Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, op. cit., p. 123.

<sup>331</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>332</sup> Il semble qu'ici le terme ne puisse être compris comme « geler », voy. *Ibid.*, p. 29, note 73.

<sup>333</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>334</sup> C.E.D.H., arrêt *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, no 141.A.

<sup>335</sup> Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, op. cit., p. 119.

<sup>336</sup> Cette idée était déjà présente lors de l'élaboration de la Convention de 1961, voy. Nations Unies, *Commentaires sur la Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, op. cit., p. 426, § 9. Elle s'inspire également du droit américain, PAVLIDIS, G., op. cit., p. 19 (et sources citées).

<sup>337</sup> Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, op. cit., p. 129.

## (2) 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 novembre 1990 : entre souplesse et protection des tiers

154. Elles sont rassemblées dans le Chapitre II, qui comporte les articles 2 à 6. Nous les examinerons successivement.

155. L'article 2 intitulé « Mesures de confiscation », impose à chaque Etat d'adopter

« les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour lui permettre de confisquer des instruments et des produits ou des biens dont la valeur correspond à ces produits » (art. 2.1).

Cet article à portée générale est conforme à l'objectif de lutter contre la criminalité en recourant de la manière la plus étendue possible à la confiscation. A l'instar de l'article 5.1.a de la Convention de 1988, il pourrait laisser penser qu'il impose aux Etats d'appliquer la confiscation de valeur. Le *Rapport explicatif* indique cependant qu'il n'existe qu'une

« obligation d'adopter des mesures permettant aux Parties d'exécuter des décisions de confiscation de la valeur, en faisant droit aux revendications visant tout type de biens, y compris un bien légalement acquis »<sup>338</sup>.

En d'autres termes, les Etats doivent être en mesure de coopérer avec ceux qui usent de la confiscation de valeur, mais ne doivent pas nécessairement l'appliquer dans leur ordre interne. Cette interprétation, partagée par M. NILSSON<sup>339</sup>, est renforcée par le contenu de l'article 7.2, qui impose aux Parties de prendre les mesures utiles pour répondre aux demandes de confiscation, tant de biens particuliers que de valeur<sup>340</sup>. Les Conventions de Vienne et de Strasbourg se rejoignent donc sur ce point.

156. Craignant que la portée très large de cette obligation retarde la ratification de la convention, ses rédacteurs ont prévu la possibilité pour les Etats Parties de déclarer que la confiscation « ne s'applique qu'aux infractions ou catégories d'infractions précisées dans la déclaration » (art. 2.2).

157. Les articles 3 et 4 concernent les « mesures d'investigation et mesures provisoires » et les « pouvoirs et techniques spéciaux d'investigation ». Ils ont pour but de permettre l'identification et la recherche des biens soumis à confiscation (art. 3), le cas échéant en obtenant la communication ou en saisissant sur décision d'un tribunal ou d'une autorité compétente les dossiers bancaires, financiers ou commerciaux (art. 4.1). Comme dans le cadre de la Convention de 1988 (art. 5.3), le secret bancaire ne peut être utilisé pour s'opposer à ces mesures (art. 4.1)<sup>341</sup>. Afin de faciliter cette tâche de recherche et d'identification, les Etats sont

---

<sup>338</sup> *Rapport explicatif*, *op. cit.*, p. 9, n°26. Voy. également le dernier paragraphe du point 15.

<sup>339</sup> NILSSON, H.G., « The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of a Developing International Criminal Law », *op. cit.*, pp. 433-434. Voy. également GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>340</sup> Les explications relatives à cet article sont également très claires : « si un Etat ne connaît que le système de confiscation de la valeur, il lui sera nécessaire d'adopter des mesures (...) lui permettant de faire droit à la demande d'un Etat qui applique le système de confiscation du bien (...) », et « il en irait de même dans la situation inverse, car les deux systèmes se trouvent sur un pied d'égalité au regard de la convention » (*Ibid.*, p. 12, n°35, par. 3).

<sup>341</sup> Voy. aussi l'article 18.7 qui interdit de fonder un refus de coopération sur le secret bancaire.



invités à envisager de recourir à des techniques spéciales d'investigation (4.2). Divers exemples non exhaustifs<sup>342</sup> sont cités : les ordonnances de surveillance de comptes bancaires, l'observation, l'interception de télécommunications, l'accès à des systèmes informatiques et les ordonnances de production de documents. Après avoir identifié les biens susceptibles d'être confisqués, les Etats doivent prendre les mesures nécessaires pour prévenir toute opération, tout transfert ou toute aliénation les concernant (art. 3). Si comme nous l'avons vu une Partie peut limiter le nombre d'infractions qu'elle désire soumettre à la confiscation (art. 2.2), elle doit en revanche « adopter des moyens permettant la prise de mesures d'investigation et de mesures provisoires en ce qui concerne toutes les infractions », sans réserve possible<sup>343</sup>.

**158.** L'article 5 vise à garantir les droits des personnes affectées par les mesures de confiscation, d'investigation et provisoires. Il impose plus précisément aux Parties de prendre les mesures nécessaires pour que ces personnes disposent de « recours juridiques effectifs pour préserver leurs droits ».

**159.** Le *Rapport explicatif* précise à cet égard :

« On entend par " personnes concernées " toutes les personnes qui allèguent que leurs droits sur des biens soumis à des mesures provisoires de confiscation subissent une atteinte injustifiable. Il conviendrait, en principe, de faire droit à ces revendications dans les cas où l'innocence ou la bonne foi de la personne concernée est vraisemblable ou ne peut raisonnablement être mise en doute. Tant qu'aucune décision définitive de confiscation n'a été rendue à son encontre, l'accusé peut aussi être considéré comme une personne concernée. Les mesures législatives requises par cet article devraient garantir aux tiers intéressés des recours en justice " effectifs ". Cela suppose un système dans lequel ces personnes, si elles sont connues, sont informées à temps par les autorités des possibilités de contestation des décisions ou mesures prises. Cela suppose aussi que de telles contestations soient possibles, même si une décision de confiscation est déjà devenue exécutoire, si la personne n'a pas eu la possibilité de le faire plus tôt que les recours en question permettent d'être entendus par un juge que la personne concernée ait le droit d'être assistée ou représentée par un avocat, de faire citer des témoins et de produire des éléments de preuve et que la personne ait le droit d'obtenir la révision de la décision de justice.

Cet article ne confère aux particuliers aucun autre droit que ceux habituellement reconnus par le droit interne de la Partie. En tout état de cause, la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales garantit les droits minimaux de la défense »<sup>344</sup>.

**160.** Il découle de ce qui précède que l'accusé ou le tiers dont l'innocence ou la bonne foi sont vraisemblables ne devraient « en principe » pas être privés, même temporairement de leur bien. En outre, toute personne concernée doit être informée à temps des recours possibles contre toute mesure provisoire ou de confiscation, et doit bénéficier d'un certain nombre de garanties procédurales (accès à un juge et assistance par un avocat, citation de témoins et production de pièces). Le tiers doit de plus pouvoir obtenir la révision de la décision prise relativement à son bien, sans qu'elle ait eu l'opportunité de faire usage de ses droits. L'accusé bénéficie des mêmes droits tant qu'aucune décision définitive de confiscation n'a été prise à son encontre. Si ce qui

---

<sup>342</sup> Sur ce point ainsi que sur les techniques citées, *Rapport explicatif, op. cit.*, pp 10-11., n° 30. Voy. également *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, op. cit.*, p. 124, n° 5.68.

<sup>343</sup> *Rapport explicatif, op. cit.*, p. 10, n°28.

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 11, n° 31.

précède paraît garantir utilement les droits de la défense, nous pouvons néanmoins nous interroger sur le degré qu'une méconnaissance de l'un de ces droits doit atteindre pour devenir « injustifiable », et sur ce qui pourrait justifier qu'une mesure provisoire ou de confiscation soit maintenue, alors que l'innocence ou la bonne foi de la personne en cause ne pourrait raisonnablement être mise en doute.

**161.** Enfin, l'article 6 impose aux Etats Parties d'incriminer le blanchiment de produits. Sauf réserve (art. 6.4)<sup>345</sup>, toutes les infractions principales sont visées, quel que soit le lieu de leur commission (art. 6.2.a)<sup>346</sup>. Il découle de cette disposition que toute la chaîne de blanchiment doit être incriminée (art. 6.1)<sup>347</sup>. Il est en outre prévu que l'infraction de blanchiment peut ne pas être appliquée à l'auteur de l'infraction principale, et que l'élément intentionnel requis peut être déduit d'éléments factuels objectifs (art. 6.2). Enfin, les Parties peuvent prendre des mesures pour être en mesure de poursuivre la personne qui a commis tout ou partie des infractions précitées, si elle devait présumer que le bien constituait un produit<sup>348</sup> (art. 6.3.a), si elle a agi dans un but lucratif (6.3.b) ou si elle a agi pour faciliter la continuation d'une activité criminelle (6.3.c). Notons, comme le souligne le professeur GILMORE, que l'extension du champ d'application du blanchiment au-delà du trafic de stupéfiants est inédite dans un instrument international contraignant, bien qu'elle fût présente dans les 40 Recommandations du GAFI de février 1990 et dans la législation de certains pays, dont la Suisse<sup>349</sup>. Nous renvoyons pour le surplus au *Rapport explicatif* et aux contributions citées pour une analyse plus approfondie de cette disposition<sup>350</sup>.

---

<sup>345</sup> Cette possibilité de réserve se justifie identiquement à celle exposée *supra* relativement à l'article 2, en ce sens, GILMORE, W., *The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>346</sup> Ce qui n'était pas expressément prévu par la Convention de Vienne, GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p. 179.

<sup>347</sup> En effet, en vertu du paragraphe 1<sup>er</sup> constitue une infraction pour autant qu'elle ait été commise intentionnellement : la conversion et le transfert de produits en vue de dissimuler ou de déguiser leur origine illicite ou d'aider une personne impliquée dans l'infraction principale ; la dissimulation ou le déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété réels de biens dont la nature de produit est connue par l'auteur ; et, sous réserve de ses principes constitutionnels et des concepts fondamentaux du système juridique de l'Etat Partie: l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens, en sachant lors de leur réception, qu'ils constituent des produits); la participation à l'une des infractions prédéfinie ou à toute association, entente, tentative ou complicité par fourniture d'une assistance, d'une aide ou de conseils en vue de sa commission.

<sup>348</sup> Ce que H.G. NILSSON désigne comme « *negligent laundering* » et qui vise notamment les banquiers ou tout autre personne susceptible de travailler légalement avec le produit d'une infraction (NILSSON, H.G., « The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of a Developing International Criminal Law », *op. cit.*, p. 431). Le *Rapport explicatif* s'intéresse quant à lui à la situation de l'avocat (p.12, n°33). Voy. également, la *Recommandation* n°2 du GAFI.

<sup>349</sup> GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, pp. 177-178.

<sup>350</sup> Voy. le *Rapport explicatif*, *op. cit.*, pp 11-12, n°s 32-34 ; GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p. 177-179; NILSON, H.G., « The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of a Developing International Criminal Law », *op. cit.*, pp. 431-432.

### (3) La Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999 : des dispositions très « soft »

**162.** Pour autant qu'il existe un élément d'extranéité (art. 3)<sup>351</sup> et qu'ils soient compétents (art. 7)<sup>352</sup>, les Etats Parties doivent prendre « les mesures qui peuvent être nécessaires » pour ériger en infractions pénales le financement du terrorisme, ainsi que la participation, la contribution et l'organisation du financement du terrorisme au sens de l'article 2 (art. 4). Il est précisé qu'il ne peut être justifié par des « considérations de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou d'autres motifs analogues » (art. 6). Les Parties devraient de surcroît prévoir « des peines appropriées compte tenu de leur gravité » (art. 4). Elles doivent également, conformément aux principes de leur droit interne, prendre les mesures nécessaires pour que la responsabilité pénale, civile ou administrative des personnes morales puisse être mise en cause, lorsqu'une personne responsable de sa direction ou de son contrôle a, en cette qualité, commis une infraction (art. 5). La Convention précise que les sanctions pénales, civiles ou administratives à prendre à leur encontre, doivent être « efficaces, proportionnées et dissuasives », et peuvent par exemple être de nature pécuniaire (5.3)<sup>353</sup>.

**163.** L'examen croisé de ces dispositions et de l'article 2, montre qu'il existe un réel contraste entre la description très analytique des faits répréhensibles et la définition vague et floue des sanctions à y apporter<sup>354</sup>. Nous constaterons plus tard qu'en mettant l'accent sur les sanctions et non sur les faits répréhensibles, le Conseil de sécurité de l'ONU s'inscrit dans une logique tout à fait différente en matière de lutte contre le terrorisme<sup>355</sup>.

**164.** Chaque Etat Partie doit adopter, conformément à son droit interne, les mesures nécessaires à<sup>356</sup>

---

<sup>351</sup> « La présente Convention ne s'applique pas lorsque l'infraction est commise à l'intérieur d'un seul État, que l'auteur présumé est un national de cet État et se trouve sur le territoire de cet État, et qu'aucun autre État n'a de raison, en vertu du paragraphe 1 ou du paragraphe 2 de l'article 7, d'établir sa compétence, étant entendu que les dispositions des articles 12 à 18, selon qu'il convient, s'appliquent en pareil cas ».

<sup>352</sup> Outre les cas où les faits répréhensibles se sont déroulés sur son territoire ou ont été commis par un de ses ressortissants (art. 7.1), chaque Partie peut établir sa compétence lorsque l'infraction vise – ou conduit à – la commission d'un acte terroriste sur son territoire ou à bord d'un aéronef exploité par son Gouvernement, contre un de ses nationaux ou contre une de ses installations publiques situées à l'étranger (art. 7.2.a, b et e). De même, l'Etat Partie peut établir sa compétence lorsque le financement concerne un acte, qui vise à le contraindre à agir ou à s'abstenir de le faire (art. 7.2.c), et lorsque l'infraction a été commise par un apatride qui réside habituellement son territoire (art. 7.2.d). De plus, il doit établir sa compétence dans le cas où l'auteur présumé du financement se trouve sur son territoire, et qu'il ne l'extrade pas vers une autre Partie ayant établi sa compétence (art. 7.4) – *aut dedere, aut judicare*. En cas de conflit de compétences entre plusieurs Parties, elles sont encouragées à s'efforcer de coordonner leur action, en particulier pour ce qui est des conditions d'engagement des poursuites et des modalités d'entraide judiciaire (art. 7.5). Enfin, les Etats doivent informer le Secrétaire Général des règles de compétence qu'ils auront établies (art. 7.3).

<sup>353</sup> Notons qu'aucune disposition de ce type n'existait dans les Conventions de Vienne et de Strasbourg.

<sup>354</sup> BERNARDI, A. « La lutte contre le terrorisme en droit international et en droit européen. Fondements et objectifs des incriminations et des peines », in BERNARD, D., *e.a.*, *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 114. Comp. Avec l'art. 3.4 de la Convention de Vienne.

<sup>355</sup> *Infra* B.1.

<sup>356</sup> Il s'agit d'une obligation plus étendue que celle figurant dans le projet initial, qui ne visait pas le produit des infractions, voy. MARTIN, J.-C., *op. cit.*, p. 427 (et références citées).

- a) l'identification, à la détection, au gel ou à la saisie de tous fonds utilisés ou destinés à être utilisés pour commettre les infractions visées à l'article 2, ainsi que du produit de ces infractions, aux fins de confiscation éventuelle (art. 8.1) ;
- b) la confiscation des fonds utilisés ou destinés à être utilisés pour la commission des infractions visées à l'article 2, ainsi que du produit de ces infractions (art. 8.2).

Sont dès lors visés par la Convention les fonds dont les autorités peuvent démontrer, qu'ils servent ou sont destinés à financer les activités d'une organisation terroriste, ou qu'ils découlent du financement du terrorisme. Confrontées à des terroristes présumés ou avérés, ou à des entités soupçonnées de financer le terrorisme, les autorités compétentes ne pourront donc saisir, geler voire confisquer que les biens dont ils peuvent prouver la destination terroriste. En d'autres termes, la seule « qualité » de terroriste ou de financier du terrorisme ne suffit pas pour être privé temporairement ou définitivement de ses biens<sup>357</sup>. Il est encore prévu que les Etats peuvent envisager de se partager les fonds confisqués (art. 8.3) et, ce qui est remarquable<sup>358</sup>, de créer des mécanismes en vue de leur affectation à l'indemnisation des victimes d'actes terroristes (art. 8.4). Enfin, une clause générale de protection des droits des tiers de bonne foi clôt cet article consacré à la confiscation (art. 8.5).

**165.** Ces dispositions doivent être lues à la lumière de l'article 18, qui dispose que les Parties coopèrent en prenant

« toutes les mesures possibles, notamment en adaptant si nécessaire leur législation interne, afin d'empêcher et de contrecarrer la préparation sur leurs territoires respectifs d'infractions devant être commises à l'intérieur ou à l'extérieur de ceux-ci » (art. 18.1).

Il est précisé qu'elles devraient notamment contraindre le secteur financier à identifier efficacement ses clients et à signaler aux autorités les opérations inhabituelles ou suspectes présumées découler d'activités criminelles (18.1.b, i à iii), ainsi qu'à conserver pendant au moins cinq ans les données utiles (18.1.b.iv). Les organismes de transfert monétaires devraient quant à eux être supervisés, par exemple en exigeant leur agrément, de même que le transport physique transfrontière d'espèces et d'effets au porteur négociables, devrait être surveillé. Cette surveillance nécessite néanmoins la mise en place de garanties strictes, visant à assurer que l'information est utilisée à bon escient, et ne doit pas « entraver la libre circulation des capitaux » (art. 18.2).

**166.** Par ailleurs, lorsqu'une personne soupçonnée de financer le terrorisme se trouve sur leur territoire, les Parties doivent prendre les mesures qui peuvent s'avérer nécessaires pour enquêter (9.1). Elles doivent de plus « assurer la présence de cette personne aux fins de poursuites ou d'extradition » (9.2), tout en lui assurant certains droits, dont celui de rencontrer le représentant de l'Etat dont elle a la nationalité (9.3 à 5).

---

<sup>357</sup> Comp. Avec l'approche poursuivie par le Conseil de Sécurité que nous analyserons infra, voy. DAVIS, K. E., *op. cit.* p. 189.

<sup>358</sup> Il s'agit de la seule disposition d'un instrument international universel dédié au terrorisme qui s'intéresse à la question de l'indemnisation de la victime. Notons que la Convention de 1988 abordait aussi cette question. A ce propos, GOZZI M.-H. et LABORDE, J.-P., « Les Nations Unies et le droit des victimes du terrorisme », *Revue internationale de droit pénal* 2005/3, Vol. 76, p. 275-298, spéc. 281-282 et LECLERCQ, J.-C., *op. cit.*, pp. 103-104. Plus généralement sur le droit des victimes en droit international, voy. FERNANDEZ de CASADEVANTE ROMANI, C., *International Law of victims*, Berlin, Springer, 2012, spéc. pp. 177 à 200.

**167.** Lors de la mise en œuvre de ces différentes mesures, les Etats doivent veiller au respect de l'article 17, qui dispose de manière générale que :

« toute personne placée en détention ou contre laquelle toute autre mesure est prise ou procédure engagée en vertu de la présente Convention se voit garantir un traitement équitable et, en particulier, jouit de tous les droits et bénéficie de toutes les garanties prévus par la législation de l'État sur le territoire duquel elle se trouve et les dispositions applicables du droit international, y compris celles qui ont trait aux droits de l'homme ».

Cet article qui a le mérite d'exister n'offre toutefois qu'une protection concrète très limitée dans la mesure où il ne détermine pas ce qu'est un « traitement équitable ». Sa portée dépend en outre des droits déjà garantis en droit interne, et n'en crée donc pas de nouveau.

**(4) La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 et ses trois Protocoles additionnels : combattre au moins les infractions graves et veiller à la prévention ainsi qu'à la collecte d'informations**

**168.** Tout d'abord, la Convention de Palerme contraint les Parties à incriminer dans leur ordre juridique, les actes commis intentionnellement, qui constituent une des infractions qu'elle définit, énumérées ci-dessus (arts. 5, 6, 8 et 23). En matière de blanchiment, elle précise que les Parties doivent considérer le plus large éventail d'infractions principales possible et, à tout le moins y intégrer toutes les « infractions graves » définies à l'article 2.b précité, ainsi que les infractions définies aux articles 5, 8 et 23 (art. 6.2). Elle se distingue à cet égard de la Convention de Vienne, limitée aux infractions liées au trafic illicite de drogues, et va plus loin que la Convention de Strasbourg en imposant aux Etats une liste minimum d'infractions principales<sup>359</sup>. De plus, à l'instar de ce que nous avons déjà pu observer dans la Convention de New York analysée précédemment, la responsabilité pénale, civile ou administrative des personnes morales qui participent à la commission d'infractions doit pouvoir être engagée<sup>360</sup>. Les sanctions prévues doivent tenir compte de la gravité de l'infraction commise (art. 11), mais aussi éventuellement des antécédents judiciaires de l'auteur (art. 22). S'il s'agit d'une personne morale, comme le prévoyait également la Convention de New York (5.3), les Parties sont invitées à prévoir des sanctions « efficaces, proportionnées et dissuasives de nature pénale ou non pénales, y compris des sanctions pécuniaires » (art. 10.4). Du point de vue procédural, les Etats peuvent envisager de prévoir une période de prescription prolongée pour engager les poursuites, notamment lorsque l'auteur présumé de l'infraction est en fuite (10.5).

**169.** En matière de confiscations, l'article 12 impose aux Parties de prendre les mesures nécessaires, sans préjudice des droits des tiers de bonne foi (art. 12.8), pour être en mesure de confisquer

---

<sup>359</sup> FALLETI, F., *op. cit.*, p. 601.

<sup>360</sup> Il est précisé que cette mesure a un objectif dissuasif, non seulement parce que les atteintes à la réputation peuvent être très coûteuses, mais aussi parce qu'une telle responsabilité favorise une gestion plus efficace et la mise en place de structures de surveillance afin d'assurer le respect de la loi (*Guide législatif*, p. 127, n° 240).

- a) le produit du crime provenant d'infractions visées par la Convention ou de biens dont la valeur correspond à celle de ce produit (art. 12.1.a) ;
- b) les biens, les matériels et autres instruments utilisés ou destinés<sup>361</sup> à être utilisés pour les infractions visées par la Convention (art. 12.1.b) ;
- c) les biens en lesquels le produit du crime a été transformé ou converti, en partie ou en totalité (art. 12.3) ;
- d) les biens acquis légitimement, auxquels le produit du crime a été mêlé, à concurrence de la valeur estimée de ce produit (art. 12.4) ;
- e) les revenus ou autres avantages tirés desdits produits ou biens (art. 12.5).

**170.** En amont, les Etats Parties doivent également veiller à permettre l'identification, la localisation, le gel ou la saisie des biens susceptibles d'être confisqués (art. 12.2). Ils habiliteront dès lors leurs tribunaux ou d'autres autorités compétentes à « ordonner la production ou la saisie de documents bancaires, financiers ou commerciaux », sans pouvoir invoquer le secret bancaire pour refuser de le faire (art. 12.6). A l'instar de ce que prévoit la Convention de 1988<sup>362</sup>, ils peuvent par ailleurs envisager conformément à leur droit interne 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 (art. 12.7). Pour faciliter l'identification et la localisation de produits ou d'autres biens susceptibles d'être confisqués, des techniques d'enquête spéciales devraient pouvoir être mises en œuvre (art. 20)<sup>363</sup>, et des informations recueillies auprès de « repentis », qualifiés de « collaborateurs de justice »<sup>364</sup>, être utilisées (art. 26).

**171.** Beaucoup de ces dispositions sont très proches de, pour ne pas dire identiques à, celles qui figurent dans la Convention de 1988, sous réserve « de la large gamme d'infractions visées par la Convention contre la criminalité organisée »<sup>365</sup>. Elles sont également tout à fait semblables à celles figurant « dans la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, dans la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité et dans la Convention (...) adoptée par le Conseil de l'Europe en 1990 »<sup>366</sup>, et doivent être mises en œuvre à la lumière des « Quarante Recommandations du GAFI [qui] aident les États à élaborer des méthodes d'identification, de localisation, de saisie et de confiscation du produit du crime »<sup>367</sup>.

**172.** Il convient en outre de relever que la Convention accorde une attention particulière à la prévention du développement de la criminalité transnationale organisée (arts. 7, 9 et 31). En ce

---

<sup>361</sup> Une note interprétative (A/55/383/Add.1, par. 22) indique que les termes « *utilisés ou destinés à être utilisés* » désignent une intention qui, de par sa nature, pourrait être considérée comme équivalent à une tentative d'infraction (*Guide législatif*, p. 159, n° 306).

<sup>362</sup> Voy. *supra* II, A, 1, a, (3).

<sup>363</sup> Comp. avec l'art. 4.2 de la Convention de 1990.

<sup>364</sup> Sur ce sujet, voy. BEERNAERT, M.-A., « Repentis » ou « collaborateurs de justice » : quelle légitimité dans le système pénal ? », *Droit et société*, 3/2003 (n°55), pp. 693-711, et pour les plus intéressés la thèse de doctorat du même auteur, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal : analyse comparée et critique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 616 p.

<sup>365</sup> *Guide législatif*, pp. 159-160, n° 309.

<sup>366</sup> *Ibid.*, p. 156, n°295.

<sup>367</sup> *Ibid.*

qui concerne le blanchiment de capitaux par exemple<sup>368</sup>, la mise en œuvre de mesures détaillées visant au recueil d'informations auprès du secteur bancaire et financier, qui rappellent celles incluses dans la Convention de New York<sup>369</sup>, est préconisée (art. 7.1 et 2). Elle encourage en outre explicitement<sup>370</sup> les Etats à se conformer aux initiatives pertinentes des organisations spécialisées dans la lutte contre le blanchiment (art. 7.3).

173. Enfin, plusieurs dispositions sont encore consacrées à la protection des témoins et des victimes (arts. 25 et 26), à l'étude scientifique de la criminalité organisée (art. 28) et à la formation pour la prévenir et la combattre (art. 29).

#### **(5) La Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 : prévention de la corruption et identification, confiscation et restitution des biens d'origine illicite**

174. La Convention tend à favoriser la mise en œuvre par les Etats Parties d'une stratégie globale de lutte contre la corruption<sup>371</sup>, dont elle aborde les différents aspects. Nous nous focalisons quant à nous sur les dispositions relatives à la confiscation et nous bornons à évoquer les autres.

175. Elle exige tout d'abord, au sein du Chapitre II, que les États Parties adoptent des politiques de prévention de la corruption

« efficaces et coordonnées qui favorisent la participation de la société et reflètent les principes d'état de droit, de bonne gestion des affaires publiques et des biens publics, d'intégrité, de transparence et de responsabilité » (art. 5).

Dans ce cadre, ils doivent adopter, conformément aux principes fondamentaux de leur système juridique une série de mesures. Parmi celles-ci figurent notamment la création d'un ou de plusieurs organes spécialisés en matière de lutte contre la corruption (art. 6), la mise en œuvre de pratiques de bonne gouvernance en matière de recrutement des agents publics (art. 7), de gestion des fonds publics (art. 9) et de transparence de l'administration publique (art. 10), ainsi que l'établissement de codes de conduite (art. 8). L'organe judiciaire (art. 11), le secteur privé (art. 12), et de manière générale et novatrice, la société civile (art. 13) doivent également être impliqués par les autorités dans la lutte contre la corruption. Une série d'autres mesures destinées à prévenir le blanchiment de capitaux sont enfin prévues (art. 14). Elles s'inspirent manifestement de l'article 7 de la Convention de Palerme mais tiennent également compte des travaux postérieurs du GAFI<sup>372</sup>. Ce chapitre développe donc une politique globale de prévention

---

<sup>368</sup> Voy. GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., pp. 69-70.

<sup>369</sup> Art. 18.

<sup>370</sup> Sur ce point, VERVAELE, J.A.E., « Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit européen en matière de blanchiment », op. cit., p. 227.

<sup>371</sup> Not. Préambule de la Convention, 4<sup>ème</sup> paragraphe.

<sup>372</sup> GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., p. 73.

de la corruption, qui se distingue des instruments analysés jusqu'ici, et notamment de la Convention de Palerme, par le rôle majeur dévolu à la société civile<sup>373</sup>.

**176.** Ensuite, au sein du troisième chapitre intitulé « incrimination, détection et répression », la Convention de Merida oblige chaque Etat Partie à incriminer les comportements intentionnels suivants<sup>374</sup> : la corruption active et passive d'agents publics nationaux (art. 15), la corruption active d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques (art. 16), la soustraction, le détournement ou autre usage illicite de biens par un agent public (art. 17), le blanchiment de produits du crime (art. 23) et l'entrave au bon fonctionnement de la justice (art. 25). La Convention exige également des Etats Parties qu'ils envisagent d'incriminer la corruption passive d'agents publics étrangers et de fonctionnaires d'organisations internationales publiques (art. 16), le trafic d'influence (art. 18), l'abus de fonction (art. 19), la corruption dans le secteur privé (art. 21), la soustraction de biens dans le secteur privé (art. 22), le recel (art. 24), et « sous réserve de [leur] constitution et des principes fondamentaux de [leur] système juridique » l'enrichissement illicite<sup>375</sup> (art. 20). Ils doivent en outre veiller, comme le prévoient les conventions de New York et de Palerme, à rendre les personnes morales, qui participent à la commission d'une de ces infractions, responsables sur le plan pénal, civil ou administratif (art. 26). Un délai de prescription des poursuites plus long devra également être prévu lorsque l'auteur s'est soustrait à l'action de la justice (art. 29)<sup>376</sup>. Enfin, en matière de sanctions (art. 30 et 41), outre les dispositions déjà observées dans la Convention de Palerme<sup>377</sup>, des mesures d'ordre à l'égard des fonctionnaires (art. 30.6) et des sanctions particulières de déchéance du droit d'exercer certaines fonctions sont prévues (art. 30.7 et 8). Par ailleurs, la problématique de la réinsertion des personnes condamnées est également évoquée (art. 30.10).

**177.** Dans ce chapitre figure également la disposition consacrée au gel, à la saisie et à la confiscation (art. 31). De manière tout à fait classique, il est exigé des Etats Parties qu'ils prennent les mesures nécessaires, sans préjudice des droits des tiers de bonne foi (31.9), pour être en mesure de confisquer

- a) le produit des infractions définies par la Convention ou de biens dont la valeur correspond à celle de ce produit (art. 31.1.a) ;
- b) les biens, les matériels et autres instruments utilisés ou destinés<sup>378</sup> à être utilisés pour les infractions visées par la Convention (art. 31.1.b) ;

---

<sup>373</sup> En ce sens, *Guide législatif*, p. 2

<sup>374</sup> Selon l'article 28, conformément aux autres conventions analysées, « la connaissance, l'intention ou la motivation nécessaires en tant qu'éléments d'une infraction établie conformément à la présente Convention peuvent être déduites de circonstances factuelles objectives ».

<sup>375</sup> Cette incrimination concerne « une augmentation substantielle du patrimoine d'un agent public que celui-ci ne peut raisonnablement justifier par rapport à ses revenus légitimes ». Elle implique un renversement ou à tout le moins un affaiblissement de la charge de la preuve dans le chef des autorités poursuivantes, ce qui explique les précautions particulières prises pour sa rédaction (*Guide législatif*, p. 91).

<sup>376</sup> Comp. avec l'article 11.5 de la Convention de Palerme.

<sup>377</sup> Arts. 10 et 11.

<sup>378</sup> La note interprétative (A/55/383/Add.1, par. 22) citée pour la Convention de Palerme, qui indique que les termes « utilisés ou destinés à être utilisés » désignent une intention qui, de par sa nature, pourrait être considérée comme équivalente à une tentative d'infraction est également valable (*Guide législatif*, p. 126, note 60).



- c) les biens en lesquels le produit du crime a été transformé ou converti, en partie ou en totalité (art. 31.4) ;
- d) les biens acquis légitimement, auxquels le produit du crime a été mêlé, à concurrence de la valeur estimée de ce produit (art. 31.5)<sup>379</sup> ;
- e) les revenus ou autres avantages tirés desdits produits ou biens (art. 31.6).

**178.** Il est encore exigé que les Etats prennent les mesures nécessaires pour permettre l'identification, la localisation, le gel ou la saisie des biens précités (art. 31.2)<sup>380</sup>. Dans ce but, ils doivent habiliter leurs tribunaux ou autres autorités compétentes à ordonner la production ou la saisie de documents bancaires, financiers ou commerciaux, sans pouvoir invoquer le secret bancaire<sup>381</sup> pour s'y refuser (art. 31.7). Comme nous avons déjà pu l'observer, il est enfin prévu que les Etats puissent envisager de renverser la charge de la preuve de la licéité de produits présumés (art. 31.8). Ils ne sont toutefois pas contraints de le faire.

**179.** Ces dispositions sont identiques à celles figurant dans les Conventions de Vienne et de Palerme<sup>382</sup>. La Convention de Mérida prévoit toutefois de surcroît une obligation de veiller à régler l'administration des biens gelés, saisis ou confisqués (art. 31.3), obligation qui n'existait pas dans ces dernières. Le *Guide législatif*<sup>383</sup> indique à ce propos que « l'expérience acquise avec d'autres conventions et au niveau interne en général », a montré « qu'il ne peut y avoir de coopération internationale efficace en matière de confiscation et de recouvrement d'avoirs sans dispositions internes strictes sur [cette] question ».

**180.** L'analyse qui précède ne suffit néanmoins pas à cerner le dispositif mis en place quant aux biens soumis à la confiscation. Outre l'article 14 dédié à la prévention du blanchiment précité, plusieurs dispositions du chapitre V consacré au recouvrement d'avoirs concernent en effet également directement cette question.

**181.** Premièrement, à la lumière des *Quarante Recommandations* du GAFI amendées en 2003<sup>384</sup>, l'article 52 impose plusieurs obligations essentielles aux Etats Parties en matière de recherche et d'identification de biens d'origine illicite. Tout d'abord, sans préjudice de l'article 14, ils doivent contraindre les institutions financières à identifier leurs clients et à « soumettre à une surveillance accrue les comptes que des personnes qui exercent, ou ont exercé, des fonctions publiques importantes et des membres de leur famille et de leur proche entourage cherchent à ouvrir ou détiennent directement ou cherchent à faire ouvrir ou font détenir par un

---

<sup>379</sup> Il ne s'agit toutefois que d'un seuil minimal selon une note interprétative (A/58/422/Add.1, par. 36 – *Guide législatif*, p. 126, n° 415.)

<sup>380</sup> Le *Guide législatif* indique qu'il s'agit essentiellement de prévoir que les agents en charge de cette mission soient suffisamment formés et disposent, sur le plan procédural, de pouvoirs adéquats (p. 127, n° 419).

<sup>381</sup> Voy. également l'article 40 qui invite les Etats Parties à prendre des mesures pour qu'il soit possible en cas d'enquêtes judiciaires nationales sur des infractions établies conformément à la Convention, de surmonter les obstacles qui peuvent résulter de l'application de lois sur le secret bancaire.

<sup>382</sup> En ce sens, *Guide Législatif*, p. 125, n° 406 et p. 127, n° 418.

<sup>383</sup> *Ibid.*, p. 126, n° 413.

<sup>384</sup> GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., p. 72. Voy. également Organisation des Nations Unies, *Étude mondiale sur le transfert de fonds d'origine illicite, en particulier de fonds provenant d'actes de corruption*, op. cit., pp. 4-5, n°s 15-17 et pp. 16-17, recommandations n°s C.3 et 4.

intermédiaire » (art. 52.1)<sup>385</sup>. Il est précisé que cette surveillance doit être conçue de manière à détecter les opérations suspectes afin de les signaler aux autorités compétentes, sans préjudice de la faculté pour les institutions financières d'entretenir des relations d'affaires avec des clients légitimes (art. 52.1). Pour faciliter la mise en œuvre de telles mesures, les Etats Parties doivent publier des lignes directrices concernant les types de personnes, de comptes et d'opérations à surveiller plus particulièrement, ainsi que les mesures concrètes à prendre concernant ces comptes (art. 52.2.a). « S'il y lieu », ils doivent également notifier aux institutions financières d'initiative ou à la demande d'un Etat étranger, l'identité des personnes dont les comptes devront être plus particulièrement surveillés (art. 52.2.b). La Convention souligne que ces mesures doivent être prises « en s'inspirant des initiatives pertinentes prises par les organisations régionales, interrégionales et multilatérales pour lutter contre le blanchiment d'argent »<sup>386</sup>. Les institutions financières devraient de plus conserver, pendant une « durée appropriée », les données utiles récoltées dont au moins l'identité du client, et si possible de l'ayant droit économique (art. 52.3). Afin de prévenir et de détecter les transferts du produit d'infractions, les Etats Parties doivent par ailleurs empêcher « l'établissement de banques qui n'ont pas de présence physique et qui ne sont pas affiliées à un groupe financier réglementé » et envisager d'interdire que les institutions financières sous leur juridiction créent ou maintiennent des relations commerciales avec de telles banques, y compris si elles sont situées à l'étranger (art. 52.4). En outre, ils doivent envisager de divulguer, et éventuellement de partager avec des autorités étrangères, les informations financières des agents publics « appropriés » (art. 52.5), et d'imposer à ces derniers de signaler l'existence de tout compte situé à l'étranger, sur lequel ils exercent un pouvoir quelconque (art. 52.6). Enfin, l'article 58 encourage les Etats à créer un service de renseignement financier qui sera chargé de recevoir, d'analyser et de communiquer aux autorités compétentes des déclarations d'opérations financières suspectes<sup>387</sup>. Il s'agit donc d'un dispositif très détaillé qui complètent les mesures classiques d'enquête visant à rechercher les produits, et qui implique une coopération étendue du secteur financier.

**182.** Deuxièmement, après l'identification des produits, trois dispositions contenues à l'article 53 visent à permettre à l'Etat Partie lésé de recouvrer ces biens devant les juridictions de l'Etat Partie sur le territoire duquel ils se trouvent<sup>388</sup> (art. 53 a à c).

**183.** Troisièmement, l'article 57, contient plusieurs dispositions relatives à la restitution et à la disposition des avoirs confisqués. En ce qui concerne les biens confisqués, il encourage les Etats Parties à prioritairement envisager de « restituer à [leur] propriétaires légitimes antérieurs ou de dédommager les victimes de l'infraction » (57.3.c). Seule la Convention de New York prévoit une disposition similaire parmi les instruments examinés jusqu'ici.

---

<sup>385</sup> Voy. également l'article 39 qui concerne la coopération entre les autorités nationales et les entités privées sur des questions concernant la commission d'infractions au sens de la Convention.

<sup>386</sup> Selon une note interprétative (A/58/422/Add.1, par. 21), ceci fait essentiellement référence aux 40 Recommandations et 8 Recommandations du GAFI, telles que révisées en 2003 et en 2001 (*Guide législatif*, p. 218, n° 691, note 85).

<sup>387</sup> Voy. Organisation des Nations Unies, *Étude mondiale sur le transfert de fonds d'origine illicite, en particulier de fonds provenant d'actes de corruption*, op. cit., p. 16, recommandation C.2.

<sup>388</sup> En ce sens, *Ibid.*, p. 12, recommandation A.1.b).

**184.** Le Chapitre III contient d'autres mesures qui doivent être mises en œuvre dans l'ordre interne, que nous n'analysons pas en détails ici. Elles portent sur la protection des témoins, des experts (art. 32) et de « personnes qui communiquent des informations » (art. 33)<sup>389</sup>, sur l'indemnisation des victimes (art. 34), sur la création d'autorités spécialisées dans la lutte contre la corruption (art. 36), sur les collaborateurs de justice (art. 37), sur la coopération entre les autorités nationales et le secteur privé (art. 39) et sur le secret bancaire (art. 40)<sup>390</sup>.

**185.** En outre, au sein du Chapitre IV, consacré à la coopération internationale, l'article 50 exige des Etats Parties qu'ils permettent à leurs autorités compétentes d'utiliser sur leur territoire des techniques d'enquête spéciales, comme les livraisons surveillées (art. 50).

**186.** Enfin, le Chapitre VI contient plusieurs dispositions relatives à la formation des « personnels chargés de prévenir et de combattre la corruption » et à diverses formes d'assistance technique (art. 60), ainsi qu'à l'analyse du phénomène de la corruption et des mesures de lutte mises en œuvre (art. 61).

**(6) 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 du 16 mai 2005 : la lutte discrète contre le financement du terrorisme et un encouragement appuyé à renverser la charge de la preuve de la licéité des biens litigieux**

**187.** Les Chapitres II et III sont consacrés au « Financement du terrorisme » et aux « Mesures à prendre au niveau national ». Alors que le Chapitre II ne contient qu'une disposition (art. 2), le Chapitre III se subdivise encore en deux sections, intitulées « dispositions générales » et « cellule de renseignement financier et prévention », qui contiennent chacune une série d'articles (arts. 3 à 14). Nous évoquons ces dispositions dans cet ordre.

**188.** Tout d'abord, l'article 2 exige des Parties qu'elles prennent les mesures nécessaires pour pouvoir appliquer les dispositions de la Convention au financement du terrorisme (art. 2.1).

« En particulier, chaque Partie veille à être en mesure de dépister, de rechercher, d'identifier, de geler, de saisir et de confisquer les biens, d'origine licite ou illicite, utilisés ou destinés à être utilisés de quelque façon que ce soit, en tout ou en partie, pour le financement du terrorisme, ou les produits de cette infraction, et pour coopérer à ces fins de la manière la plus large possible » (art. 2.2).

Ce paragraphe, qui vise les biens d'origine licite et illicite, répond ainsi à l'une des particularités du financement du terrorisme, qui implique également le « noircissement » de biens d'origine

---

<sup>389</sup> Il s'agit de celles qu'on appelle communément les « *whistleblowers* ». Sur l'intérêt de ce type de mesures en matière de lutte contre la corruption, voy. not. CARR, I., *op. cit.*, p. 142 et s.

<sup>390</sup> Voir également l'article 31 à ce propos.

licite<sup>391</sup>, alors que la législation anti-blanchiment est généralement centrée sur les biens d'origine illicite<sup>392</sup>.

**189.** Ensuite, les « mesures de confiscation » sont traitées à l'article 3. Premièrement, les Etats Parties doivent être en mesure de confisquer « les instruments, les biens blanchis, les produits ou les biens dont la valeur correspond à ces produits » (par. 1)<sup>393</sup>. Deuxièmement, à la différence de la Convention de 1990, il est imposé aux Etats Parties, sans faculté de réserve, d'appliquer la confiscation au blanchiment de capitaux et aux catégories d'infractions dont la liste figure en annexe (art. 3.2)<sup>394</sup>. En ce qui concerne les autres infractions, chaque Etat Partie peut déclarer qu'elle n'appliquera la confiscation qu'à celles « punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an »<sup>395</sup>, et/ou à « une liste d'infractions spécifiques » (par. 2.a et b). Troisièmement, les Etats Parties peuvent prévoir une « confiscation obligatoire » pour certaines infractions, dont notamment le blanchiment, le trafic de produits stupéfiants, la traite des êtres humains et d'autres infractions graves (par. 3). Selon les auteurs du texte, il pourrait en effet être judicieux d'instituer un tel mécanisme pour des

« infractions particulièrement graves et pour les infractions où il n'existe pas de victimes à indemniser, telles que le trafic de stupéfiants, mais également les fraudes dans lesquelles il existe un grand nombre de victimes inconnues »<sup>396</sup>.

Quatrièmement, les Etats Parties devraient pouvoir imposer

« en cas d'une ou plusieurs infractions graves, telles que définies par leur 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 » (par. 4).

Il est précisé dans le *Rapport explicatif* que l'appréciation de la conformité de la mise en œuvre de cette disposition avec le droit interne ne peut être contestée dans le cadre du mécanisme de suivi de la Convention<sup>397</sup>. En outre, en plus de pouvoir déterminer ce qu'est une « infraction grave », l'article 53.4 autorise les Etats Parties à déclarer qu'elles n'appliqueront pas cette

---

<sup>391</sup> Ou en d'autres termes, l'usage de biens d'origine licite à des fins illicites : financer le terrorisme. Sur cette question voy. BRAILLARD, P., « Globalisation financière et sécurité internationale : problématique de la lutte contre le blanchiment d'argent sale et contre le financement du terrorisme », *op. cit.*, p. 195 ainsi que DANTINNE, M. et SERON, V., *op. cit.*, p. 860.

<sup>392</sup> *Rapport explicatif 2005*, n°59. Voy. également GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p. 188.

<sup>393</sup> En faisant référence aux « biens blanchis », cette disposition est plus précise que celle figurant dans la Convention de 1990, et plus conforme aux exigences de la 3<sup>ème</sup> Recommandation du GAFI comme l'indique GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>394</sup> Voy. ce qui a été dit dans la première partie de cette sous-section consacrée à la Convention de 2005.

<sup>395</sup> Il est néanmoins prévu à cet égard : « *Cependant, les Parties peuvent formuler une déclaration concernant cette disposition pour ce qui concerne la confiscation des produits d'infraction fiscales, à la seule fin de leur permettre de procéder à la confiscation de tels produits sur le plan tant national que dans le cadre de la coopération internationale, sur la base d'instruments de droit national et international en matière de recouvrement de créances fiscales* » (art. 3.2.a). Cette 1<sup>ère</sup> option est manifestement inspirée de l'action commune du 3 décembre 1998, qui invitait les Etats de l'Union européenne à ne pas formuler de réserves à la Convention de 1990 pour les infractions présentant le même taux de peine ou de mesure de sûreté (cf. *supra*).

<sup>396</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 71.

<sup>397</sup> *Ibid.*

disposition. Ces éléments font dire au professeur GILMORE, que « *though formulated in mandatory terms, it is important not to exaggerate the extent of the resulting obligation* »<sup>398</sup>. Il n'en demeure pas moins que la Convention de Varsovie se distingue indéniablement des instruments internationaux étudiés jusqu'ici, qui se bornent à inviter les Etats à envisager le renversement de la charge de la preuve sans leur imposer aucune obligation.

**190.** Conscient des réticences qu'une telle disposition peut susciter, le *Rapport explicatif*<sup>399</sup> rappelle que, sous certaines limites, tenant compte de l'enjeu du litige et sous réserve du respect des droits de la défense, la Cour EDH a jugé que l'usage d'une présomption légale ou de fait n'est pas contraire au droit à un procès équitable<sup>400</sup>. Ils poursuivent en faisant référence à l'arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*<sup>401</sup>, à l'occasion duquel la Cour EDH a jugé comme nous le verrons, qu'une présomption légale peut être utilisée pour fixer le montant d'une décision de confiscation liée à la commission d'une infraction, préalablement déclarée établie. En échos à cet arrêt, il est encore précisé que la disposition en cause ne peut être 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 »<sup>402</sup>.

Tout en encourageant les Etats Parties à prendre une mesure très répressive, les rédacteurs de la Convention ont donc tenté de maintenir un certain équilibre avec les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg<sup>403</sup>.

**191.** L'article 3 doit en outre être lu à la lumière de l'article 5<sup>404</sup>, qui dispose que doivent également pouvoir être confisqués « les biens en lesquels les produits ont été transformés ou convertis » (a), « les biens acquis légitimement, si les produits ont été mêlés, entièrement ou partiellement, à de tels biens, à concurrence de la valeur estimée du produit qui y a été mêlé » (b), et « les revenus ou autres avantages tirés des produits, des biens en lesquels les produits ont été transformés ou convertis ou des biens auxquels ils ont été mêlés, à concurrence de la valeur estimée des produits qui y ont été mêlés, de la même manière et dans la même mesure que les produits » (c). Contrairement à la Convention de 1990 qui donnait peu de précisions à propos des biens soumis à confiscation, la présente convention en donne une définition complète, par ailleurs identique à celle de la Convention de Vienne.

**192.** De plus, afin notamment de faciliter l'exécution des mesures de confiscation ultérieures, les autorités compétentes doivent être en mesure d'identifier, de rechercher et de geler ou de saisir rapidement les biens soumis à confiscation (arts. 4 et 5). Après avoir procédé au gel ou à la saisie de ces biens, elles ont de surcroît l'obligation de veiller à en « assurer une gestion adéquate » (art. 6), ce qui n'était pas envisagé par la Convention de Strasbourg mais rejoint la Convention de Mérida. Les Etats Parties sont libres de déterminer la meilleure façon de mettre

---

<sup>398</sup> GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., p. 192.

<sup>399</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 72.

<sup>400</sup> Il est fait référence à CEDH, arrêt *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, req. 10519/83, § 28.

<sup>401</sup> CEDH, arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, n° 41087/98.

<sup>402</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 72.

<sup>403</sup> En ce sens, *Rapport explicatif 2005*, n° 28 et GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., p. 198.

<sup>404</sup> Selon le *Rapport explicatif 2005* (n°75), cet article s'inspire de la Convention de Palerme, qui pour sa part, comme nous l'avons mis en évidence reprend les termes de la Convention de Vienne, cf. *supra*.

cette disposition en œuvre, et peuvent par exemple créer un organisme national chargé de cette mission<sup>405</sup>.

**193.** Dans le cadre de la recherche et de l'identification des biens susceptibles de faire l'objet d'une confiscation, les pouvoirs et techniques d'investigation font par ailleurs l'objet d'une attention particulière (art. 7). Premièrement, comme le prévoyait déjà la Convention de 1990, les Parties doivent habiliter leurs tribunaux ou autres autorités compétentes à ordonner la communication ou la saisie de dossiers bancaires, financiers ou commerciaux, sans pouvoir se retrancher derrière le secret bancaire<sup>406</sup> (par. 1). Deuxièmement, la Convention de Varsovie innove en disposant que les Parties doivent être en mesure

- a) de déterminer si une personne physique ou morale détient ou contrôle un ou plusieurs comptes, de quelque nature que ce soit, dans une quelconque banque située sur son territoire et, si tel est le cas, d'obtenir tous les renseignements concernant les comptes répertoriés ;
- b) d'obtenir les renseignements concernant des comptes bancaires déterminés et des opérations bancaires qui ont été réalisées pendant une période déterminée sur un ou plusieurs comptes spécifiés, y compris les renseignements concernant tout compte émetteur ou récepteur ;
- c) de suivre, pendant une période déterminée, les opérations bancaires réalisées sur un ou plusieurs comptes identifiés ; et
- d) de faire en sorte que les banques ne révèlent pas au client concerné ni à d'autres tiers que des informations ont été recherchées ou obtenues conformément aux alinéas a, b, ou c, ou qu'une enquête est en cours (par. 2).

Si ces exigences ne figuraient pas dans la Convention de 1990, elles s'inscrivent dans la tendance déjà observée d'encourager le recueil d'informations financières pour débusquer les biens susceptibles de faire l'objet de confiscation<sup>407</sup>. Elles visent plus particulièrement à ce que « toutes les Parties soient en mesure de faire sur le plan national ce qui pourrait leur être demandé de faire au plan international »<sup>408</sup> en vertu des articles 17 à 19 de la Convention analysée. Les Etats Parties sont néanmoins libres de déterminer comment se conformer à ce paragraphe<sup>409</sup>, et de choisir d'étendre ou non le dispositif aux comptes détenus par des institutions financières non bancaires (par. 2, *in fine*). Enfin, plus classiquement les Parties doivent envisager de recourir à des techniques spéciales d'investigation pour faciliter leur tâche de recherche et d'identification (par. 3).

**194.** Conformément aux objectifs de la Convention, les Etats Parties doivent encore incriminer le blanchiment de biens d'origine illicite (art. 9). La définition des comportements intentionnels constitutifs de blanchiment (pars. 1 et 2) est identique à celle qui figurait dans la Convention de 1990, nous n'y revenons donc pas. Le paragraphe 3 permet en outre l'incrimination de tout ou partie des actes constitutifs de blanchiment, lorsque l'auteur n'a certes

---

<sup>405</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 78.

<sup>406</sup> Voy. également l'article 28.7 qui dispose que le secret bancaire ne peut justifier le refus de faire droit à une demande d'entraide.

<sup>407</sup> Voy. notamment l'article 52 de la Convention de Mérida.

<sup>408</sup> *Rapport explicatif 2005.*, n° 81 et en ce sens n° 84.

<sup>409</sup> *Ibid.*, n° 82.

pas agi « intentionnellement », mais « a soupçonné » ou « aurait dû être conscient » que le bien constituait un produit. La Convention de Varsovie se distingue sur ce point de celle de 1990, qui visait en plus du blanchiment commis « par négligence », celui commis dans un but lucratif ou en vue de faciliter la continuation d'une activité criminelle<sup>410</sup>. Pour favoriser les poursuites<sup>411</sup>, la Convention de 2005 prévoit encore qu'une condamnation pour blanchiment doit être possible en l'absence de condamnation au titre de l'infraction principale (par. 5), lorsqu'il est prouvé que les biens blanchis proviennent d'une infraction principale « sans qu'il soit nécessaire de prouver de quelle infraction précise il s'agit » (par. 6), et ce même si l'infraction principale a été commise à l'étranger (par. 7). Comme en matière de confiscation (art. 3), la Convention limite la faculté de formuler des réserves quant aux infractions qui peuvent constituer des « infractions principales », en imposant que celles qui figurent en annexe à la Convention en fassent partie (par. 4). Par ailleurs, bien que rien ne soit prévu quant à la sanction à infliger en cas de condamnation pour blanchiment, l'article 11 dispose qu'il doit être possible de tenir compte pour son appréciation d'une éventuelle condamnation antérieure du même chef, prononcée dans un autre Etat Partie.

**195.** Précisons également que contrairement à la Convention de 1990 et conformément à la pratique que nous avons observée dans les autres conventions analysées<sup>412</sup>, la Convention de Varsovie dispose que les personnes morales doivent pouvoir, sous certaines conditions, être tenues responsables des infractions de blanchiment commises pour leur compte par une personne physique (art.10). Elles devront dans de telles situations être soumises à des sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives, de nature pénale ou non, y compris des sanctions pécuniaires » (art. 10.4).

**196.** Enfin, dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions de cette 1<sup>ère</sup> section du Chapitre III, les Parties doivent veiller à ce que les personnes affectées par les mesures décrites « disposent de recours juridiques effectifs pour préserver leurs droits » (art. 8). Soulignons qu'une disposition très semblable était présente dans la Convention de Strasbourg (art. 5) et que rien n'indique que les rédacteurs de la Convention de 2005 aient voulu en modifier la portée<sup>413</sup>. Nous renvoyons donc le lecteur aux commentaires faits à ce propos.

**197.** La section 2 intitulée « cellule de renseignement financier et prévention » est totalement neuve. Elle reflète l'objectif des auteurs de la Convention de Varsovie de moderniser le dispositif de lutte contre le blanchiment mis en place en 1990<sup>414</sup>. Il est naturellement exigé que les Parties mettent en place une CRF, et lui permette d'accéder aux informations financières utiles à l'exercice de ses fonctions (art. 12)<sup>415</sup>. Elles doivent deuxièmement établir un « régime complet de réglementation et de suivi ou de contrôle pour prévenir le blanchiment », en tenant

---

<sup>410</sup> Art. 6.3 de la Convention de 1990, cf. *supra*. Le *Rapport explicatif 2005* ne donne pas d'explication précise sur ce changement, mais indique qu'il est ressorti du processus d'évaluation que l'élément moral de l'infraction de blanchiment pouvait être très difficile à prouver... (*Ibid.*, n° 97).

<sup>411</sup> *Rapport explicatif 2005*, n°s 100-102.

<sup>412</sup> GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p. 184.

<sup>413</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 91.

<sup>414</sup> En ce sens, GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, *op. cit.*, p. 188.

<sup>415</sup> Voy. également *infra* l'article 46.5.

compte particulièrement des recommandations adoptées par le GAFI<sup>416</sup> (art. 13.1). Plusieurs mesures à mettre en œuvre dans ce régime sont décrites aux paragraphes 2 et 3 de l'article 13. Selon le *Rapport explicatif*, elles détaillent les « principes fondamentaux qui régissent la prévention du blanchiment et du financement du terrorisme en accord avec les normes internationalement agréées et plus particulièrement les Recommandations du GAFI »<sup>417</sup>. Pour suivre les évolutions en la matière, il est de plus prévu que ces dispositions pourront être amendées plus aisément (Art. 54. 6 à 9). Deuxièmement, l'article 14 prévoit que lorsqu'il existe un soupçon qu'une transaction est liée à une opération de blanchiment, la CRF doit pouvoir, si elle l'estime nécessaire<sup>418</sup>, agir d'urgence pour suspendre ou reporter la conclusion de la transaction. La durée de la suspension ou du report, qui doit lui permettre d'investiguer et de confirmer ou non ses soupçons, est laissée à l'appréciation des Parties.

**198.** Les dispositions de ces deux Chapitres modifient grandement le cadre établi par la Convention de 1990. La volonté d'y intégrer l'acquis international en matière de prévention et de lutte contre le blanchiment est évidente, particulièrement en ce qui concerne les recommandations du GAFI. En revanche, bien que l'article 2 invite les Etats à prendre les mesures nécessaires pour être en mesure d'appliquer le dispositif mis en place au financement du terrorisme, les dispositions examinées jusqu'ici demeurent essentiellement destinées à lutter contre le blanchiment au sens classique du terme et accordent peu d'intérêt par exemple aux biens d'origine licite usés pour le financement du terrorisme<sup>419</sup>.

### **(7) Conclusion de synthèse : confisquer les biens des criminels et identifier ceux destinés aux terroristes**

**199.** Il découle des instruments analysés que la confiscation doit permettre de priver le délinquant des instruments, des produits ou de bien de valeur équivalente – selon que l'Etat applique la confiscation de biens ou de valeur – des biens en lesquels les produits ont été convertis ou transformés, de la valeur que représentent les produits présumés qui auraient été mêlés à des biens acquis légitimement, ainsi que des revenus tirés de l'ensemble de ces biens. En matière de financement du terrorisme sont en outre visés les biens, qu'ils soient d'origine licite ou illicite, utilisés ou destinés à être utilisés pour financer un acte ou un groupe terroriste, quel que soit leur usage effectif.

**200.** Le gel et la saisie de biens soumis à confiscation en raison de leur origine criminelle ou de leur destination terroriste, ont toujours pour objectif de permettre leur confiscation effective, au terme de la procédure judiciaire. Dans ce cadre, les Etats sont encouragés depuis l'adoption

---

<sup>416</sup> Il est remarquable que contrairement à la Convention de Varsovie, les Conventions de New York (art. 18), de Palerme (art. 7) et de Mérida (arts. 14 et 52), qui prévoient également la mise en œuvre de mesures préventives du blanchiment ou du transfert de biens inspirées des recommandations du GAFI, se refusent à le citer expressément.

<sup>417</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 118. Il s'agit des obligations suivantes : « identification et de vérification d'identité du client, identification du bénéficiaire effectif, obligations de déclarations des transactions suspectes, conservation des données, formation du personnel et dispositifs de contrôle interne, et surveillance du respect des mesures anti-blanchiment, détection des transferts transfrontaliers significatifs d'espèces ». Voy. également sur cet article GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., p. 190.

<sup>418</sup> *Rapport explicatif 2005*, n° 122.

<sup>419</sup> En ce sens, GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., p. 188.



de la Convention de Vienne à autoriser le renversement de la charge de la preuve relativement à l'origine licite ou non des choses suspectées de constituer des produits et des instruments. La Convention de Varsovie l'impose d'ailleurs en matière d'infractions graves. Nous avons néanmoins montré que cette obligation était de portée limitée, étant donné que les Etats peuvent refuser d'appliquer la convention sur ce point, et qu'il leur appartient de définir ce concept. Cette même convention invite en outre pour la première fois, les Etats à prévoir des confiscations obligatoires, notamment lorsqu'il n'existe pas de victime à indemniser des suites de l'infraction, ou qu'il en existe un grand nombre dont l'identité demeure inconnue.

**201.** Les dispositions relatives à la confiscation ont peu évolué depuis les Conventions de Vienne et de Strasbourg, hormis en ce qui concerne la gestion des biens saisis. Cette problématique et, dans une moindre mesure celles du renversement de la charge de la preuve du lien entre les choses susceptibles d'être confisquées et l'infraction, du recueil d'informations financières, notamment auprès du secteur bancaire, et du partage de celles-ci, ont en revanche fait l'objet d'importants développements depuis la Convention de New York, notamment sous l'influence du GAFI. Il est intéressant de constater que les conventions les plus récentes renvoient sans équivoque aux travaux de ce dernier, et que la Convention de Varsovie a été pensée pour pouvoir être adaptée en fonction des évolutions des standards internationaux qu'il établit.

**202.** Notre analyse démontre que l'approche sectorielle choisie par l'ONU rend les obligations internationales en matière de saisies et de confiscation extrêmement difficiles à lire. En effet, en matière de recouvrement d'avoirs et de restitution des biens, les Etats ont par exemple des obligations très strictes suivant la Convention de Mérida, qui n'existent pas dans la Convention de Palerme, alors qu'elle traite pourtant également de la corruption. Sur ce point, le Conseil de l'Europe a développé un dispositif plus uniforme. Cependant, les possibilités de formuler des réserves et la grande marge d'appréciation laissée aux Etats dans la mise en œuvre de dispositions pourtant essentielles pour l'économie des conventions rendent peu probable l'émergence d'un droit harmonieux des confiscations.

**203.** Enfin, les droits des personnes affectées par les mesures de gel, de saisie et de confiscation sont globalement très peu développés. Ce constat est particulièrement prégnant dans le cas de la Convention de Varsovie, qui procède à une actualisation complète de la Convention de Strasbourg, mais ne la modifie en rien sur cette question. A l'exception de la Convention de Mérida, la fonction restauratrice de la confiscation est également peu développée, de même que les droits des victimes.

#### **d. Conclusion de synthèse de la section 1 : la confiscation dépassée par le terrorisme ?**

**204.** Depuis la Convention de Vienne, la confiscation constitue, avec l'incrimination du blanchiment, l'outil privilégié par le droit pénal international conventionnel pour lutter contre la criminalité grave. Il faut priver les délinquants des profits réalisés, afin de les dissuader d'agir et de limiter le développement des organisations criminelles. Toutefois, alors que l'ONU privilégie l'adoption de conventions sectorielles (drogues, criminalité transnationale organisée, corruption), au sein desquelles la confiscation est organisée relativement à des infractions

particulières, le Conseil de l'Europe a opté pour une approche transversale, ciblant avant tout les produits, quelle que soit l'infraction principale.

**205.** En dépit de cette différence d'approche, les rédacteurs des conventions élaborées par le Conseil de l'Europe ont veillé à user d'une terminologie semblable à celle des conventions adoptées par l'ONU. Une différence notable néanmoins est apparue de notre analyse : la définition de la confiscation elle-même. En effet, tandis que pour le Conseil de l'Europe, elle ne peut être ordonnée que par un tribunal, l'ONU s'est montrée plus souple en ne faisant pas obstacle à ce qu'elle puisse l'être par une « autre autorité compétente », n'excluant donc pas que la confiscation soit imposée par une autorité administrative par exemple.

**206.** Sur le fond, l'ensemble des instruments analysés tendent à l'intégration dans les ordres juridiques nationaux d'un socle commun de règles permettant la confiscation en nature, ou le cas échéant en valeur, des instruments et des produits, conçus très largement. Dans cette mesure, la coopération internationale sera facilitée et la confiscation pourra être plus efficacement mise en œuvre, en ce compris au plan interne. Les Conventions de Vienne et de Strasbourg comportaient déjà à cet égard les éléments essentiels du droit pénal international contraignant des confiscations pour la Belgique. Les conventions adoptées ultérieurement ont néanmoins permis de mettre l'accent sur des aspects particuliers de la matière comme l'identification des avoirs illicites ou la gestion des biens saisis.

**207.** La problématique du financement du terrorisme s'intègre néanmoins assez mal dans le cadre existant essentiellement pour deux raisons. D'une part, les fonds qu'il convient d'identifier ne sont pas nécessairement d'origine illicite, de sorte que c'est leur destination qu'il importe de déterminer et non leur source. D'autre part et plus fondamentalement, priver le terroriste d'argent ne le fera pas renoncer à ses idéaux et ne le dissuadera donc pas d'agir, mais le conduira vraisemblablement à chercher d'autres sources de financement.

**208.** Cette réalité permet certainement de comprendre pourquoi la confiscation apparaît plus accessoire dans la Convention de New York, qui ne la définit d'ailleurs pas, ou pourquoi la Convention de Varsovie accorde une grande attention à la surveillance des flux financiers, en ce compris ceux destinés à financer le terrorisme, en superposant cette problématique au cadre créé par la Convention de Strasbourg, mais sans véritablement l'y intégrer. En matière de terrorisme, l'argent est en réalité un outil et non une fin en soi.

**209.** Le Chapitre B montrera d'ailleurs que d'autres mécanismes que la confiscation ont été privilégiés par le Conseil de Sécurité pour lutter contre le financement du terrorisme, parmi lesquels le gel préventif des avoirs terroristes joue un rôle majeur.

## **2. La confiscation en droit de l'Union européenne**

**210.** Alors qu'il a rapidement pris des initiatives en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux en adoptant dès 1991 une directive en la matière<sup>420</sup>, il fallut attendre l'action commune 98/699/JAI du 3 décembre 1998 et la décision-cadre 2001/500/JAI du 26 juin 2001 (1) pour

---

<sup>420</sup> Directive n° 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, *op.cit.*

que le législateur de l'Union européenne sa lance timidement dans l'élaboration de son droit des confiscations. L'adoption de la décision-cadre 2005/212/JAI du 24 février 2005 (2) marque ensuite l'émancipation en la matière de l'Union européenne, qui jusque-là s'était en réalité essentiellement bornée à encadrer la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990. Au terme de longues et difficiles négociations, une nouvelle étape fut franchie avec l'adoption par le Conseil et le Parlement de la directive 2014/42/UE (3). Manifestement peu satisfaits du compromis atteint en matière de confiscation sans condamnation préalable, le législateur européen appela néanmoins la Commission à réfléchir sur cette question, ce qui laisse présager une nouvelle initiative à relativement court-terme.

**211.** Nous analysons dans cette section ces différents instruments en suivant la même méthodologie que dans la section précédente, c'est-à-dire en distinguant analyse de leurs création et objectifs (a), de la terminologie employée (b) et des mesures qu'ils imposent aux Etats membres de mettre en œuvre dans leur droit interne (c). Nous proposerons également une conclusion de synthèse pour chacune de ces sous-sections, ainsi qu'une conclusion de synthèse de la section dans son ensemble (d).

**a. Création et objectifs du droit de l'Union européenne des confiscations : rapprocher les droits nationaux pour mieux coopérer**

**212.** Face à un droit des confiscations qui s'est développé suivant la stratégie dite des « petits pas », il nous paraît indispensable de comprendre dans quel contexte et avec quel(s) objectif(s) le législateur européen a agi dans ce domaine. Nous nous intéressons à cette question dans les lignes qui suivent en traitant successivement l'action commune 98/699/JAI et la décision-cadre 2001/500/JAI (1), la décision-cadre 2005/212/JAI (2) et la directive 2014/42/UE (3), avant de proposer une courte conclusion de synthèse (4).

**(1) L'action commune 98/699/JAI du 3 décembre 1998 et la décision-cadre 2001/500/JAI du 26 juin 2001 : pour une application plus harmonieuse de la Convention de Strasbourg**

**213.** Dans le prolongement notamment de « l'adhésion des Etats membres aux principes de la convention du Conseil de l'Europe de 1990 », des *Quarante Recommandations* du GAFI et de la Convention de Vienne, ainsi que d'une série d'instruments législatifs communautaires<sup>421</sup>, le Conseil de l'Union européenne (ci-après « le Conseil ») adopta l'action commune 98/699/JAI<sup>422</sup>.

**214.** Il considérait en effet qu'il était nécessaire de rendre la coopération en matière d'identification, de dépistage, de gel ou de saisie et de confiscation d'avoirs illicites au sein de l'Union européenne plus efficace, en favorisant la compatibilité des pratiques des Etats

---

<sup>421</sup> Not. la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment d'argent, *J.O.*, L 166 du 28 juin 1991, p. 77.

<sup>422</sup> 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, *J.O.*, L 333 du 9 décembre 1998, pp. 1-3.

membres en la matière<sup>423</sup>. Pour ce faire, l'action commune tend à harmoniser la mise en œuvre de la Convention de 1990 « afin d'intensifier la lutte efficace contre la criminalité organisée » (art. 1<sup>er</sup>). Il s'agit donc d'une entrée en matière assez timide de l'Union européenne.

**215.** A l'occasion du Conseil européen de Tampere qui s'est tenu en octobre 1999, les chefs d'Etat européens ont notamment mis l'accent sur la nécessité de lutter contre les « formes graves de criminalité organisée et transnationale »<sup>424</sup>. Ils ont plus précisément privilégié trois axes d'action à l'échelle de l'Union : la prévention, la coopération entre les Etats membres et la lutte contre le blanchiment de capitaux.

**216.** Pour favoriser la coopération, ils estimaient notamment qu'il fallait se concentrer dans un premier temps sur le rapprochement des droits nationaux dans des domaines particuliers de la criminalité

« tels que la criminalité financière (blanchiment d'argent, corruption, contrefaçon de l'euro), le trafic de drogue, la traite des êtres humains, notamment l'exploitation des femmes, l'exploitation sexuelle des enfants, la criminalité utilisant les technologies avancées et la criminalité au détriment de l'environnement »<sup>425</sup>.

**217.** Considérant que le blanchiment d'argent est au cœur même de la criminalité organisée, les dirigeants européens affirmèrent vouloir l'éradiquer partout où il existe et être déterminés à veiller à ce que soient adoptées des mesures concrètes pour dépister, geler, saisir et confisquer les produits du crime<sup>426</sup>, dont

« le rapprochement des dispositions de droit et de procédure en matière pénale sur le blanchiment d'argent (notamment en matière de dépistage, de gel et de confiscation d'avoirs) »<sup>427</sup>.

**218.** La décision-cadre 2001/500/JAI<sup>428</sup> tend à répondre à cet objectif en se fondant sur l'Action commune 98/699/JAI<sup>429</sup>, qu'elle abroge en partie<sup>430</sup>, ainsi que par conséquent sur la Convention de 1990.

---

<sup>423</sup> Action commune Considérant n° 2.

<sup>424</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, *op. cit.* note 8, pt. 40.

<sup>425</sup> *Ibid.*, pt. 48.

<sup>426</sup> *Ibid.*, pt. 51.

<sup>427</sup> *Ibid.*, pt. 55. La confiscation semble ainsi perçue comme une composante de la lutte contre le blanchiment de capitaux, alors qu'il s'agit en réalité d'un outil complémentaire à notre sens.

<sup>428</sup> 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, *J.O.*, L 182 du 5 juillet 2001, pp. 1-2.

<sup>429</sup> BORGERS, M. J., « Confiscation of the proceeds of Crime: The European Union Framework », in KING, C. et WALKER, C., *Dirty Assets. Emerging Issues in the Regulation of Criminal and Terrorist Assets*, Farnham, Ashgate, 2014, pp. 27-45, p. 31.

<sup>430</sup> Décision-cadre 2001/500/JAI, art. 5.

## **(2) La décision-cadre 2005/212/JAI du 24 février 2005 : Une législation européenne claire est nécessaire pour garantir une coopération efficace entre les États membres en matière de confiscation**

**219.** En dépit des instruments internationaux, tel la Convention de Strasbourg de 1990, et européens existants, le Royaume du Danemark a considéré qu'il était

« indispensable qu'un instrument de caractère horizontal fixe sans ambiguïté quelles sont les obligations qui incombent dès à présent aux États membres en matière de confiscation »<sup>431</sup>.

Dans ce cadre, il avait pour objectif de renforcer la réglementation des États membres en matière de confiscation afin de s'assurer que les criminels soient privés des bénéfices tirés de leurs activités illicites, et d'ainsi « affirmer le principe selon lequel le crime ne paie pas »<sup>432</sup>. Il a donc soumis une initiative à cette fin le 13 juin 2002<sup>433</sup>.

**220.** Les considérants de la décision-cadre 2005/212/JAI adoptée au terme du processus législatif<sup>434</sup> mettent également en évidence le fait que la coopération transfrontière en matière de confiscation n'est pas satisfaisante

« puisqu'un certain nombre d'États membres ne sont toujours pas en mesure de confisquer les produits de toutes les infractions passibles de peines privatives de liberté d'une durée supérieure à un an »<sup>435</sup>.

Cette nouvelle décision-cadre vise donc à

« 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 » (considérant 10).

**221.** On ne peut dès lors que souscrire à l'analyse de la Cour de justice lorsqu'elle affirme que la décision-cadre est un

« acte visant à obliger les États membres à mettre en place des règles minimales communes de confiscation des instruments et produits en rapport avec des infractions pénales, en vue de faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires de confiscation adoptées dans le cadre de procédures pénales »<sup>436</sup>.

**222.** Le Conseil indique que ce nouvel outil est associé à une autre proposition danoise de décision-cadre sur la reconnaissance mutuelle dans l'Union européenne des décisions relatives à la confiscation des produits du crime et au partage des avoirs (considérant 10)<sup>437</sup>, qui aboutira à l'adoption de la décision-cadre 2006/783/JAI du 6 octobre 2006<sup>438</sup>.

---

<sup>431</sup> Voy. *la note explicative de l'initiative*, doc. du Conseil 9956/02 ADD 1, p. 4.

<sup>432</sup> *Ibid.*

<sup>433</sup> *J.O.*, C 184 du 2 août 2002 p. 3.

<sup>434</sup> 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, *J.O.*, L 65 du 15 mars 2005, p. 49 et s.

<sup>435</sup> *Ibid.*, considérant 9.

<sup>436</sup> C.J.U.E., arrêt *Agro in 2001* du 19 mars 2020, C-234/18, ECLI:EU:C:2020:221, § 56.

<sup>437</sup> Pour la proposition, voy. *J.O.*, C 184 du 2 août 2002, p. 8.

<sup>438</sup> Décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, *J.O.*, L 328 du 24 novembre 2006, p. 59 et s.

**223.** L'objectif principal du Conseil demeure donc de faciliter la coopération intra-européenne. A la différence de ses initiatives antérieures, il semble néanmoins vouloir s'émanciper des conventions internationales existantes.

**(3) La directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 : refondre le droit des confiscations pour plus de cohérence et d'efficacité**

**224.** Nous avons déjà souligné qu'aucune initiative n'avait été prise sur le plan législatif entre 2007 et 2012 en matière de confiscation par l'Union européenne. Cette problématique n'était toutefois pas absente des discussions menées au sein de ses instances, au contraire. Plusieurs programmes adoptés au cours de cette période le démontrent. Ils ont nourri la réflexion de la Commission lors de l'élaboration de la proposition de directive concernant le gel et la confiscation publiée en mars 2012<sup>439</sup> et méritent donc que nous nous y attardions (a). Ensuite, nous examinerons les objectifs poursuivis par la proposition de directive formulée par la Commission (b), et enfin ceux finalement retenus par la directive (c).

**(a) Unanimité entre la Commission, le Conseil et le Parlement : le droit européen des confiscations doit être repensé pour mieux lutter contre le crime**

**225.** Dans une communication du 20 novembre 2008 intitulée « Produits du crime organisé. Garantir que "le crime ne paie pas" »<sup>440</sup>, la Commission s'attachait à identifier les faiblesses du cadre législatif de l'Union européenne (p. 4 et 5). Selon elle, bien que la décision-cadre 2001/500/JAI ait été valablement transposée, des difficultés se posent toujours en matière de coopération, et de rapprochement des législations internes comme l'exigeait pourtant la décision-cadre 2005/212/JAI. Le manque de clarté de cette dernière et la trop grande marge de manœuvre laissée aux Etats membres en matière de pouvoirs de confiscation élargis mènerait en outre à une limitation de la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation. Le « manque de coordination » entre les critères régissant la confiscation élargie et les dispositions relatives à la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation constitue ainsi selon la Commission un véritable frein à la reconnaissance mutuelle. Enfin, la décision-cadre 2006/783/JAI relative à la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation<sup>441</sup> ne porte que sur les décisions de confiscation ordonnées dans le cadre d'une procédure pénale, de sorte que les décisions de confiscation rendues au terme de procédures civiles ou fiscales ne sont pas nécessairement appliquées dans tous les Etats membres. Or, selon la Commission, il s'agit d'un problème important vu l'utilisation croissante, notamment dans les pays de *common law*, de tels mécanismes pour lutter contre le crime organisé.

**226.** Au vu de ces difficultés, la Commission appelle à une « refonte » du cadre juridique européen en matière de confiscation (p. 6), ainsi qu'à l'adoption de nouvelles normes

---

<sup>439</sup> Document COM/2012/085 final - 2012/0036 (COD) du 12 mars 2012. Sur cette proposition, voy. BOUCHT, J., « 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 », *EJCL*, 2013, pp. 127-162.

<sup>440</sup> Il s'agit du document COM(2008) 766 final.

<sup>441</sup> *J.O.*, L 368 du 24 novembre 2006, p. 59 et s.

permettant d'accroître les possibilités de confiscation (p. 6). Elle soumet à cet égard différentes « idées » issues de ce qui se pratique dans les Etats membres (p. 6 à 8). Premièrement, l'introduction de possibilités d'ordonner des confiscations sans condamnation préalable, c'est-à-dire confiscations civiles<sup>442</sup>, reposant sur un renversement de la charge de la preuve. Deuxièmement, la création d'une « nouvelle infraction pénale pour détention d'avoirs 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 » (p. 7).

Contrairement à la confiscation civile, la procédure serait ici engagée devant un tribunal pénal et n'impliquerait pas que la charge de la preuve soit « totalement renversée » (p. 7). Troisièmement, garantir la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation « même lorsque ces décisions sont fondées sur des procédures qui ne sont pas applicables dans l'État d'exécution » (p. 7). Quatrièmement, la confiscation obligatoire pourrait être appliquée en cas de condamnation pour un plus grand nombre d'infractions graves, sur base le cas échéant de la liste d'infractions visées en matière de confiscation élargie (p. 8). Cinquièmement, la Commission préconise d'interdire aux autorités compétentes des Etats membres de pouvoir se retrancher derrière le secret bancaire pour refuser de coopérer entre elles (p. 8)<sup>443</sup>.

**227.** Selon la Commission, la coopération internationale est également indispensable pour parvenir à confisquer les produits du crime. Les organisations criminelles agissent en effet sur un plan mondial. Elle constate toutefois que les « instruments européens existants n'abordent pas suffisamment cette question » (p. 11). Plusieurs dispositions importantes des conventions internationales visant à promouvoir une telle coopération n'y sont de surcroît pas incorporées. Elle affirme par conséquent qu'elle « poursuivra ses efforts afin d'obtenir que l'Union et ses Etats membres ratifient et mettent en œuvre ces conventions sans tarder » et qu'elle encouragera les pays tiers à faire de même (p. 11). La Commission considère à cet égard, faisant référence aux travaux du GAFI et à la Convention de Varsovie, que des accords de partage des avoirs

---

<sup>442</sup> La Commission donne trois exemples de situations dans lesquelles un tel mécanisme pourrait être utilisé : « i) lorsqu'il est soupçonné que les avoirs concernés sont le produit de graves infractions, compte tenu de leur disproportion par rapport aux revenus déclarés de leur propriétaire et du fait que celui-ci entretient habituellement des contacts avec des personnes connues pour leurs agissements criminels. 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 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 ;

ii) lorsque la personne soupçonnée de certaines infractions graves est décédée, en fuite depuis un certain temps ou ne peut, pour tout autre motif, faire l'objet de poursuites ;

iii) dans certains cas, lorsque de l'argent liquide est saisi par les autorités douanières en violation du règlement communautaire relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté<sup>14</sup>. Une décision administrative pourrait habiliter ces autorités à retenir les sommes d'un montant supérieur à 10.000 EUR qui n'ont pas été déclarées à l'entrée dans l'Union européenne ou à la sortie de l'Union européenne. Cependant, si ces sommes doivent être confisquées (par exemple, en tant que produit d'une opération d'évasion fiscale), une décision de justice est nécessaire en dernier ressort. Le fait que l'évasion fiscale n'est pas poursuivie au pénal dans tous les Etats membres constitue peut-être un nouvel argument en faveur de la confiscation civile ».

<sup>443</sup> Cette proposition se fonde sur le deuxième protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (*J.O.*, C 221 du 19 juillet 1997, p. 12).

« englobant la confiscation en valeur, de même qu'une diffusion des meilleures pratiques » pourraient favoriser une coopération plus proactive avec les pays tiers. Elle souligne d'ailleurs que le GAFI et la Convention de 2005 du Conseil de l'Europe vont en ce sens et qu'elle pourrait également agir en ce sens.

**228.** La Commission achève sa note en évoquant des « mesures d'accompagnement non législatives » qui devraient être prises (p. 11 et 12). Il s'agit de mettre des registres centralisés nationaux à disposition des autorités compétentes en matière de recouvrement d'avoirs, de renforcer les enquêtes financières et l'analyse criminelle financière ainsi que d'établir des statistiques périodiques et comparables en matière de confiscation et de gel d'avoirs.

**229.** La conclusion de la Communication consiste en l'énonciation de « dix priorités stratégiques », parmi lesquelles figurent :

« (1) Une refonte du cadre juridique européen permettrait d'en renforcer la clarté et la cohérence, ainsi que d'élargir les concepts juridiques existants et d'introduire de nouvelles dispositions.

(...)

(3) Les obstacles pratiques entravant les procédures de confiscation dans les États membres devraient être supprimés. La Commission et les États membres se concerteront sur la base d'une étude de la Commission évaluant l'efficacité des pratiques nationales à la fin 2008, en vue de promouvoir des pratiques ayant prouvé leur efficacité au niveau national.

(...)

(7) Un programme européen commun de formation des enquêteurs financiers pourrait être élaboré et mis en œuvre de manière prioritaire. Les États membres devraient envisager d'augmenter les ressources consacrées à l'analyse criminelle financière et aux enquêtes financières au niveau national.

(...)».

**230.** Au lendemain de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le Conseil européen adopta pour sa part le programme de Stockholm « une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens »<sup>444</sup>. Parmi les priorités stratégiques des dirigeants européens, figure celle de mieux lutter contre la criminalité organisée et la grande criminalité (pt. 4.4), notamment dans sa dimension « criminalité économique et corruption » (pt. 4.4.5). A cette fin, entre autres mesures et rejoignant la Communication de la Commission précitée, le Conseil européen appelle les États membres et la Commission à

« rendre la confiscation des avoirs des criminels plus efficace et renforcer la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs » ;

« identifier les avoirs des criminels de manière plus efficace et [à] les saisir et, si possible, d'envisager de la mettre à nouveau en circulation lorsqu'ils ont été trouvés dans l'espace commun de l'Union » ;

« mobiliser et [à] coordonner les sources d'information en vue de repérer les transactions suspectes en espèces et de confisquer les produits du crime conformément à la convention du Conseil de l'Europe de 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation

---

<sup>444</sup> Il a été adopté par le Conseil lors de sa réunion des 10 et 11 décembre 2009, *J.O.*, C 115 du 4 mai 2010, p. 1 et s.



des produits du crime, par exemple en adoptant une législation déterminant si les fonds sont légitimes ou non ».

**231.** Quelques mois plus tard, le Conseil adopta des conclusions consacrées spécifiquement à la confiscation et au recouvrement des avoirs<sup>445</sup>. Elles comportent des recommandations à destination des Etats membres exclusivement d'une part et des Etats membres et de la Commission d'autre part. Relevons dans cette seconde catégorie, les invitations à

- examiner, en se fondant sur de nouvelles études, des moyens pour reconnaître la confiscation sans condamnation – au sens de la Convention de 2005 du Conseil de l'Europe –, dans les Etats membres qui ne disposent pas de tels systèmes, et pour y appliquer des décisions de confiscation sans condamnation préalable ;
- apporter une aide aux juridictions qui appliquent la confiscation sans condamnation préalable ;
- améliorer la mise en œuvre de la législation existante ou la modifier afin de parvenir à des régimes plus efficaces de dépistage et de gel d'avoirs, de confiscation des avoirs des tiers et de confiscation élargie ;

**232.** La stratégie de sécurité intérieure adoptée début de l'année 2010 par le Conseil<sup>446</sup>, sous la présidence espagnole, n'aborde pas la question de la confiscation. Cependant, le plan élaboré par la Commission pour la mettre en œuvre<sup>447</sup> fait de la confiscation des avoirs criminels l'une des actions à adopter en vue d'atteindre son premier objectif : « perturber les réseaux criminels internationaux » (p. 5 à 7). La Commission affirme en effet que

« pour lutter contre les incitations financières qui motivent les réseaux criminels, les États membres doivent tout faire pour saisir, geler, gérer et confisquer les avoirs d'origine criminelle et veiller à ce qu'ils ne soient pas récupérés par ces réseaux » (p. 6).

Elle annonce par conséquent qu'elle présentera l'année suivante une proposition législative destinée à

« durcir le cadre juridique de l'Union européenne en matière de confiscation, notamment en autorisant davantage la confiscation des avoirs de tiers<sup>448</sup> et la confiscation élargie<sup>449</sup>, et en facilitant la reconnaissance mutuelle, entre les États membres, des décisions de confiscation sans condamnation » (p. 6).

Enfin, elle annonce la communication de bonnes pratiques pour éviter que les groupes criminels puissent récupérer les avoirs confisqués remis en circulation (p. 6).

---

<sup>445</sup> Voy. les conclusions du Conseil sur la confiscation et le recouvrement d'avoirs dans le document 7769/3/10 du Conseil.

<sup>446</sup> Conseil, *Stratégie de sécurité intérieure pour l'Union européenne* : « Vers un modèle européen de sécurité », doc. 5842/2/2010.

<sup>447</sup> Document COM(2010) 673 final du 22 novembre 2010 intitulé « La stratégie de sécurité intérieure de l'Union européenne en action: cinq étapes vers une Europe plus sûre ».

<sup>448</sup> Elle précise qu'elle vise « la confiscation d'avoirs qui ont été cédés à des tiers par une personne faisant l'objet d'une enquête ou condamnée » (p. 7, note 12).

<sup>449</sup> C'est-à-dire, suivant la Commission, « la possibilité de confisquer des avoirs au-delà des produits directs d'une infraction, si bien qu'il est inutile d'établir une relation entre les avoirs présumés d'origine criminelle et une infraction précise » (p. 7, note 13).

**233.** Dans sa résolution du 25 octobre 2011 sur la criminalité organisée dans l'Union européenne<sup>450</sup>, le Parlement européen affirme, à l'instar de la Commission, que l'identification, le gel, la saisie et la confiscation des avoirs criminels doivent être au cœur de la lutte contre la criminalité organisée (pt. D). Or,

« le cadre normatif qui existe actuellement au niveau de l'Union ne semble offrir qu'une base insuffisante pour garantir une véritable action de lutte permettant de traiter le problème ».

Il est donc nécessaire d'agir sur le plan législatif pour favoriser

« la confiscation dite élargie et l'action sur les biens détenus par des prête-noms, qu'il s'agisse d'individus ou d'organisations » (pt. D).

La réutilisation des avoirs confisqués à des fins sociales encouragerait également

« une attitude positive concernant les stratégies de lutte contre la criminalité organisée » (pt. D).

Ces avoirs pourraient en effet de la sorte être perçus comme des ressources et non seulement comme des biens dont les organisations criminelles ont été privées. Le Parlement invite par conséquent la Commission

« à présenter, dès que possible, une proposition-cadre de directive exhaustive sur la procédure de saisie et de confiscation des produits du crime (...) et demande donc à la Commission européenne, tout en observant l'obligation de respecter les droits fondamentaux consacrés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la convention européenne des droits de l'homme :

- d'élaborer des normes pour l'utilisation efficace d'instruments telles que la confiscation élargie et la confiscation sans condamnation ;
- d'élaborer des normes en matière d'allègement de la charge de la preuve après la condamnation d'une personne pour infraction grave (y compris pour une infraction liée au crime organisé) en ce qui concerne l'origine des biens en sa possession ;
- d'encourager l'introduction, dans les systèmes nationaux, d'instruments permettant d'alléger, sur le plan du droit pénal, civil ou fiscal, la charge de la preuve concernant l'origine des avoirs détenus par une personne reconnue coupable d'une infraction liée à la criminalité organisée ;
- d'insérer dans sa proposition des normes qui autorisent la saisie et la confiscation en cas d'enregistrement de biens au nom de tiers; (...)» (pt. 8).

**234.** En ce qui concerne les tiers, le Parlement demande également à la Commission de veiller à ce que le comportement des « prête-noms » soit sanctionné puisqu'il vise à empêcher l'application de la saisie ou facilite la commission d'infractions (recel, blanchiment, ...). Dans cette optique, la Commission devrait

« préciser dans ses propositions législatives que le concept de produit du crime, explicité par la convention des Nations unies à Palerme et repris par la décision-cadre 2008/841/JAI, est plus large que le concept de profit » (pt. 8).

Le Parlement encourage encore la Commission à introduire l'infraction d'extorsion parmi celles qui peuvent conduire à une confiscation élargie (pt. 43).

---

<sup>450</sup> Document du Parlement P7\_TA(2011)0459.

**235.** Les institutions européennes étaient, au vu de ce qui précèdent, sur la même longueur d'ondes : l'Union doit faire plus et mieux en matière de confiscation. Il faut renforcer les dispositifs d'identification des produits, étendre le filet de la confiscation et alléger la charge de la preuve de l'illicéité des avoirs suspects (confiscation élargie et confiscation sans condamnation). Le Parlement met en outre en évidence le rôle néfaste que peuvent jouer les tiers à l'infraction en aidant les criminels à cacher les profits qu'ils en ont tirés. Les droits fondamentaux des personnes concernées par les mesures envisagées n'ont quant à eux manifestement pas été au cœur des réflexions.

### **(b) La Commission avait de grandes ambitions**

**236.** La proposition de directive concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne a été publiée en mars 2012<sup>451</sup>. Elle tend à « faciliter la confiscation et le recouvrement par les autorités des États membres des gains tirés de la grande criminalité transfrontière organisée ». Son objectif est plus précisément triple :

- 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 (p. 2).

**237.** Le contexte économique difficile justifierait en outre une réponse rapide des autorités publiques, étant donné qu'il créerait de nouvelles opportunités pour les criminels, alors que lesdites autorités sont en recherche de ressources financières pour répondre au besoin croissant « de services sociaux et d'assistance » (p. 2). Or, bien que difficilement quantifiable en Europe, le produit du crime est globalement extrêmement important selon les Nations Unies puisqu'il représenterait 3,6 % du PIB mondial. La Commission souligne également que les groupes criminels organisés mènent dans un but de lucre toutes sortes d'activités criminelles transfrontières, avant de blanchir et de réinvestir leurs gains dans l'économie légale de pays souvent distincts de ceux où les infractions ont été commises. Il serait donc très difficile de les identifier, bien que leur impact soit très néfaste sur le marché intérieur « en faussant la concurrence avec les entreprises légales et en sapant la confiance dans le système financier » (p. 2). Dans ce contexte, un système efficace d'identification, de gel, de saisie et de confiscation des avoirs criminels est indispensable dans les États membres. Or,

« bien qu'elle soit régie par le droit de l'Union européenne et les 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 » (p. 3).

**238.** La proposition fixe en conséquence

« des règles minimales à l'intention des États membres en ce qui concerne le gel et la confiscation des avoirs d'origine criminelle par les moyens suivants : confiscation en nature,

---

<sup>451</sup> Document COM(2012) 85 final du 12 mars 2012. Sur cette proposition, voy. BOUCHT, J., « 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 », *EJCL*, 2013, pp. 127-162.

confiscation en valeur, confiscation élargie, confiscation en l'absence de condamnation (dans des circonstances bien précises) et confiscation des avoirs de tiers » (p. 4).

Contrairement aux ambitions affichées dans le plan de mise en œuvre de la stratégie de sécurité intérieure précitée, la proposition n'aborde donc pas la problématique de la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation. Elle ne traite pas davantage de la coopération avec les pays tiers. La Commission indique en effet poursuivre sa réflexion en matière de reconnaissance mutuelle. Une proposition de règlement y consacrée et sera finalement publiée en décembre 2016<sup>452</sup>.

**239.** La proposition évoque par ailleurs brièvement le cadre juridique existant. Elle souligne qu'

« exceptées les dispositions concernant la confiscation élargie, le cadre actuel de droit pénal matériel de l'Union européenne s'applique à la confiscation des produits de toute infraction pénale passible d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à un an »,

bien que les instruments juridiques en cause « [aient] été mis au point principalement pour combattre la grande criminalité organisée » (p. 5).

**240.** La Commission précise encore que sa proposition s'inscrit dans « dans une action politique plus large visant à protéger l'économie légale contre l'infiltration par les réseaux criminels », à l'instar des mesures adoptées pour lutter contre la corruption et la fraude au sein de l'Union européenne (p. 5). Elle est en outre conforme avec la législation anti-blanchiment et autres instruments connexes de lutte contre cette problématique développés et mis en œuvre par les autorités européennes. (p. 6).

**241.** Avant d'expliquer et de commenter le texte de la proposition, la Commission consacre quelques développements aux consultations ainsi qu'à l'analyse d'impact auxquelles elle a procédé – en réalité fait procéder – au cours du processus d'élaboration de la proposition. Les consultations ont essentiellement été menées avec des experts au sein du *Camden Asset Recovery Inter-agency Network* (CARIN)<sup>453</sup>, à la lumière des recommandations formulées par le GAFI. Des « avocats de la défense » ont par ailleurs pu exprimer leurs craintes face à l'expansion des « pouvoirs en matière de confiscation élargie, de confiscation en l'absence de condamnation et de confiscation des avoirs de tiers, pour des raisons touchant aux droits fondamentaux » (p. 7). L'analyse d'impact<sup>454</sup>, ayant également impliqué des experts du CARIN, a quant à elle été réalisée, sur base d'un examen des pratiques des Etats membres, en envisageant différents degrés d'intervention de l'Union européenne :

« une option non législative, une option législative *a minima* (corrigeant les défauts du cadre juridique existant de l'Union européenne qui l'empêchent de fonctionner comme le législateur l'entendait) et une option législative *a maxima* (dépassant les objectifs dudit cadre juridique)<sup>455</sup> » (p. 7).

---

<sup>452</sup> Proposition de règlement concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation, doc. 2016/0412 (COD) du 21 décembre 2016.

<sup>453</sup> Sur ce réseau, voy. [www.carin.network](http://www.carin.network) (dernière consultation le 04.04.20).

<sup>454</sup> Voy. le doc. du Conseil 7641/12 ADD 1.

<sup>455</sup> Dans ce cadre, deux sous-options sont analysées, l'une incluant, l'autre excluant, une action en matière de reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation entre États membres.

Au terme de cette analyse, l'option *a maxima* a été privilégiée, étant donné qu'elle aboutit à un renforcement de l'harmonisation des règles nationales en matière de confiscation et d'exécution des décisions. Elle implique en effet la révision des dispositions existantes en matière de confiscation élargie, ainsi que l'introduction de possibilités de confiscations sans condamnation préalable et à l'égard des tiers. Le cadre existant de la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation devrait également être modifié, ce que la Commission ne proposera néanmoins pas comme nous l'avons déjà relevé.

**(c) La directive 2014/42/UE : être capable de  
confisquer tous les biens d'origine illicite au sein de  
l'Union européenne**

**242.** De longues négociations ont eu lieu au sein du Conseil à la suite du dépôt de la proposition de la Commission, proposition qui a également conduit à l'adoption d'un intéressant rapport de la Commission LIBE du Parlement européen<sup>456</sup>. La directive 2014/42/UE du Parlement et du Conseil concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne<sup>457</sup> a d'ailleurs finalement été adoptée le 3 avril 2014, plus de deux ans après le dépôt de la proposition.

**243.** La directive s'ouvre sur le constat suivant lequel les groupes criminels transfrontaliers sont guidés par la recherche de profits, de sorte que les autorités compétentes devraient être en mesure de dépister, geler, gérer et confisquer les produits du crime (considérant 1).

**244.** Pour la Commission LIBE, cette affirmation qui figurait déjà dans la proposition de la Commission, n'était toutefois pas suffisante<sup>458</sup>. Elle considérait en effet que tous les biens d'origine illicite devaient être ciblés – et non seulement les produits du crime – pour que la lutte contre la criminalité organisée soit efficace. Militant manifestement pour une application large de la confiscation, les parlementaires soulignaient en outre que l'appât du gain était le but de la plupart des crimes et non seulement de la criminalité organisée transfrontière.

**245.** Au terme des différents trilogues et autres rencontres informelles<sup>459</sup>, la proposition fut complétée en ce sens. Le premier considérant de directive précise ainsi également que

« la prévention de la criminalité organisée et la lutte contre celle-ci devraient, pour être efficaces, passer par la neutralisation des produits du crime et devraient s'étendre, dans certains cas, à tous les biens provenant d'activités à caractère criminel ».

**246.** Or, comme le précise le considérant 4, il ressort des données – limitées – disponibles que les autorités compétentes ne parviennent à recouvrer qu'une faible part des produits du

---

<sup>456</sup> Doc. du Parlement A7- 0178/2013.

<sup>457</sup> *J.O.*, L 127 du 29 avril 2014, pp. 39 et s. Elle a été légèrement rectifiée le 13 mai 2014, *J.O.*, L 138 du 13 mai 2014, p. 138. Sur cette directive, voy. not. ALAGNA, F., « Non-conviction Based Confiscation : Why the EU Directive is a Missed Opportunity », *Eur J Crim Policy Res*, 2015, pp. 447–461; FERNANDEZ-BERTIER, M., « The confiscation and recovery of criminal property: a European Union state of the art », *op. cit.*, p. 11 et s. ; MONTALDO, S., « Directive 2014/42/EU and social reuse of confiscated assets in the EU: Advancing a culture of legality », *NJECL*, 2015, pp. 195-212 ; SIMONATO, M., « Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A Step Forward on Asset Recovery? », *NJECL*, 2015, pp. 213-228.

<sup>458</sup> Doc. du Parlement A7- 0178/2013, amendement 1, p. 6.

<sup>459</sup> Voy. docs. du Conseil 16861/13 et 6744/14.

crime. La confiscation ne serait pas suffisamment appliquée, bien qu'étant organisée en droit interne et en droit de l'Union européenne. A cet égard, la directive insiste sur les faiblesses de la mise en œuvre nationale des instruments européens existants, notamment en matière de pouvoirs de confiscation élargis et de reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation (considérant 8). Vu le caractère souvent transfrontalier des activités des groupes criminels, la coopération internationale en matière de recouvrement des avoirs et d'entraide judiciaire est pourtant une nécessité (considérant 3).

**247.** La directive tend en conséquence à poser des règles minimales relatives au gel de biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure et à la confiscation de biens en matière pénale (art. 1<sup>er</sup>, § 1) – en modifiant et en étendant les dispositions des décisions-cadres 2001/500/JAI et 2005/212/JAI (considérant 8) – afin de rapprocher les législations nationales et ainsi renforcer la confiance mutuelle et l'efficacité de la coopération transfrontalière (considérant 5). Les Etats membres demeurent naturellement libres d'aller plus loin en vue de confisquer les avoirs d'origine illicite, en ce compris au moyen de procédures de confiscations non fondées sur une condamnation préalable ou de procédures de confiscations menées devant une juridiction non pénale (art. 1<sup>er</sup>, § 2)<sup>460</sup>. Le considérant 13 précise également que la directive ne doit pas empêcher les Etats membres de la mettre en œuvre en ayant recours à des instruments considérés en droit interne « comme des sanctions ou d'autres types de mesures ».

**248.** Le législateur européen a néanmoins voulu que les Etats membres puissent exclure la condamnation à une mesure de confiscation

« dans la mesure où, conformément à leur droit national, une telle mesure constituerait une contrainte excessive pour la personne concernée, sur la base des circonstances de chaque cas particulier qui devraient être déterminantes » (considérant 18)<sup>461</sup>.

Les Etats membres peuvent donc prévoir que la confiscation ne doit pas être imposée lorsqu'elle serait disproportionnée. Cette possibilité doit toutefois être interprétée de manière restrictive, de sorte que les Etats membres

« ne devraient être autorisés à prévoir qu'une confiscation ne peut être ordonnée que dans les cas où cette confiscation placerait la personne concernée dans une situation dans laquelle il lui serait très difficile de survivre » (*Ibid.*).

---

<sup>460</sup> Voy. sur la portée de ce paragraphe, les considérants 5 et 10 ainsi que le doc. du Conseil 14575/12 (p. 8 et note 19) et le doc. du Conseil 15212/12 (p. 5 et 8). Ce second paragraphe est tiré de l'article 3 § 4 de la décision-cadre 2005/212 JAI consacrée à la confiscation élargie qui prévoyait également que les Etats membres pouvaient organiser la confiscation élargie devant des juridictions non pénales. La directive considère ce « principe » de manière bien plus étendue puisqu'il est applicable « horizontally throughout the Directive » (doc. du Conseil 1512/12, note 24).

<sup>461</sup> Certains Etats étaient inquiets du fait que l'ensemble du patrimoine d'une personne puisse être confisqué, en particulier en cas de mise en œuvre de la confiscation par équivalent. Ils souhaitaient par conséquent limiter le nombre de propriétés susceptibles d'être confisquées. Pour répondre à ces inquiétudes, la Présidence du Conseil a proposé d'introduire la garantie que toute mesure de confiscation puisse être soumise à un contrôle de proportionnalité, en soulignant néanmoins qu'en principe les systèmes nationaux comportaient déjà des garanties de ce type (voy. doc. du Conseil 15212/12, note 49).

#### **(4) Conclusion de synthèse : créer un droit commun européen de la confiscation pour faciliter la coopération et confisquer toujours plus**

**249.** L'Union européenne a toujours eu pour ambition de favoriser la coopération entre ses Etats membres en matière de confiscation en rapprochant leur législation. Si l'action commune 98/699/JAI et la décision-cadre 2001/500/JAI n'avaient d'autre objectif que de favoriser une mise en œuvre harmonieuse au sein de l'Union européenne de la Convention de 1990 du Conseil de l'Europe, la décision-cadre 2005/212/JAI et la directive 2014/42/UE aspirent à créer un droit commun européen des confiscations. Plus les droits des Etats membres sont proches en la matière, plus aisément ils pourront coopérer à l'aide des outils spécifiquement élaborés à cette fin.

**250.** Le législateur européen veut ainsi donner (ou imposer) aux Etats membres des outils leur permettant de mieux identifier et rechercher les produits des infractions, afin d'être en mesure de les confisquer (seuls ou ensemble). Ce droit européen des confiscations devrait permettre d'ordonner la confiscation au terme de procédures non nécessairement pénales des produits du crime et plus largement de tout avoir d'origine illicite. Il devrait également conduire, dans certains cas, à un allègement de la charge de la preuve de l'illicéité des avoirs suspectés d'être d'origine illicite.

**251.** Vu l'importance des moyens dont disposent les organisations criminelles transnationales, et le risque corrélatif qu'elles représentent pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice, une politique vigoureuse de confiscation serait en effet indispensable. Encadrer ces mécanismes de confiscation à la portée toujours plus étendue ne paraît en revanche pas avoir été une préoccupation majeure de l'action de l'Union européenne.

#### **b. Terminologie et définitions : l'Union européenne n'a qu'à se laisser guider**

##### **(1) L'action commune 98/699/JAI du 3 décembre 1998 et la décision-cadre 2001/500/JAI du 26 juin 2001 : à l'ombre de la Convention de 1990**

**252.** Ces deux instruments se bornent à préciser que les termes « biens », « produits » et « confiscation » s'entendent au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la convention de 1990 (art. 1<sup>er</sup>, 2 de l'action commune et art. 3, 2 de la décision-cadre).

##### **(2) La décision-cadre 2005/212/JAI du 24 février 2005 : maintenir le cap**

**253.** La décision-cadre 2005/212/JAI s'ouvre sur une série de définitions (art. 1<sup>er</sup>), identiques à celles figurant dans la Convention de 1990<sup>462</sup>.

---

<sup>462</sup> Art. 1.

**254.** Tout d'abord, le terme « produit » désigne tout avantage économique tiré d'infractions pénales. Cet avantage peut consister en tout type de « bien », notion conçue largement, visant les biens corporels, incorporels, meubles, immeubles ainsi que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur le bien. Doit ensuite être considéré comme un « instrument », tous objets employés ou destinés à être employés, de quelque façon que ce soit, en tout ou partie, pour commettre une ou des infractions pénales. Enfin, la « confiscation » est définie comme une peine ou une mesure ordonnée par un tribunal à la suite d'une procédure portant sur une ou des infractions pénales, aboutissant à la privation permanente du bien.

**255.** Aucune définition des termes saisie ou gel n'est néanmoins présente, comme c'était déjà le cas dans la Convention 1990.

### **(3) La directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 : refondre le droit des confiscations sans porter atteinte à des notions bien établies**

**256.** La directive définit plusieurs termes essentiels à l'article 2. Premièrement, un « produit » est

« 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 ultérieure des produits directs et tout autre gain de valeur »<sup>463</sup>.

Deuxièmement, le législateur définit la notion de « bien » comme...

« 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 »<sup>464</sup>.

Troisièmement, est qualifié d' « instrument », le 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 ».

Quatrièmement, une définition large de la confiscation est retenue puisqu'il s'agit de la

« privation permanente d'un bien ordonnée par une juridiction en lien avec une infraction pénale »<sup>465</sup>.

---

<sup>463</sup> Voy. également le considérant 11 qui indique : « Il est nécessaire de clarifier la notion existante de produits du crime afin d'y inclure non seulement les produits directs du crime, mais aussi tous les gains indirects, y compris le réinvestissement ou la transformation ultérieurs des produits directs. Ainsi, les produits peuvent comprendre tout bien, y compris celui qui a été transformé ou converti, en totalité ou en partie, en d'autres biens, et celui qui a été mêlé à des biens acquis légitimement, à concurrence de la valeur estimée des produits qui y ont été mêlés. Ils peuvent aussi comprendre 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 ».

<sup>464</sup> Voy. également le considérant 12.

<sup>465</sup> La Commission avait proposé une définition plus étroite : « une peine ou une mesure ordonnée par un tribunal à la suite d'une procédure portant sur une infraction pénale, aboutissant à la privation permanente du bien ». Au cours des négociations, à la lumière notamment de l'avis du service juridique du Conseil (doc. du Conseil 13688/12, p. 10), il a néanmoins été décidé de « simplifier » la définition en ne limitant pas la confiscation à une « peine ou une mesure » (doc. du Conseil 15212/12, p. 2 et voy. également doc. du Conseil 11369/12, p. 2). Relevons que dans son avis, le service juridique du Conseil a considéré que la confiscation telle que définie dans la proposition de la Commission, même qualifiée de « mesure » en droit interne national, devait être considérée, à la lumière des critères ENGEL, comme une « sanction pénale » au sens de l'article 83 TFUE.



La confiscation ne peut ainsi être ordonnée que par une juridiction et doit avoir un « lien » avec une infraction pénale. Cette définition se rapproche donc de celle retenue par le Conseil de l'Europe dans ses conventions de 1990 et de 2005.

**257.** Enfin, le législateur européen a retenu une définition classique du « gel », très semblable à celle figurant dans les instruments adoptés sous l'égide de l'ONU ou par le Conseil de l'Europe, à savoir :

« 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 ».

#### **(4) Conclusion de synthèse : l'Union européenne parle la même langue que le Conseil de l'Europe**

**258.** Conformément à son objectif d'assurer une coopération efficace entre les Etats membres, l'Union européenne a adopté les définitions figurant déjà dans les instruments du Conseil de l'Europe.

#### **c. Mesures à mettre en œuvre en droit interne**

**259.** Après avoir déterminé le contexte de création et d'évolution du droit européen des confiscations, ainsi que la terminologie qu'il utilise, nous pouvons désormais en mettre en évidence la portée concrète pour les Etats membres. Nous réalisons cet examen en distinguant également l'action-commune 98/699/JAI et la décision-cadre 2001/500/JAI (1), de la décision-cadre 2005/212/JAI (2) et de la direction 2014/42/UE (3), avant de conclure par une brève synthèse (4).

#### **(1) L'action commune 98/699/JAI du 3 décembre 1998 et la décision-cadre 2001/500/JAI du 26 juin 2001 : les infractions d'une certaine gravité doivent entraîner la confiscation des produits et des instruments**

**260.** L'action commune impose aux Etats membre de ne pas exclure l'application de l'article 2 de la Convention de 1990, qui leur impose de prendre les mesures législatives nécessaires pour confisquer les instruments et les produits du crime, en cas d'infractions punies « d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an » (art. 1, 1, a) à moins que ces infractions ne relèvent de la législation fiscale<sup>466</sup> (art. 1.1 *in fine*)<sup>467</sup>.

---

<sup>466</sup> La Convention de 1990 prévoyait quant à elle uniquement un motif de refus de coopération internationale en la matière, voy. l'article 18, 1, d.

<sup>467</sup> Elle leur impose également de pas exclure l'application de l'article 6 de la Convention de 1990, qui leur impose d'incriminer certaines formes de blanchiment de capitaux, « en cas d'infractions graves », qui doivent comprendre « en tout état de cause les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an, ou, dans les états dont le système juridique prévoit pour les infractions un seuil minimal, les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois » (art. 1, 1, b).

**261.** Les Etats membres doivent également veiller, comme l'imposent les articles 2 et 7 de la Convention de 1990, à ce que leur législation permette la confiscation « des biens d'une valeur correspondant » aux produits du crime,

« dans le cadre tant des procédures purement internes que des procédures engagées à la demande d'un autre état membre, y compris des demandes d'exécution d'ordres de confiscation étrangers » (art. 1.2).

L'action commune indique néanmoins que ce type de confiscations peut être exclu « dans les cas de moindre gravité », sans préciser ce que cela signifie concrètement.

**262.** Les Etats membres doivent donc intégrer les obligations contenues à l'article 2 de la Convention de 1990 relatives à la confiscation des instruments et des produits dès lors que l'infraction est punie d'une peine privative de liberté d'une durée maximale supérieure à un an et qu'elle ne relève pas de la législation fiscale. La confiscation de valeur ne peut être exclue que dans les cas de moindre gravité.

**263.** La décision-cadre 2001/500/JAI abroge ces dispositions (art. 5) mais prévoit des obligations très semblables. Elle impose en effet aux Etats membres de permettre la confiscation des instruments et des produits ou des biens dont la valeur correspond à ces produits

« dans la mesure où l'infraction est punie d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an » (art. 1, a)<sup>468</sup>.

Elle se distingue toutefois de l'action commune relativement aux produits d'infractions fiscales puisqu'elle dispose que les Etats membres ne peuvent maintenir des réserves à leur égard qu'

« à la seule fin de leur permettre de procéder à la confiscation de tels produits, tant sur le plan national que dans le cadre de la coopération internationale, sur la base d'instruments de droit national, communautaire et international en matière de recouvrement de créances fiscales » (art. 1, a).

En d'autres termes, une réserve n'est acceptable que si un ou plusieurs autre(s) instrument(s) juridique(s) spécifique(s) permet(tent) de confisquer les produits d'infractions fiscales. En matière de confiscation de valeur, la décision-cadre 2001/500/JAI reprend également une disposition de l'action commune, tout en la précisant. Elle prévoit ainsi que les Etats membres peuvent exclure ce type de confiscation dans les cas où la valeur des produits du crime serait inférieure à 4 000 euros (art. 3).

**264.** Les apports de la décision-cadre 2001/500/JAI en matière de confiscation sont donc en substance assez limités<sup>469</sup>. Hormis, l'obligation d'accorder un degré de priorité équivalent aux

---

<sup>468</sup> Le blanchiment doit en outre être incriminé, conformément à l'article 6 de la Convention de 1990, en cas d'« infraction grave », qui « doivent comprendre en tout état de cause les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an, ou, dans les États dont le système juridique prévoit pour les infractions un seuil minimal, les infractions punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois » (art. 1, b).

<sup>469</sup> L'innovation se situe en réalité en matière de blanchiment puisqu'elle impose un taux de peine maximal non inférieur à quatre années d'emprisonnement en cas de blanchiment des produits d'infractions principales « graves » (art. 2). Aucune réserve à la Convention de 1990 ne peut en outre être formulée relativement à de telles infractions de base (art. 1<sup>er</sup>).

demandes d'entraide d'un Etat étranger ayant pour but la saisie d'avoirs (art. 4), les mesures provisoires sont par ailleurs absentes de la décision-cadre<sup>470</sup>, comme de l'action commune.

**(2) La décision-cadre 2005/212/JAI du 24 février 2005 :  
des pouvoirs de confiscation élargis novateurs mais  
insatisfaisants**

**265.** L'article 2 de la décision-cadre impose aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour être en mesure de procéder à 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 (§ 1<sup>er</sup>). Cette obligation qui figurait déjà, par le truchement de la Convention de 1990, dans les deux instruments analysés ci-dessus, trouve désormais une assise directe dans le droit de l'Union européenne.

**266.** Comme l'a souligné la Cour de justice, la décision-cadre 2005/212 ne régit donc pas la confiscation d'instruments et de produits provenant d'activités illégales qui est ordonnée par une juridiction d'un Etat membre dans le cadre ou à la suite d'une procédure qui ne porte pas sur la constatation d'une ou de plusieurs infractions pénales<sup>471</sup>.

**267.** En matière fiscale, l'article 2, § 2 de la décision-cadre prévoit la possibilité d'appliquer des procédures non pénales pour priver l'auteur des produits de l'infraction<sup>472</sup>, régime dérogatoire différent de celui prévu par ses prédécesseurs. La Cour de justice a récemment indiqué sur renvoi préjudiciel à ce propos que :

« (...) cette disposition se borne à énoncer que, s'agissant des infractions fiscales, les États membres peuvent recourir à des procédures autres que des procédures pénales pour priver l'auteur des produits de l'infraction. Elle ne saurait être interprétée, *a contrario*, comme signifiant que les États membres seraient privés de la possibilité d'instituer des procédures de confiscation autres que des procédures pénales ne se rapportant pas à des infractions fiscales. En effet, une telle interdiction dépasserait la portée des règles minimales instituées par la décision-cadre 2005/212 »<sup>473</sup>.

**268.** Il ressort du rapport de la Commission LIBE<sup>474</sup>, que l'insertion d'un critère de proportionnalité à l'article 2 était souhaitée, « pour éviter que la confiscation n'entraîne une réduction patrimoniale disproportionnée par rapport à l'infraction commise »<sup>475</sup>. Le Conseil ne

---

<sup>470</sup> Il semble que de telles dispositions devaient être intégrées dans des instruments ultérieurs relatifs à la reconnaissance mutuelle, ce qui n'a finalement pas été le cas, sans que la doctrine n'ait pu mettre en évidence les raisons de cette absence... Voy. BORGERS, M. J., « Confiscation of the proceeds of Crime: The European Union Framework », *op. cit.*, p. 31.

<sup>471</sup> C.J.U.E., arrêt *Agro in 2001* du 19 mars 2020, C-234/18, :EU:C:2020:221, § 57.

<sup>472</sup> L'initiative danoise à l'origine du texte ne prévoyait pas une telle exception, voy. *J.O.*, C 184 du 02 août 2002, p. 3.

<sup>473</sup> C.J.U.E., arrêt *Agro in 2001* du 19 mars 2020, C-234/18, EU:C:2020:221, § 59.

<sup>474</sup> Parlement européen, *rapport de Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures*, 7 novembre 2002, doc. A5-0383/2002.

<sup>475</sup> Parlement européen, *Résolution législative du Parlement européen sur l'initiative du Royaume de 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 (10697/2002 – C5-0375/2002 – 2002/0818(CNS))*, doc. P5 TA(2002)0552.

l'a pas suivie sur ce point – ce qu'il n'était certes pas contraint de faire vu la procédure d'adoption de l'époque des actes relevant du troisième pilier.

**269.** L'article 3 est plus novateur et souleva davantage de questions au sein du Conseil<sup>476</sup>. Intitulé « pouvoirs de confiscation élargis », cet article impose à chaque Etat membre d'adopter « au minimum »<sup>477</sup> les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des biens détenus par une personne reconnue coupable d'une infraction

- commise dans le cadre d'une organisation criminelle telle que définie par l'action commune 98/733/JAI<sup>478</sup> et visée par l'une des décisions-cadre qu'il énumère<sup>479</sup>, ou
- relevant de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme<sup>480</sup>,

pour autant que l'infraction en cause,

- lorsqu'elle ne relève pas du blanchiment d'argent, soit passible de sanctions pénales égales à une peine privative de liberté maximale d'une durée d'au moins cinq à dix ans,
- lorsqu'elle relève du blanchiment d'argent, soit passible d'une peine privative de liberté maximale d'une durée d'au moins quatre ans,

et qu'elle soit de nature à générer des bénéfices<sup>481</sup>.

**270.** Si ces critères sont rencontrés, la décision-cadre prévoit que les Etats membres doivent « au moins » mettre en place l'un des trois modèles alternatifs de confiscations suivants (art. 3, § 2).

---

<sup>476</sup> Voy. notamment les questions adressées par la présidence au cours du processus législatif, doc. du Conseil 12816/02.

<sup>477</sup> Ce qui signifie que les Etats membres peuvent aller plus loin et adopter des législations plus sévères, voy. en ce sens, BOUCHT, J., « 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 », *E.J.C.C.L.C.J.*, 2013, 21, pp. 127-162, p. 132 et MAUGERI, A. M., « The criminal sanction against the illicit proceeds of criminal organisations », *N.J.E.C.L.*, 2012, Vol. 3, pp. 257-297, p. 282.

<sup>478</sup> *J.O.*, L 351 du 29 décembre 1998, p. 1.

<sup>479</sup> Il s'agit de 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 (*J.O.*, L 140 du 14 juin 2000, p. 1), 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 (*J.O.*, L 182 du 5 juillet 2001, p. 1), la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains (*J.O.*, L 203 du 1 août 2002, p. 1), 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 (*J.O.*, L 328 du 5 décembre 2002, p. 1), 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 (*J.O.*, L 13 du 20 janvier 2004, p. 44) et 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 (*J.O.*, L 335 du 11 novembre 2004, p. 8). D'autres infractions pourront s'y ajouter, pour autant que cela soit prévu dans l'instrument législatif nouvellement adopté (voy. doc. du Conseil 14090/02, p. 2).

<sup>480</sup> *J.O.*, L 164 du 22 juin 2002, p. 3.

<sup>481</sup> Notons qu'à l'origine, il n'était pas prévu de limiter le champ d'application de cette mesure à des infractions particulières mais uniquement à un seuil minimal de peine, sans distinction liée au blanchiment de capitaux, et à la condition que l'infraction soit génératrice de profits « importants » (voy. l'initiative danoise, *J.O.*, C 184 du 2 août 2002, p. 3). Cette seconde condition était donc plus restrictive que la condition finalement adoptée. Le Parlement avait lui considéré que l'infraction devait avoir généré des profits importants et pas seulement être susceptible de le faire, voy. Parlement européen, *Résolution législative du Parlement européen sur l'initiative du Royaume de Danemark (...)*, op. cit., p. 2.

**271.** Suivant le premier, un tribunal doit pouvoir confisquer les biens dont il est « pleinement convaincu » sur la base d'éléments concrets<sup>482</sup> qu'ils proviennent d'activités criminelles de la personne condamnée, commises au cours d'une période antérieure à la condamnation, qu'il juge « raisonnable » dans les circonstances de l'espèce. Les biens sur lesquels la confiscation s'applique ne doivent donc pas provenir des mêmes activités ou du même type d'activités que celles ayant conduit à la condamnation<sup>483</sup>. Seule compte leur origine illicite.

**272.** Dans le second modèle, l'Etat membre doit rendre possible la confiscation par un tribunal des biens dont ce dernier est « pleinement convaincu, sur la base d'éléments concrets », qu'ils proviennent d' « activités criminelles similaires » à celles ayant conduit à la condamnation et commises au cours d'une période antérieure jugée « raisonnable » suivant les circonstances de l'espèce. A la différence du premier régime de confiscation proposé, les biens doivent provenir d'activités « similaires », sans que le législateur européen ne définisse toutefois comment déterminer cette similarité. Tous les biens d'origine illicite acquis au cours d'une période raisonnable antérieurement à la condamnation ne peuvent donc pas être confisqués.

**273.** Enfin, le troisième modèle proposé permet la confiscation des biens dont la valeur est « disproportionnée par rapport au revenu légal de la personne condamnée » et dont le tribunal est « pleinement convaincu, sur la base d'éléments concrets », qu'ils proviennent « de l'activité criminelle » de la personne en cause. Ce système se rapproche du premier dans la mesure où il s'étend à tous les biens d'origine illicite, quelle que soit l'infraction qui a permis de les acquérir, et non uniquement d'activités criminelles similaires à celle ayant conduit à la condamnation. Il relève toutefois d'une logique distincte<sup>484</sup> des deux précédents, en ce qu'il ne s'agit pas

---

<sup>482</sup> Dans la version française du texte, ce passage n'est pas repris dans le point 2 a), alors qu'il y figure dans les versions anglaise (« *based on specific facts* »), néerlandaise (« *op grond van specifieke feiten* »), italienne (« *sulla base di fatti circostanziati* »), ... où il n'existe aucune distinction à cet égard entre les différents systèmes alternatifs de confiscation élargie proposés sous les litterae a, b et c. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice (voy. not. C.J.C.E., arrêt *Endendijk* du 3 avril 2008, C-187/07, ECLI:EU:C:2008:197, points 23 et 24), « la formulation utilisée dans une des versions linguistiques d'une disposition communautaire ne saurait servir de base unique à l'interprétation de cette disposition ou se voir attribuer, à cet égard, un caractère prioritaire par rapport aux autres versions linguistiques ». Par conséquent, « en cas de disparité entre les diverses versions linguistiques d'un texte communautaire, la disposition en cause doit ainsi être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément ». Nous pouvons dès lors raisonnablement penser que cette omission dans le texte français n'est pas volontaire.

<sup>483</sup> Selon la délégation belge, une telle confiscation était pourtant « impossible » à mettre en œuvre, étant donné que les « principes de la présomption d'innocence et du procès équitable seraient clairement violés » (voy. doc. du Conseil 14209/02, p. 2). Le raisonnement de la délégation belge était le suivant : « Ainsi, par exemple, si une personne, disposant d'un très important patrimoine, est prise en flagrant délit de trafic de drogues, la mesure de confiscation que pourrait ordonner le juge pourrait ne pas se limiter à l'avantage patrimonial qu'aurait rapporté le crime pour lequel la personne a été condamnée, mais aussi aux autres biens s'il y a des éléments concrets que ceux-ci découlent de faits identiques. Il serait en revanche impossible de confisquer des avantages patrimoniaux s'il est soupçonné que ceux-ci proviennent de faits de traite des êtres humains. En effet, dans ce cas, on déclarerait de facto l'intéressé coupable de traite des êtres humains en utilisant le mécanisme de la confiscation élargie à la suite d'une condamnation en raison de faits liés à la drogue. Ceci n'est pas possible car il n'a jamais été condamné pour le délit de traite des êtres humains et a fortiori il n'a jamais pu bénéficier des garanties procédurales qui précèdent une telle condamnation dans le cadre d'un procès équitable ». Il semble qu'aucune autre délégation ne soutenait la même position (voy. doc. du Conseil 14852/02, p. 7, note 4). Comp. avec les conclusions de l'exposé des motifs du projet de loi visant notamment à introduire un article 43<sup>quater</sup> dans le Code pénal, *Doc. parl.*, Ch., 2001-2002, doc. 50-1601/01, spéc. p. 21 et s. ainsi que 44.

<sup>484</sup> BOUCHT, J., « Extended confiscation and the proposed directive on freezing and confiscation of criminal proceeds in the EU (...) », *op. cit.*, p. 133-134

uniquement de déterminer si des biens particuliers proviennent d'activités criminelles antérieures de la personne visée, mais s'il existe plus généralement une disproportion entre les revenus légaux de cette dernière et la valeur de ses biens, disproportion dont des éléments concrets doivent montrer qu'elle découle de la commission d'activités criminelles. Aucune référence n'est ainsi faite à une période raisonnable antérieure. Ce troisième type de confiscations impose donc au juge de réaliser une appréciation globale de la situation patrimoniale de la personne en cause à la lumière de ses revenus légaux. Selon la doctrine, il sera néanmoins généralement plus « simple » pour l'accusation de convaincre un tribunal qu'il existe une disproportion entre la valeur des biens d'une personne et ses revenus réels, qu'un lien entre des biens et une activité criminelle<sup>485</sup>. Cela ne nous paraît néanmoins pas évident, notamment face aux personnes rompues à l'art de la dissimulation de leur patrimoine.

**274.** L'article 3 prévoit en outre que les Etats membres peuvent « envisager » d'adopter les mesures nécessaires pour permettre, dans les mêmes conditions que celles décrites ci-dessus,

« 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 » ou dont elle « perçoit une part importante des gains »<sup>486</sup>.

**275.** Ces trois modèles alternatifs de confiscation impliquent, en dépit de leurs différences, un assouplissement de la charge de la preuve dans le chef de l'accusation<sup>487</sup>, ainsi qu'une restriction corrélatrice à la présomption d'innocence dont bénéficient les personnes en cause. Ils permettent en effet de confisquer des biens acquis avant la condamnation, sans que le ministère public n'ait à prouver qu'ils proviennent de l'infraction déclarée établie par le tribunal. L'accusation devra en effet uniquement démontrer leur origine illicite, en se bornant le cas échéant à mettre en évidence leur valeur disproportionnée par rapport aux revenus légaux de la personne condamnée. Il n'incombe ainsi pas au ministère public de déterminer précisément quelle est l'infraction ayant permis de les acquérir<sup>488</sup> – il devra tout au plus montrer que les biens en cause proviennent d'activités criminelles similaires à celle ayant donné lieu à condamnation. *A fortiori*, il ne doit pas prouver la culpabilité de la personne concernée quant à ces faits<sup>489</sup>. Si les Etats membres décidaient de mettre en œuvre l'article 3 précités, des

---

<sup>485</sup> *Ibid.*

<sup>486</sup> Art. 3, par. 3. Il était prévu à l'origine que les biens du conjoint ou du partenaire de la personne concernée pouvaient également faire l'objet d'une mesure de confiscation élargie pour autant qu'ils n'aient pas été acquis plus de trois ans avant la commission de l'infraction pénale de base, ce qui a été abandonné par le Conseil au profit de ses « associés », notion plus élargie et également utilisée pour viser les personnes par l'intermédiaire desquelles le condamné pourrait contrôler une personne morale. Le Parlement ne s'était pas véritablement opposé à la confiscation élargie aux biens du conjoint/partenaire mais avait précisé qu'il fallait que « s'il est prouvé que ces biens appartiennent à la personne reconnue coupable d'une infraction pénale et que, fictivement, le conjoint ou le partenaire en a la disposition ou en est titulaire », condition qui n'a pas été retenue (Parlement européen, *Résolution législative du Parlement européen sur l'initiative du Royaume de Danemark (...)*, *op. cit.*, p. 2). Notons que dans la note explicative jointe au texte de l'initiative danoise, il est précisé que par « associés », sont à tout le moins visés les conjoints, les enfants, les parents et les frères et sœurs (doc. du Conseil 9956/02 ADD1, p. 9).

<sup>487</sup> Ce qui est conforme à l'un des objectifs de l'initiative danoise, doc. du Conseil 9956/02 ADD 1, p. 4 et p. 6.

<sup>488</sup> En ce sens, BOUCHT, J., « Extended confiscation and the proposed directive on freezing and confiscation of criminal proceeds in the (...) », *op. cit.*, p. 133.

<sup>489</sup> Si tel était le cas, la confiscation élargie perdrait une grande partie de son intérêt.

personnes n'ayant pas fait l'objet d'une condamnation principale pourraient de surcroît subir la confiscation en raison de l'infraction commise par une autre.

**276.** La confiscation élargie n'est toutefois pas obligatoire, de sorte qu'il incombe au tribunal de déterminer au cas par cas s'il convient de la mettre en œuvre lorsqu'il prononce une condamnation du chef d'une infraction répondant aux conditions que nous avons exposées<sup>490</sup>.

**277.** A la différence de l'initiative danoise<sup>491</sup>, la décision-cadre 2005/212/JAI n'indique pas expressément que la personne concernée dispose de la possibilité de démontrer que les biens ciblés par l'accusation ont été acquis au moyen de revenus licites ou que leur valeur n'est pas disproportionnée à ses revenus licites. Elle n'indique pas davantage, comme le souhaitait le Parlement européen, qu'il incombe à l'accusation de démontrer l'origine illicite desdits biens<sup>492</sup>. Elle précise néanmoins que le tribunal doit être « pleinement convaincu sur la base d'éléments concrets » de leur origine illicite, ce qui implique nécessairement que l'accusation lui fournisse les éléments utiles à emporter sa conviction et que la personne visée puisse lui apporter des éléments allant en sens contraire. Il existait d'ailleurs un consensus au cours des négociations à cet égard<sup>493</sup>.

**278.** Comme le relève le professeur MAUGERI, le fait que le tribunal doive être « pleinement convaincu » de l'origine illicite des biens dont il prononce la confiscation, implique en outre

« a high standard of proof such as the criminal standard – that is the full belief of the judge in the civil law systems and "beyond every reasonable doubt" in the common law systems – or, at least, clear and convincing evidence »<sup>494</sup>.

Le ministère public devrait donc prouver au-delà du doute raisonnable l'origine illicite des biens dont il sollicite la confiscation.

**279.** Il n'en demeure pas moins que le troisième modèle de confiscation implique un partage de la charge de la preuve<sup>495</sup> : le ministère public se contentera de prouver qu'il existe une

---

<sup>490</sup> La note explicative de l'initiative allait également en ce sens, doc. 9956/02 ADD 1, p. 7.

<sup>491</sup> Art. 3, par. 4. Dans sa note explicative (doc. du Conseil 9956/02 ADD 1, p. 8), le Royaume du Danemark rappelle la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et plus particulièrement l'arrêt *Philippis c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001 (req. 41087/98), qui impose selon lui une telle solution (voy. §§ 40 et s., spéc. § 43).

<sup>492</sup> Parlement européen, *Résolution législative du Parlement européen sur l'initiative du Royaume de Danemark (...)*, *op. cit.*, amendement 6.

<sup>493</sup> Voy. les « orientations » dégagées au sein du Conseil devant guider les travaux du groupe « droit pénal matériel » à propos de la confiscation élargie. Il ne faisait aucun doute que ce type de confiscation « ne devrait s'appliquer que dans les cas où le ministère public a apporté la preuve que les biens concernés n'ont pas été acquis légalement » (doc. du Conseil 13446/02). Voy. également le document de la Présidence ayant servi de base à ces discussions qui précise, après avoir évoqué divers types d'élargissements possibles du champ de la confiscation, qu'elle se limiterait « conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, aux cas où l'auteur de l'infraction a eu la possibilité de fournir des informations sur l'acquisition des biens et où le tribunal estime que les informations fournies ne permettent pas d'établir avec vraisemblance que les biens ont été acquis de manière licite ou par des moyens licites » (doc. du Conseil 12816/02, p. 6).

<sup>494</sup> MAUGERI, A. M., « The criminal sanction against the illicit proceeds of criminal organisations », *op. cit.*, pp. 281-282. Voy. également en ce sens, BOUCHT, J., « 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 », *op. cit.*, p. 133.

<sup>495</sup> En ce sens, BOUCHT, J., « Extended confiscation and the proposed directive on freezing and confiscation of criminal proceeds in the EU (...) », *op. cit.*, p. 133-134.

disproportion entre les sources légales de revenus du condamné et la valeur de son patrimoine et qu'il incombera à ce dernier de démontrer le contraire. A cet égard, l'Union européenne a donc suivi la direction donnée par le droit pénal international des confiscations qui appelle à un renversement dans certains cas de la charge de la preuve de l'illicéité des avoirs dont la confiscation est envisagée.

**280.** Enfin, il est encore prévu en matière de confiscation élargie que les États membres peuvent recourir à des procédures autres que des procédures pénales pour priver l'auteur de l'infraction des biens en question (art. 3, § 4). Comme nous l'avons déjà relevé, cette possibilité n'est envisagée que pour les infractions fiscales dans le cadre de la confiscation « classique » (art. 2, § 2).

**281.** Deux dispositions de la décision-cadre concernent les droits des personnes concernées par une mesure de confiscation. La première, qui rappelle les Conventions de 1990 et de 2005 du Conseil de l'Europe<sup>496</sup>, leur garantit le bénéfice de voies de recours effectives pour préserver leur droits (art 4). La seconde est une clause générale de sauvegarde des droits fondamentaux et dispose que

« la décision-cadre 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 » (art. 5).

La décision-cadre ne met néanmoins pas cette clause en oeuvre au travers de dispositions spécifiques plus concrètes.

**282.** Il est indéniable que ces pouvoirs de confiscation élargis permettent d'atteindre des biens jusque-là inaccessibles à la confiscation directe en nature ou en valeur puisqu'ils ne reposent pas sur une condamnation du chef de l'infraction dont ils proviennent. Cette extension a pour corollaire l'insertion, pour la première fois, de dispositions – peu précises néanmoins – garantissant le respect des droits fondamentaux des personnes concernées. L'existence de trois modèles distincts, laissant en outre chacun une certaine marge de manœuvre aux États membres, entre en revanche en contradiction avec l'objectif général de l'Union européenne de rapprocher les droits internes de ses membres.

### **(3) La directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 : occasion manquée ou étape marquante du développement du droit européen des confiscations ?**

**283.** La Commission avait pour ambition de refondre le droit des confiscations de l'Union européenne dans cette directive. Bien que le texte finalement adopté n'abroge pas, comme nous le verrons, tous ceux qui l'ont précédé dans leur intégralité, la directive est indéniablement plus riche que ces derniers. La proposition de directive élaborée par la Commission a donné lieu à de longs débats notamment au sein du Conseil mais aussi à la Commission LIBE, qui nous permettront de mieux comprendre la portée de certaines dispositions du texte final.

**284.** Nous débuterons l'analyse de la directive par son champ d'application (a) ainsi que par les garanties procédurales qu'elle reconnaît à toute personne soumise à l'une des mesures

---

<sup>496</sup> Voy. *supra* I, A, 1, c, (2) et (6).



qu'elle définit (b). Nous examinerons ensuite les mécanismes de confiscation fondés sur une condamnation préalable (c) et celui prévu en l'absence d'une telle condamnation (d), avant de nous intéresser à la confiscation dite élargie (e). Des règles particulières sont encore fixées afin de pouvoir confisquer des avoirs de tiers à l'infraction (f). Enfin, nous intéresserons aux dispositions relatives à la détection, l'identification et au gel d'avoirs qui pourraient faire l'objet d'une confiscation future (g et h), ainsi qu'à la gestion de ces biens au cours du processus de confiscation (i).

**(a) Un champ d'application limité aux  
« eurocrimes » susceptible d'évoluer corrélativement  
au développement du droit européen**

**285.** Comme le soulignait la Commission dans la proposition de directive, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a modifié la dévolution des compétences en matière de confiscation et de recouvrement d'avoirs<sup>497</sup>. Etant donné que l'article 83, paragraphe 1, du TFUE constitue la base juridique « principale »<sup>498</sup> de la directive, seuls certains domaines de criminalité peuvent en effet être couverts : le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée. Au cours des négociations préalables à l'adoption de la directive, il a ainsi été plusieurs fois souligné que la directive ne pouvait porter que sur les « eurocrimes »<sup>499</sup>. Le champ d'application de la directive défini à l'article 3<sup>500</sup> est ainsi plus limité que celui des décisions-cadre 2001/500/JAI et 2005/212/JAI.

**286.** Les infractions concernées par la directive sont uniquement celles qui sont couvertes par :

- 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 (...) <sup>501</sup>, remplacée par 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<sup>502</sup> ;
- 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<sup>503</sup> ;

---

<sup>497</sup> Document COM(2012) 85 final du 12 mars 2012, p. 9.

<sup>498</sup> L'autre disposition est l'article 82, § 2 TFUE. Sur la base juridique choisie, voy. également l'avis du service juridique du Conseil, doc. du Conseil 13688/12. Il précise que l'article 82, § 2 TFUE peut uniquement servir de fondement à l'article 8 de la directive portant sur les garanties procédurales (p. 7).

<sup>499</sup> Voy. notamment docs. du Conseil 16556/12 et 17117/12 ainsi que l'avis du service juridique du Conseil, doc. du Conseil 13688/12, p. 11.

<sup>500</sup> A cet égard, voy. SIMONATO, M., « Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A Step Forward on Asset Recovery? », *N.J.E.C.L.*, 2015, pp. 213-228, spéc. p. 220.

<sup>501</sup> *J.O.*, C 195 du 25 juin 1997, p. 1.

<sup>502</sup> *J.O.*, L 198 du 28 juillet 2017, p. 29.

<sup>503</sup> *J.O.*, L 140 du 14 juin 2000, p. 1.

- c) 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<sup>504</sup> ;
- 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<sup>505</sup> ;
- e) la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme<sup>506</sup>, remplacée depuis par la Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme<sup>507</sup> ;
- f) la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé<sup>508</sup> ;
- 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<sup>509</sup> ;
- h) la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée<sup>510</sup> ;
- 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<sup>511</sup> ;
- 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<sup>512</sup> ;
- 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<sup>513</sup> ;

« ainsi que par d'autres instruments juridiques si ceux-ci prévoient spécifiquement que la présente directive s'applique aux infractions pénales qu'ils harmonisent » (art. 3, *in fine*)<sup>514</sup>.

**287.** Bien que limité, le champ d'application de la directive n'est donc pas figé. Il peut être étendu aux actes modifiant ou remplaçant les instruments existants dans les domaines visés à l'article 83, paragraphe 1 TFUE, comme cela a par exemple été le cas en matière de terrorisme et de lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. De nouveaux instruments, s'inscrivant dans le cadre fixé par l'article 83, peuvent également prévoir que la directive s'appliquera aux infractions qu'ils déterminent.

<sup>504</sup> *J.O.*, L 149 du 2 juin 2001, p. 1.

<sup>505</sup> *J.O.*, L 182 du 5 juillet 2001, p. 1.

<sup>506</sup> *J.O.*, L 164 du 22 juin 2002, p. 3.

<sup>507</sup> *J.O.*, L 88 du 31 mars 2017, p. 6.

<sup>508</sup> *J.O.*, L 192 du 31 juillet 2003, p. 54.

<sup>509</sup> *J.O.*, L 335 du 11 novembre 2004, p. 8.

<sup>510</sup> *J.O.*, L 300 du 11 novembre 2008, p. 42.

<sup>511</sup> *J.O.*, L 101 du 15 avril 2011, p. 1.

<sup>512</sup> *J.O.*, L 335 du 17 décembre 2011, p. 1.

<sup>513</sup> *J.O.*, L 2018 du 14 août 2013, p. 8.

<sup>514</sup> Voy. doc du Conseil 14016/12 (p. 3) qui précise l'objectif de ce dernier paragraphe.

**288.** Le caractère plus restreint du champ d'application de la directive a conduit le législateur européen à maintenir certaines dispositions des décisions-cadre 2001/500/JAI<sup>515</sup> et 2005/212/JAI<sup>516</sup> relatives à la confiscation des instruments et produits du crime ou des biens d'une valeur équivalente pour un plus large éventail d'infractions (art. 14)<sup>517</sup>. Tout en maintenant les dispositions précitées, le législateur a abrogé celles qui définissaient les notions de bien, produit, instrument et confiscation, de sorte que seules celles de l'article 2 de la directive sont applicables<sup>518</sup>.

**289.** Il découle de ce qui précède que la directive s'applique à certains types d'infractions, sans qu'il soit nécessaire qu'elles aient *in concreto* un caractère transnational. Ses dispositions ont donc vocation à être mises en œuvre dans des affaires purement internes<sup>519</sup>.

### **(b) Des garanties procédurales transversales renforcées pour certains types de confiscation**

**290.** Pour la première fois en la matière, le législateur européen a établi un cadre général de garanties procédurales au bénéfice des personnes concernées par les mesures qu'elle prévoit, personnes concernées qui doivent de manière générale avoir droit « à un recours effectif et à un procès équitable pour préserver leurs droits » (art. 8.1). L'article 8 énumère ensuite différentes obligations en cas de confiscation, que nous précisons ci-dessous, et en matière de gel, sur lesquelles nous reviendrons lorsque nous traiterons de cette mesure.

**291.** Tout d'abord, toute décision de confiscation doit être « dûment motivée et communiquée à la personne concernée », qui doit jouir de la possibilité de l'attaquer devant un tribunal (art. 8.6)<sup>520</sup>. Sans préjudice des garanties offertes par les directives 2012/13/UE et 2013/48/UE consacrées respectivement au droit à l'information et au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales<sup>521</sup>, la personne concernée doit également disposer de

---

<sup>515</sup> Le considérant quatorze indique à cet égard : « La décision-cadre 2001/500/JAI exige des États membres qu'ils permettent la confiscation des instruments et produits du crime à la suite d'une condamnation définitive et qu'ils permettent la confiscation des biens dont la valeur correspond à celle des instruments et produits du crime. Ces obligations devraient être maintenues pour les infractions pénales ne relevant pas de la présente directive et la notion de produits telle qu'elle est définie dans la présente directive devrait être interprétée de la même manière en ce qui concerne les infractions pénales ne relevant pas de la présente directive ».

<sup>516</sup> L'article 2 imposant à 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, est ainsi maintenu.

<sup>517</sup> Voy. sur cette question C.J.U.E., arrêt *Agro in 2001* du 19 mars 2020, C-234/18, EU:C:2020:221, ainsi que les Conclusions de l'avocat général Mme E. Sharpston, présentées le 31 octobre 2019, ECLI:EU:C:2019:920.

<sup>518</sup> L'essentiel des définitions contenues dans les décisions-cadre 2001/500/JAI et 2005/212/JAI sont ainsi abrogées. La notion de gel n'était pas définie dans ces actes. Voy. également le considérant 14.

<sup>519</sup> Dans le même sens, SIMONATO, M., « Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A step forward on asset recovery », *NJECL*, 2015, pp. 213-228, spéc. 215-216.

<sup>520</sup> Bien que le terme « attaquer » ait été préféré à « interjeter appel » qui figurait dans la proposition de la Commission, le but de la directive est donc de garantir un droit de recours aux personnes subissant une mesure de confiscation. Le choix du terme « attaquer » apparaît dans l'orientation générale du Conseil sans explication autre qu'un point relatif à l'ensemble de l'article 8 : « Sous réserve de certaines modifications, la disposition relative aux garanties est restée largement conforme à la proposition de la Commission » (doc. du Conseil 17117/12, p. 3).

<sup>521</sup> Sur ces directives, voy. notamment RIZZO, A. et WEYEMBERGH, A., « L'Union européenne, acteur incontournable en matière de garanties procédurales : derniers développements législatifs, jurisprudentiels et leur mise en œuvre en droit belge », *R.T.D.H.*, 2018/1, n° 113, pp. 81-125.

« droit d'avoir accès à un avocat<sup>522</sup> pendant toute la procédure de confiscation en ce qui concerne la détermination des produits et instruments afin qu'elles puissent préserver leurs droits » et doit être informée de ce droit (art. 8.7)<sup>523</sup>. Les tiers doivent quant à eux être en mesure de faire valoir leur titre ou le droit de propriété (art. 8.9). De plus, la confiscation ne peut faire obstacle à la réparation du préjudice subi par les victimes (art. 8.10)<sup>524</sup>.

**292.** De manière générale, le considérant 38 indique que la directive « respecte les droits fondamentaux et observe les principes » reconnus par la Charte et la CEDH, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, et qu'elle doit être mise en œuvre dans le respect de ces droits et principes. Bien qu'elle impose aux États de reconnaître aux personnes visées par une mesure de confiscation le droit d'avoir accès à un avocat, ledit considérant affirme que la directive « ne crée aucune obligation pour les systèmes d'aide juridictionnelle des États membres ».

### **(c) La confiscation des instruments et des produits : une invitée surprise**

**293.** La Commission avait choisi de traiter la « confiscation consécutive à une condamnation »<sup>525</sup> et la « confiscation en l'absence de condamnation »<sup>526</sup> dans deux articles distincts. Au terme des négociations au sein du Conseil et avec le Parlement, ces deux types de confiscation, bien que très différentes ont été rassemblées dans un seul article : l'article 4 sobrement intitulé « confiscation » et divisé en deux paragraphes. Le premier paragraphe concerne la confiscation consécutive à une condamnation. Le second est le reliquat de la

---

<sup>522</sup> Notons que le considérant 38 précise à cet égard que la directive « ne crée aucune obligation pour les systèmes d'aide juridictionnelle des États membres ».

<sup>523</sup> La Commission avait quant à elle prévu de reconnaître le droit d'être représenté par un avocat mais uniquement au cours de la procédure de confiscation sans condamnation (proposition de directive, *op. cit.*, art. 8.5). La représentation par un avocat devait être garantie tant pour l'établissement de l'infraction que pour la détermination des produits/instruments. Les États membres avaient rapidement privilégié le droit d'accès à un avocat au droit à la représentation par un avocat, et souhaitait à la lumière de l'avis du service juridique du Conseil, limiter la portée de cette disposition à la détermination des produits et des instruments (doc. du Conseil 14016/12, p. 7 et l'orientation générale du Conseil précitée, art. 8.5). Le Comité LIBE allait dans la même direction (amendement 49). Ce n'est en réalité qu'au moment où un compromis global sur l'ensemble du texte a été trouvé par le Conseil et le Parlement, que le droit d'accès à un avocat a été étendu à toute procédure de confiscation (doc. du Conseil 16861/13).

<sup>524</sup> Il est également précisé en matière de gel qu'une telle décision peut être adoptée en vue d'assurer la restitution future du bien en cause ou pour garantir l'indemnisation du préjudice subi par les tiers (considérant 29).

<sup>525</sup> Voy. la proposition de directive précitée, article 3 : « 1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de tout ou partie des instruments et des produits à la suite d'une condamnation définitive pour une infraction pénale.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour permettre la confiscation de biens dont la valeur correspond à ces produits à la suite d'une condamnation définitive pour une infraction pénale ».

<sup>526</sup> *Ibid.*, article 5 : « 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.

confiscation en l'absence de condamnation, proposée par la Commission, que nous examinerons dans la sous-section suivante.

**294.** En vertu du premier paragraphe, les Etats membres doivent 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 ».

**295.** Il s'agit de la confiscation en nature et de la confiscation de valeur « classiques », déjà présentes dans les instruments adoptés précédemment, à une exception près<sup>527</sup> : la confiscation de biens d'une valeur équivalente à celle des instruments doit également être rendue possible. Cette obligation ne figurait pas dans la proposition de la Commission ou dans l'orientation générale du Conseil. Elle était en revanche préconisée par le Comité LIBE, sans être soutenue par une justification spécifique<sup>528</sup>. Il semble que le Parlement ait obtenu l'ajout de cette obligation au cours des dernières négociations<sup>529</sup>. Co-législateur depuis le Traité de Lisbonne, il ne peut en effet plus être ignoré par le Conseil comme ce fut le cas auparavant au cours des discussions entourant l'adoption de la décision-cadre 2005/212/JAI que nous avons évoquées.

**296.** La précision suivante fut parallèlement formulée dans le considérant 17 :

« Lors de la mise en œuvre de la présente directive en ce qui concerne la confiscation de biens dont la valeur correspond à celle des instruments, les dispositions pertinentes pourraient être applicables lorsque, au vu des circonstances particulières de l'espèce, une telle mesure est proportionnée, compte tenu en particulier de la valeur des instruments concernés. Les États membres peuvent aussi prendre en considération le fait que la personne condamnée est responsable ou non de l'impossibilité de procéder à la confiscation des instruments ainsi que l'étendue de cette responsabilité ».

En l'absence d'explications supplémentaires, nous pensons pouvoir interpréter ce considérant comme une opportunité offerte aux Etats membres d'exclure la confiscation par équivalent des instruments si elle est disproportionnée ou si la personne condamnée n'est pas ou pas pleinement responsable de l'impossibilité de procéder à la confiscation en nature des instruments.

**297.** Le considérant 14 précise encore de manière générale que la confiscation de valeur peut être considérée en droit interne comme une « mesure subsidiaire ou alternative à la confiscation directe »<sup>530</sup>.

**298.** L'article 4, § 1 de la directive constitue, avec les dispositions des décisions-cadre 2001/500/JAI et 2005/212/JAI qui n'ont pas été abrogées, le socle de la confiscation en nature et de valeur au sein de l'Union européenne. Etant donné que l'obligation de permettre la

---

<sup>527</sup> Contrairement à ce qu'indique la version française du considérant 14, sans que cette affirmation ne se trouve dans la version anglaise, la décision-cadre 2001/500/JAI ne l'exigeait pas. La décision-cadre 2005/212/JAI ne l'exigeait d'ailleurs pas non plus.

<sup>528</sup> Doc. du Parlement A7-0178/2013, pp. 20-21 (amendement 29).

<sup>529</sup> Doc. du Conseil 14603/13, p. 12.

<sup>530</sup> Il y eut en réalité des discussions au sein du Conseil quant à l'opportunité de faire de la confiscation de valeur une mesure subsidiaire à la confiscation directe des instruments et produits (doc. du Conseil 11369/12). Cette question a finalement été laissée à l'appréciation des Etats membres comme l'indique le considérant 14.

confiscation de valeur des instruments ne découle que de la directive 2014/42/UE, elle ne porte que sur les infractions qui relèvent de son champ d'application<sup>531</sup>.

**299.** Comme nous l'avons relevé précédemment, bien que nécessairement fondée sur une condamnation pénale définitive préalable, la confiscation ne doit pas nécessairement être ordonnée par une juridiction pénale (art. 1 § 2)<sup>532</sup>. Il est donc envisageable qu'une juridiction civile ou administrative la prononce (considérant 10) sur le fondement d'une condamnation pénale prononcée par une juridiction pénale<sup>533</sup>. Dans ce cadre, la directive ne précise pas le standard de preuve applicable à la détermination de l'assiette de la confiscation.

**300.** La condamnation pénale préalable à la confiscation peut par ailleurs avoir été prononcée par défaut, ce qui n'était pas prévu dans la proposition de la Commission. Il s'agit de l'une des conséquences des longues négociations au sein du Conseil ainsi qu'entre le Conseil, le Parlement et la Commission à propos de la confiscation sans condamnation préalable.

**301.** Rappelons enfin que le législateur européen a voulu que les Etats membres puissent exclure la condamnation à une mesure de confiscation

« dans la mesure où, conformément à leur droit national, une telle mesure constituerait une contrainte excessive pour la personne concernée, sur la base des circonstances de chaque cas particulier qui devraient être déterminantes » (considérant 18)<sup>534</sup>.

Cette possibilité doit toutefois être interprétée de manière restrictive, et ne devrait pouvoir être mobilisée que dans les cas où l'exécution de la confiscation placerait la personne concernée « dans une situation dans laquelle il lui serait très difficile de survivre » (*ibid.*).

#### **(d) Une vraie fausse confiscation en l'absence de condamnation<sup>535</sup>**

**302.** Les discussions autour de la confiscation sans condamnation préalables ont été vives. Pour en suivre le fil, nous nous proposons d'en exposer en différentes phases, au départ de la présentation de la proposition de la Commission (*i*), à savoir les discussions au sein du Conseil (*ii*), la prise de position du Comité LIBE (*iii*) et les discussions qui ont suivi jusqu'au compromis trouvé qui forme le paragraphe 2 de l'article (*iv*). Nous constaterons enfin que le mécanisme de confiscation qui a émergé ne constitue pas une confiscation sans condamnation préalable au sens généralement donné à cette notion (*v*).

---

<sup>531</sup> Ce qui n'interdit naturellement pas aux Etats membres de l'imposer plus largement.

<sup>532</sup> Voy. *supra* I, A, 2, b, (3).

<sup>533</sup> Voy. doc. du Conseil 12618/12, p. 7.

<sup>534</sup> Certains Etats étaient inquiets du fait que l'ensemble du patrimoine d'une personne puisse être confisqué, en particulier en cas de mise en œuvre de la confiscation par équivalent. Ils souhaitent par conséquent limiter le nombre de propriétés susceptibles d'être confisquées. Pour répondre à ces inquiétudes, la Présidence du Conseil a proposé d'introduire la garantie que toute mesure de confiscation puisse être soumise à un contrôle de proportionnalité, en soulignant néanmoins qu'en principe les systèmes nationaux comportaient déjà des garanties de ce type (voy. doc. du Conseil 15212/12, note 49).

<sup>535</sup> Sur cette confiscation, voy. not. ALAGNA, F., « Non-conviction Based Confiscation: Why the EU Directive is a Missed Opportunity », *op. cit.*; RUI, J.P et SIEBER, U., « NCBC in Europe : bringing the picture together », in RUI, J.P et SIEBER, U (ed.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlin, Dunker & Humblot, 2015, p. 276 et s. ; SIMONATO, M., « Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A step forward on asset recovery », *NJECL*, 2015, pp. 213-228

(i) *La proposition de la Commission*

**303.** La Commission proposait d'imposer aux Etats membres de permettre la confiscation des produits et instruments sans condamnation préalable

« 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 » (art. 5 de la proposition de directive) ».

**304.** La Commission précisait que le but de cet article était de « régler les cas dans lesquels il est impossible d'engager des poursuites pénales », de sorte que bien qu'il porte sur « la confiscation afférente à une infraction pénale », il « permet aux Etats membres de choisir la juridiction – pénale et/ou civile/administrative – tenue d'ordonner la confiscation »<sup>536</sup>. Elle affirmait encore que

« les procédures menées sans condamnation permettent de geler et de confisquer un avoir sans que son propriétaire ait été préalablement condamné par un tribunal pénal ».

**305.** Il aurait toutefois été disproportionné selon la Commission d'autoriser une telle mesure dans tous les cas, raison pour laquelle elle n'est possible que dans les circonstances visées sous les points (a) et (b). La Commission indique s'être inspirée des dispositions de la Convention des Nations Unies contre la Corruption (art. 54, § 1, c)<sup>537</sup>, des travaux du GAFI (recommandation n° 3)<sup>538</sup> et des avis exprimés dans un rapport dressé par le groupe de travail Lyon/Rome du G8<sup>539</sup>. Les « praticiens » du CARIN<sup>540</sup> soutiendraient également l'introduction

<sup>536</sup> Proposition de directive, *op. cit.* note 431, p. 12.

<sup>537</sup> Il s'agit de la disposition suivante : « 1. Afin d'assurer l'entraide judiciaire prévue à l'article 55 de la présente Convention concernant les biens acquis au moyen d'une infraction établie conformément à la présente Convention ou utilisés pour une telle infraction, chaque État Partie, conformément à son droit interne : (...)

c) Envisage 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 ».

<sup>538</sup> La Recommandation n°3 (version 2003) dispose notamment à propos de la confiscation « des produits découlant du blanchiment de capitaux ou des infractions sous-jacentes, ainsi que [des] instruments utilisés ou destinés à être utilisés pour commettre ces infractions, ou des biens d'une valeur équivalente » que « les pays peuvent envisager d'adopter des mesures permettant la confiscation de tels produits ou instruments sans condamnation pénale préalable, ou des mesures faisant obligation à l'auteur présumé de l'infraction d'établir 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 ». La Recommandation 4 de la version 2012 des Quarante Recommandations comporte la même invitation.

<sup>539</sup> Rapport final établi à la suite du projet italien intitulé « Confiscation : questions juridiques et coopération internationale (*Confiscation : Legal issues and international cooperation*) » au sein du sous-groupe « Affaires juridiques en matière pénale » [Criminal Legal Affairs SubGroup (CLASG)] du groupe de travail Lyon/Rome du G8. Nous n'avons pas été en mesure de retrouver ce rapport avec ces références citées par la Commission.

<sup>540</sup> Rappelons que le CARIN (Camden Asset Recovery Inter-Agency Network) est un réseau interministériel informel de représentants des forces de l'ordre et de l'autorité judiciaire spécialisés dans le domaine de l'identification de patrimoine, le gel, la saisie et la confiscation. Chaque Etat membre y est représenté par un

d'une telle mesure. Les « avocats de la défense » ont quant à eux exprimé des « préoccupations » à ce sujet, que la Commission indiquait avoir pris « soigneusement » en compte<sup>541</sup>. Elle avait ainsi prévu pour y répondre que la personne dont les biens sont concernés par une telle confiscation soit

« représentée par un avocat pendant toute la procédure, afin que cette personne puisse exercer ses droits de la défense en ce qui concerne tant l'établissement de l'infraction pénale que la détermination des produits et instruments » (art. 8).

Une garantie procédurale particulière était donc prévue, dont l'intérêt paraît néanmoins assez relatif étant donné que c'est le mécanisme de confiscation en tant que tel qui posait question, le droit d'être représenté par un avocat constituant selon nous une problématique distincte.

(ii) *Les négociations au sein du Conseil*

**306.** Les positions des Etats membres étaient partagées<sup>542</sup>. Si bon nombre d'entre eux – sans que le compte-rendu établi par Conseil ne permette de savoir lesquels – soutenaient dans l'ensemble l'introduction de la confiscation en l'absence de condamnation dans la directive, ils soulignaient également la nécessité de maintenir un lien entre la confiscation et les procédures pénales. Ils souhaitaient de surcroît qu'une telle mesure de confiscation ne soit autorisée que dans des circonstances particulières. D'autres Etats membres étaient plus réservés, leur droit ne prévoyant pas la confiscation non précédée d'une condamnation. Certains encore auraient même soutenu l'introduction de mesures plus « ambitieuses », détachées de toute procédure pénale. Ces derniers insistaient en outre sur la nécessité de définir les dispositions relatives à la confiscation sans condamnation de manière suffisamment flexible pour qu'ils soient en mesure de choisir le tribunal – pénal, civil ou administratif – compétent pour l'ordonner. Plus prudemment, quelques Etats appelaient à une définition plus claire des conditions d'application d'une telle confiscation.

**307.** Dans ce contexte, la Présidence chypriote jugea nécessaire de disposer d'informations supplémentaires sur la définition et l'application de la confiscation en l'absence de condamnation dans l'ordre juridique des Etats membres en les interrogeant<sup>543</sup>.

**308.** Il ressort de l'analyse de cette consultation<sup>544</sup> par la Présidence – qui ne précise pas quel Etat membre a donné telle ou telle autre réponse – que le système juridique de la majeure partie des Etats membres prévoit, sous des conditions diverses, la confiscation des produits, voire des instruments, sans condamnation préalable. La nature de cette confiscation varie : peine (« *penalty* »), mesure de sûreté (« *security measure* ») et/ou mesure préventive. Dans la majeure partie de ces Etats, la procédure de confiscation doit être liée à une affaire/des poursuites pénale(s) (« *criminal case/criminal proceedings* »), et peut constituer ou non une part de la condamnation pénale finale. Dans ces Etats, la procédure est le plus souvent – mais pas toujours – menée devant un tribunal pénal. Quelques Etats membres disposent néanmoins d'une

---

enquêteur et un Procureur ou un juge d'instruction en fonction du système légal, expert en la matière. Voy. [www.carin-network.org](http://www.carin-network.org).

<sup>541</sup> Proposition de directive, *op. cit.* note 431, p. 7.

<sup>542</sup> Voy. le doc. du Conseil 8650/12 du 17 avril 2012.

<sup>543</sup> Doc. du Conseil 11771/12. Le questionnaire devait être renvoyé pour le 2 juillet 2012.

<sup>544</sup> La synthèse des réponses aux questions de la présidence chypriote figure dans le doc. du Conseil 12839/12.



procédure de confiscation purement civile, détachée donc de toute procédure pénale. Généralement, ce type de confiscation constitue une procédure *in rem*, mais pas toujours, et peut même dans certains cas changer de nature au cours de la procédure<sup>545</sup>.

**309.** La consultation montre par ailleurs que lorsqu'elle est possible, la procédure de confiscation en l'absence de condamnation ne peut généralement être initiée que si une condamnation ou des poursuites ne sont pas ou plus possibles. Cet état de fait peut néanmoins être lié à une grande variété de circonstances (prescription, minorité du suspect, amnistie, immunité, maladie permanente, trouble mental, fuite, suspension ou abandon des poursuites, plaider coupable, non-consentement de la victime s'il est nécessaire, ...). La mort du suspect rend par exemple dans certains Etats membres toute confiscation impossible, mais permet dans d'autres aux autorités compétentes d'initier une procédure de confiscation en l'absence de condamnation. Dans d'autres Etats membres toutefois, un lien plus ténu avec des poursuites pénales, voire des accusations spécifiques (« *indictment* »), sont requis pour qu'une confiscation en l'absence de condamnation soit possible. Il est de surcroît parfois exigé que les biens de la personne en cause excédant ses revenus légaux atteignent un certain seuil et qu'ils aient été acquis au cours d'une certaine période. En revanche, les Etats membres connaissant la confiscation civile (« *civil forfeiture* ») ne requièrent aucun lien avec des poursuites ou les biens d'une personne. Les Etats membres dont le droit ne permet pas la confiscation sans condamnation, soutiennent en général que des principes constitutionnels pourraient faire obstacle à son introduction, et plus particulièrement la présomption d'innocence et le droit de propriété. Ils invoquent également la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que le principe *ne bis in idem*.

**310.** A la lumière de cette consultation, la Présidence chypriote conclut que le droit de la majeure partie des Etats membres autorisait la confiscation en l'absence de condamnation par un tribunal pénal lorsqu'une condamnation pénale ne pouvait être obtenue ou lorsque les poursuites ne pouvaient plus être menées. Cependant, l'utilisation d'une telle procédure était soumise à une grande variété de conditions, ce qui pouvait constituer un obstacle pour trouver un consensus. Il était par ailleurs nécessaire de permettre aux Etats membres dont l'ordre juridique autorisait la confiscation purement civile ou sans lien étroit avec une procédure pénale de conserver cette approche. Dans ces circonstances, la Présidence estimait que deux voies étaient possibles :

- continuer à négocier sur base de la proposition de la Commission, qui prévoit des règles minimales en la matière dans des circonstances précises ; ou
- chercher à tenir compte des différences mises en évidence par le questionnaire entre les systèmes de confiscation sans condamnation dans les Etats membres, en ne traitant que certains aspects dans la directive :
  - o permettre au minimum la confiscation sans condamnation quand une condamnation ne peut être obtenue ou que les poursuites ne peuvent être conduites ;
  - o déterminer dans le texte ou dans les considérants des circonstances spécifiques dans lesquelles cette confiscation devrait pouvoir être appliquée ;

---

<sup>545</sup> Parfois la nature *in rem* ou *in personam* dépend même uniquement de l'objet de la confiscation.

- prévoir des garanties effectives à l'article 8 ;
- ne pas entraver la possibilité des Etats membres d'aller plus loin en matière de confiscation sans condamnation, en exigeant un lien moins ténu avec des poursuites pénales.

**311.** La présidence Chypriote organisa également une réunion informelle des ministres européens de la justice et de l'intérieur spécifiquement dédiée à la confiscation en l'absence de condamnation, ainsi qu'à la nécessité d'y attacher ou non des garanties procédurales particulières comme le prévoit la proposition<sup>546</sup>.

**312.** Au cours de la même période, le Comité économique et social européen rendit son opinion sur la proposition de la Commission. A l'égard de la disposition proposée de confiscation en l'absence de condamnation, il fit part d'une certaine inquiétude face à l'usage du concept de « maladie permanente du suspect ou de l'accusé » qui « *may open the door to all manner of abuses* »<sup>547</sup>. Il demandait donc le retrait de ce possible fondement d'une procédure de confiscation sans condamnation préalable.

**313.** L'avis du service juridique du Conseil fut également sollicité à propos du caractère approprié de la base juridique choisie<sup>548</sup>, notamment par rapport à la confiscation en l'absence de condamnation. L'avis a été rendu en septembre 2012 et son accès est restreint en ce qu'il traite de cette question. Nous ne sommes pas parvenu à obtenir le droit de le consulter sur ce point en dépit de deux demandes d'accès au Conseil<sup>549</sup>.

**314.** Dès le mois de septembre 2012, suivant la seconde approche évoquée ci-dessus, la Présidence Chypriote proposa un *package* de dispositions relatives à la confiscation sans condamnation préalable visant à offrir « *a more open formulation of the obligation of the Member States* »<sup>550</sup>. Expurgeant l'article de la directive de la référence aux circonstances précises dans lesquelles une telle confiscation pouvait être ordonnée<sup>551</sup> – mort ou maladie permanente et maladie ou fuite couplée au risque de prescription de l'action publique –, la Présidence les intégrait dans l'un des considérants, en indiquant qu'il ne s'agissait que d'exemples. Elle précisait par ailleurs dans la nouvelle version de l'article et dudit considérant que les Etats membres pouvaient opter pour un autre type de confiscation sans condamnation,

<sup>546</sup> La réunion s'est tenue à Nicosie les 23 et 24 juillet 2012.

<sup>547</sup> Opinion du Comité économique et social européen, doc. du Conseil 12704/12, p. 10, n° 4.5.2.

<sup>548</sup> Doc. 11369/12 et l'avis dans le doc 13688/12.

<sup>549</sup> Le Secrétariat général du Conseil a notamment estimé dans une lettre du 2 février 2018 (Réf. 17/2657 et 18/0036-ld/mf) adressée à l'auteur que : « Dans le contexte de la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation entre États membres, il est très probable que la question de savoir si la confiscation en l'absence de condamnation relève ou non du champ d'application de la directive suscite des controverses. Le risque de litiges est par conséquent très élevé. Par ailleurs, la proposition de règlement concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation (COM(2016)819) soulève des questions similaires à celles dont traite l'avis juridique. L'avis juridique figurant dans le document revêt donc un caractère particulièrement sensible et est de vaste portée ». Dans cette mesure, divulguer l'avis du Service juridique pourrait l'affaiblir tant vis-à-vis du Conseil que vis-à-vis des tiers dans l'exercice de ses missions selon le Secrétariat général. L'accès a donc été refusé. Une nouvelle demande d'accès a été réalisée en avril 2020, sans succès.

<sup>550</sup> Doc. du Conseil 14016/12.

<sup>551</sup> Premier paragraphe du texte proposé : « *Each Member State shall take the necessary measures to enable it to confiscate proceeds and instrumentalities without a criminal conviction, following proceedings which could, if the suspected or accused person had been able to stand trial, have potentially led to a criminal conviction (...)* » (doc. du Conseil 14016/12, p. 6).

n'exigeant pas de lien avec des poursuites pénales, comme les « *civil forfeiture proceedings* », ou reposant sur un lien plus lâche que celui imposé par la directive. La Présidence proposait encore d'indiquer que la confiscation devait être possible au terme de poursuites qui auraient « *potentially* » pu conduire à une condamnation si le suspect avait pu assister à son procès<sup>552</sup>. Enfin, au droit d'être représenté par un avocat tout au long de la procédure relative tant à la détermination de la culpabilité que des instruments et produits de l'infraction, était préféré le droit d'avoir accès à un avocat et ce, uniquement dans la phase relative à la détermination des instruments et des produits<sup>553</sup>.

**315.** Tous les Etats membres étaient favorables à la reconnaissance d'un droit d'accès à un avocat plutôt que d'imposer la représentation par un avocat tel que le préconisait la Commission<sup>554</sup>. Plusieurs Etats membres s'interrogeaient néanmoins sur la valeur ajoutée de la proposition de Présidence chypriote du point de vue de l'harmonisation des régimes nationaux de confiscation et d'une reconnaissance mutuelle effective<sup>555</sup>. La Présidence proposa dès lors de réintégrer les circonstances spécifiques d'application de la confiscation proposées par la Commission dans le corps de l'article<sup>556</sup>. Parallèlement, elle proposait d'affirmer sans équivoque, mais uniquement dans un considérant, que les Etats membres étaient libres de disposer également de procédures de confiscations sans condamnation non ou moins liées à une procédure pénale, ne relevant pas de la directive<sup>557</sup>. Elle fit également figurer à l'article 1<sup>er</sup> de la directive l'affirmation selon laquelle les Etats membres étaient libres de déterminer le type de juridiction compétente pour prononcer une confiscation, en ce compris une confiscation sans condamnation préalable<sup>558</sup>. Certains Etats indiquèrent également que leur ordre juridique

---

<sup>552</sup> Second paragraphe du texte proposé : « *This provision is without prejudice to the possibility of the Member States to apply other approaches to non-conviction based confiscation, including civil forfeiture proceedings* » (*Ibid.*).

<sup>553</sup> Art. 8.5 proposé : « *In the cases referred to in Article 5, the person whose property is affected by the decision to confiscate shall have access to a lawyer throughout the proceedings in order to pursue the rights of the person relating to the determination of the proceeds and instrumentalities* » (doc. du Conseil 14016/12, p. 8). Voy. Également à cet égard, le doc. du Conseil 12618/12 (p. 8) qui met en évidence les réticences des Etats membres par rapport à la proposition de la Commission.

<sup>554</sup> Doc. du Conseil 14575/12, p. 7.

<sup>555</sup> *Ibid.*

<sup>556</sup> L'article proposé par la Présidence était le suivant : « *Each Member State shall take the necessary measures to enable it to confiscate proceeds and instrumentalities of a suspected or accused person without a criminal conviction, in or following proceedings which could (...) have led to a criminal conviction of that person in cases where*

*(a) permanent illness of the suspected or accused person prevents any further prosecution; or (b) the illness or flight from prosecution or sentencing of the suspected or accused person prevents effective prosecution within a reasonable time, and poses the serious risk that it could be barred by statutory limitations or (c) the death of the person has led to the unjust enrichment of their successors, unless the Member State has provided for confiscation measures, as set out in Article 3, applicable to these cases.* » (doc. du Conseil 14575/12, p. 21).

<sup>557</sup> Voy. doc. du Conseil 14575/12, p. 21, note 57 ainsi que le considérant 12 figurant dans le doc. du Conseil 14575/12 (p. 13) : « (...) *Provision should be made to enable non-conviction based confiscation in at least some limited circumstances (...). In some other cases Member States have put in place non-conviction based confiscation systems where no link to criminal proceedings is required, such as the civil forfeiture proceedings, or where a more distant link to a criminal case is sufficient in order to start independent confiscation proceedings. Those systems do not fall under the scope of this Directive. However, Member States are free to apply such non-conviction based confiscation approaches in addition to the non-conviction based confiscation regime provided in this Directive* ».

<sup>558</sup> Doc. du Conseil 14575/12, pp. 8 et 16. Cette affirmation figurait antérieurement dans la disposition relative à la confiscation élargie.

permettait de mener des poursuites *in absentia* en cas de fuite ou de maladie, de sorte qu'une confiscation fondée sur une condamnation pouvait être prononcée dans ces cas. La Présidence affirma à cet égard qu'il était clair que les Etats membres n'étaient liés par l'obligation de permettre la confiscation sans condamnation dans les circonstances visées par la directive, que si une confiscation basée sur une condamnation préalable n'était pas possible<sup>559</sup>. Elle proposa d'inscrire ce principe dans l'article discuté. Par ailleurs, tout en conservant la mort des suspects/accusés comme circonstance justifiant la mise en œuvre de la confiscation sans condamnation, la Présidence proposa de préciser qu'il fallait qu'elle ait conduit à « *the unjust enrichment of their successors* »<sup>560</sup>. Enfin, contrairement à ce que certains Etats membres demandaient, la Présidence ne proposa pas de limiter davantage le champ d'application de la confiscation en imposant qu'une condition supplémentaire, telle qu'un seuil de peine ou un certain profit économique, soit remplie à l'instar de ce qui était discuté à propos de la confiscation élargie<sup>561</sup>.

**316.** Cette disposition constituait l'un des points de discussion essentiels pour obtenir un accord des Etats membres sur l'ensemble de la directive<sup>562</sup>. La Présidence y accorda par conséquent beaucoup d'intérêt. A ce moment des négociations, elle cherchait à concilier la volonté de certains Etats de parvenir à une disposition flexible ne préjudiciant pas leur conception nationale de ce type de confiscation d'une part, et celle de parvenir à un certain niveau de rapprochement des régimes nationaux d'autre part<sup>563</sup>. Elle s'appuyait sur les principes suivants pour mener les discussions :

- les biens d'origine illicite doivent être confisqués ;
- cet objectif doit être une règle minimum dans les hypothèses où les poursuites ne peuvent effectivement pas être menées à l'encontre d'une personne, hypothèses précisées dans la directive ;
- il peut être rencontré par l'utilisation de la confiscation avec ou sans condamnation et les Etats peuvent soumettre les procédures de confiscation sans condamnation au tribunal de leur choix, conformément à leur droit national.

**317.** Sur ces fondements, la Présidence proposa encore une nouvelle version de la disposition discutée<sup>564</sup>. Les trois circonstances spécifiques ouvrant la possibilité de mettre en œuvre cette confiscation, qui figuraient dans la proposition de la Commission, y étaient réintégrées :

- la maladie permanente du suspect/accusé qui empêche les poursuites ou leur continuation ;
- la maladie ou la fuite du suspect/accusé qui, soit empêche les poursuites ou la condamnation, soit a empêché les poursuites pour cause de prescription de l'action publique, conformément au droit interne<sup>565</sup> ; et

---

<sup>559</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>560</sup> *Ibid.*, p. 21 et note 55.

<sup>561</sup> *Ibid.*, pp. 7-8.

<sup>562</sup> Doc. du Conseil 14826/12.

<sup>563</sup> Doc. du Conseil 15212/12, p. 5.

<sup>564</sup> *Ibid.*, pp. 18-19.

<sup>565</sup> Un considérant précise que l'Etat membre choisit l'une ou l'autre option, *Ibid.*, p. 10.

- la mort du suspect ou de l'accusé<sup>566</sup>.

Dans ces circonstances, chaque Etat membre devrait prendre les mesures pour permettre la confiscation des produits et instruments, au moyen soit d'une confiscation avec condamnation, soit d'une confiscation sans condamnation dans les procédures qui auraient pu conduire à une condamnation ou dans toute autre procédure. Le considérant indiquant que les Etats étaient libres d'adopter des procédures de confiscation sans condamnation pas ou moins liées à des poursuites pénales, non couvertes par la directive, était conservé<sup>567</sup>.

**318.** Dans son avis relatif au « paquet sur la protection de l'économie licite »<sup>568</sup>, le Comité des Régions se prononça sur la proposition de directive analysée. Il y exprima ses

« réticences quant à la confiscation sans condamnation car dans la plupart des États membres, la confiscation est une sanction liée à une condamnation pénale » (n° 34).

Selon le Comité, cette confiscation va à l'encontre des traditions juridiques de certains Etats, comme la France « qui donnent valeur constitutionnelle au droit de propriété » (n° 34). Vu sa nature civile, elle ne relèverait par ailleurs pas des articles 82, § 2 et 83 § 1 TFUE qui ne visent que des sanctions dans le domaine pénal (nos 34 et 35). Le Comité préconise en conséquence d'user de

« solutions pénales pour arriver à un niveau équivalent d'efficacité du droit des saisies et confiscations en se fondant sur des dispositions pénales qui ont fait leur preuve » (n° 36).

Il relève à cet égard que la recommandation n° 3 du GAFI, invoquée à l'appui de la proposition, préconise certes d'adopter des mesures de confiscations sans condamnation mais indique également que les Etats peuvent alternativement (« ou ») prendre

« des mesures faisant obligation à l'auteur présumé de l'infraction de prouver l'origine licite des biens présumés passibles de confiscation » (n° 37).

L'objectif de la confiscation sans condamnation serait donc, selon le Comité, de renverser la charge de la preuve. Or, cet objectif pourrait être atteint par la création d'une nouvelle infraction pénale pour « détention d'avoirs "injustifiés" ou de non-justification de ressources », à l'image de ce qui existe en droit français (n° 37). Dans cette mesure et conformément au principe de subsidiarité, le Comité préconise de laisser aux Etats membres la possibilité de démontrer que leur droit interne est efficace sans qu'il soit nécessaire d'y intégrer une confiscation sans condamnation et pour autant qu'ils ne s'opposent pas à la reconnaissance de décisions de cette nature rendues dans d'autres Etats membres<sup>569</sup>.

---

<sup>566</sup> La condition d'enrichissement des héritiers a été abandonnée figurant dans la version précédente du texte a été abandonnée

<sup>567</sup> Considérant 12, doc. du Conseil 15212/12, p. 10.

<sup>568</sup> Doc. du Conseil 15769/12, spéc. p. 5 et suivantes.

<sup>569</sup> Il nous semble que le Comité des Régions se trompait sur l'objectif poursuivi – ou à tout le moins avancé – par la Commission en matière de confiscation sans condamnation. Il n'est en effet pas tant d'obtenir un renversement de la charge de la preuve que de parvenir à confisquer des biens d'origine illicite en dépit du fait que les poursuites soient impossibles ou durablement entravées (voy. la proposition de directive, *op. cit.*, p. 12). Il s'agissait également de l'objectif avancé par le Conseil, comme nous l'avons montré ci-dessus. Or, si les poursuites ne peuvent être menées, créer une nouvelle infraction pénale ne permettra certainement pas d'obtenir une condamnation servant de base à une confiscation. Cependant, l'idée qu'une autre voie que la confiscation en

**319.** Quelques semaines plus tard, la Présidence du Conseil fit une énième proposition de compromis global<sup>570</sup>, sur lequel le Conseil s'accorda le 7 décembre 2012<sup>571</sup>. Le texte adopté excluait notamment la mort du suspect des circonstances pouvant conduire à une confiscation sans condamnation. Le champ d'application de la disposition était en outre aligné sur celui de la confiscation élargie en prévoyant qu'elle devait pouvoir s'appliquer « *at least in case of a serious criminal offence which is liable to give rise, directly or indirectly, to economic benefit* ». Par ailleurs, il disposait expressément que

- la confiscation sans condamnation devait être possible dans le cas où une confiscation directe ou élargie n'étaient pas possible en raison de la maladie permanente ou de la fuite du suspect<sup>572</sup> ;
- les Etats pouvaient également recourir à des procédures *in absentia* dans ces hypothèses.

**320.** Le Conseil était toutefois conscient que ce compromis n'était pas suffisant pour parvenir à un système effectif de gel et de confiscation au sein de l'Union européenne. La problématique de la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation devait également être traitée. Il souhaitait donc qu'une déclaration accompagne l'adoption de la directive, déclaration appelant la Commission à proposer un texte législatif à ce propos et à rencontrer les difficultés que l'adoption de la directive pourrait causer en matière de reconnaissance mutuelle<sup>573</sup>.

(iii) *La « contre-proposition » du Comité LIBE*

**321.** Le Comité LIBE du Parlement transmet son rapport<sup>574</sup> sur la proposition de directive le 20 mai 2013. L'exposé des motifs indique que la rapporteure soutient dans l'ensemble la proposition de la Commission et

« s'efforce de renforcer les dispositions concernant la confiscation en l'absence de condamnation et la confiscation élargie afin de les rendre plus efficaces et réellement aptes à empêcher que les produits du crime ne servent à commettre d'autres crimes ou ne soient réinvestis dans des activités légales »<sup>575</sup>.

La rapporteure relève plus particulièrement qu'

« au niveau européen, les systèmes actuels de confiscation en l'absence de condamnation ont été débattus tant devant les tribunaux nationaux que devant la Cour européenne des droits de l'homme et ils ont été jugés compatibles avec les exigences constitutionnelles nationales et celles de la Cour européenne, dès lors qu'ils sont adoptés par une autorité judiciaire, dans le

---

l'absence de confiscation est possible était pertinente. Elle rencontrait d'ailleurs la position de certains Etats membres (voy. not. doc. du Conseil 14575/12, p. 7) qui ont indiqué pouvoir poursuivre *in absentia* dans plusieurs situations retenues par la Commission et le Conseil pour l'application de la confiscation sans condamnation. Le Conseil en a tenu compte en proposant d'indiquer, comme nous l'avons relevé, que les instruments et les produits pouvaient, dans les circonstances identifiées comme rendant en principe impossibles les poursuites, être confisqués avec ou sans condamnation (voy. not. doc. du Conseil 14575/12, p. 7 et p. 21, ainsi que doc. du Conseil 15212/12, p. 19).

<sup>570</sup> Docs. du Conseil 16566/12 et 17117/12, not. p. 3 et p. 20.

<sup>571</sup> Doc. du Conseil 17287/12.

<sup>572</sup> Il n'était ainsi plus fait mention de la prescription de l'action publique dans l'article lui-même, mais uniquement dans un considérant en guise d'exemple d'obstacle que la maladie ou la fuite du suspect peut faire surgir.

<sup>573</sup> Doc. du Conseil 17287/12, pp. 1-2.

<sup>574</sup> Doc. du Parlement A7-0178/2013.

<sup>575</sup> *Ibid.*, p. 35.

plein respect des droits de la défense et des tiers de bonne foi, et qu'ils peuvent être contestés devant un tribunal »<sup>576</sup>,

des garanties de base qui ont été introduites dans la directive à l'examen.

**322.** Selon le considérant 12 amendé par le Comité LIBE, la proposition ouvre ainsi la possibilité de confisquer des avoirs « lorsqu'une condamnation pénale ne peut être obtenue ». Le Comité LIBE indique encore dans ce considérant que procéder à une confiscation sans condamnation devrait également être possible

« par exemple lorsqu'une condamnation pénale n'est pas recherchée ou ne peut être obtenue, si le tribunal est convaincu, après avoir examiné toutes les preuves disponibles, notamment la disproportion des avoirs par rapport aux revenus déclarés, que les biens trouvent leur origine dans des activités de nature criminelle »<sup>577</sup>.

Dans ce cadre, la directive ne devrait toutefois couvrir que « les formes de confiscation non fondée sur une condamnation qui sont considérées de nature pénale »<sup>578</sup>, nature qui doit être établie sur pied des critères *Engel* établis par la Cour européenne des droits de l'homme :

- la qualification juridique de l'infraction en droit national ;
- la nature de l'infraction ;
- le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé.

La nature pénale de la confiscation, en ce compris sans condamnation, ne fait néanmoins pas obstacle selon le Comité LIBE à ce que la procédure y relative soit menée devant un tribunal civil ou administratif<sup>579</sup>.

**323.** Selon le Comité LIBE, l'objectif de cette confiscation doit néanmoins être de lutter contre les activités criminelles « comme la criminalité organisée et le terrorisme »<sup>580</sup>. Il ouvre ainsi la porte à une limitation du champ d'application de la confiscation en l'absence de condamnation.

**324.** Au vu de ce qui précède, rien de surprenant à ce que le Comité LIBE amende substantiellement l'article de la proposition de directive consacré à la confiscation sans condamnation préalable, notamment aux fins de reconnaître sans ambiguïté son caractère pénal. Il propose ainsi d'ajouter un paragraphe libellé comme suit :

« 1. 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

---

<sup>576</sup> *Ibid.*

<sup>577</sup> *Ibid.*

<sup>578</sup> *Ibid.*, amendement introduisant un considérant 12*bis*.

<sup>579</sup> *Ibid.*, amendement introduisant un considérant 7*ter*.

<sup>580</sup> *Ibid.*, amendement au considérant 12.

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 ».

**325.** Cette disposition visait donc à permettre une confiscation sans condamnation dans des cas où une condamnation n'était pas nécessairement recherchée. En dépit de l'affirmation au considérant 12 que cette procédure particulière de confiscation doit être mobilisée pour lutter contre des activités criminelles telles que le crime organisé et le terrorisme, le texte proposé ouvre la voie à l'introduction de procédures de confiscation sans condamnation ayant un champ d'application très étendu. En affirmant sans équivoque le caractère de sanction pénale de cette confiscation, le Comité LIBE contraint néanmoins les Etats membres à garantir aux personnes concernées le respect du volet pénal de l'article 6 de la CEDH – ainsi d'ailleurs que de l'article 7 de la CEDH. Parallèlement, le Comité s'assurait que cette disposition soit conforme à la base juridique de la directive<sup>581</sup>. En réalité, le Comité LIBE tentait de « pénaliser » la confiscation civile mise en œuvre dans plusieurs Etats membres. Ce faisant, il s'écartait manifestement du caractère *ad rem* de la confiscation civile, fondée sur l'idée que le bien est criminel et non son propriétaire<sup>582</sup>.

**326.** Ensuite, le Comité LIBE proposait de préciser dans un second paragraphe tiré de la proposition de la Commission, que ce sont les « autorités judiciaires » qui doivent pouvoir ordonner une confiscation en l'absence de condamnation pénale, ce qui n'y figurait pas. Conservant les circonstances spécifiques dans lesquelles la confiscation sans condamnation doit être possible, le Comité LIBE ajoutait toutefois la circonstance de « maladie » à celles du « décès » et de la « maladie permanente » du suspect empêchant l'engagement des poursuites. Il estimait encore utile de souligner que ces circonstances « entraînent l'impossibilité pour la personne concernée de comparaître en justice ».

**327.** Enfin, le Comité LIBE rencontre la volonté de plusieurs Etats membres, exprimées notamment au sein du Conseil, de conserver une certaine flexibilité en prévoyant dans le dernier paragraphe de l'article amendé, que

« si un Etat 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 ».

**328.** Conformément à l'un des objectifs annoncés de sa rapporteure, le Comité LIBE étendait donc largement la portée de la confiscation sans condamnation préalable. Il ne la limitait en effet pas à certaines circonstances dans lesquelles les poursuites ne peuvent menées (à leur terme) – maladie, maladie permanente, décès ou fuite du suspect – (paragraphe 2 proposé), mais tendait à l'introduire de façon plus générale – lorsque la condamnation n'est pas recherchée – dans l'ordre juridique de tous les Etats membres (paragraphe 1<sup>er</sup> proposé). La nature pénale de cette confiscation sans condamnation, à établir conformément aux critères *Engel*, était

---

<sup>581</sup> La justification de ses amendements est la suivante : « 1. En dépit de sa dénomination de confiscation civile en droit national, l'article 83, paragraphe 1, du traité FUE n'exclut pas ce type de confiscation, 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 condition pour procéder à une harmonisation en vertu de l'article 83, paragraphe 1 du traité FUE. (par. 37, service juridique du Conseil) ».

<sup>582</sup> SIMONATO, M., *op. cit.*, pp. 224-225.



cependant reconnue, ce qui tendait à garantir l'application du volet pénal de l'article 6 et de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(iv) *L'émergence d'une solution de compromis...*

**329.** À la suite du dépôt de ce rapport, des discussions eurent lieu entre la Présidence du Conseil et le Parlement, en présence de la Commission, afin de trouver un compromis global<sup>583</sup>. Les Etats membres étaient informés de l'évolution des discussions grâce aux réunions du *Working Party on substantive Criminal Law* et des *Amis de la Présidence*. La problématique de la confiscation sans condamnation demeurait l'un des deux points d'achoppement sur lesquels buttaient les négociations<sup>584</sup>. L'approche figurant dans le rapport du Comité LIBE était en effet bien plus large que celle retenue par le Conseil dans son orientation générale du 7 décembre 2012<sup>585</sup> précitée. Sa conformité avec la base juridique du texte était d'ailleurs en discussion. En dépit du rapprochement des positions des différentes parties<sup>586</sup>, deux points précis demeuraient problématiques : l'inclusion de la mort comme circonstance ouvrant la possibilité d'une confiscation sans condamnation et l'introduction d'une conception plus large de la confiscation sans condamnation en cas d'infractions graves lorsque des poursuites ont été initiées ou qu'une personne a été accusée<sup>587</sup>. Les négociations se poursuivirent pendant plusieurs semaines encore, avant qu'un compromis complet fût trouvé<sup>588</sup>.

**330.** Ce compromis répond à la demande de flexibilité de certains Etats membres en prévoyant que les procédures de confiscation en lien avec une infraction pénale peuvent être menées devant tout type de juridiction (considérant 10). Il est également précisé qu'en cas de maladie ou de fuite du suspect, les Etats membres peuvent privilégier des procédures de confiscation *in absentia* à la mise en œuvre de procédures de confiscation en l'absence de condamnation (considérant 15). Confiscations sur base d'une condamnation et en l'absence de condamnation sont d'ailleurs visées sous le seul article 4.

**331.** Le second paragraphe de cet article dispose que lorsque la confiscation sur base d'une condamnation, le cas échéant prononcée *in absentia*, n'est « pas possible »,

« 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

<sup>583</sup> Voy. doc. du Conseil 14603/13.

<sup>584</sup> *Ibid.*, le second était la gestion des biens gelés, *ibid.*, p. 6.

<sup>585</sup> Doc. du Conseil 17287/12.

<sup>586</sup> Voici le texte de compromis atteint : « 1. Member States shall take the necessary measures to enable confiscation of proceeds and instrumentalities in cases where criminal proceedings have been initiated regarding a criminal offence which is liable to give rise, directly or indirectly, to economic benefit, but where confiscation on the basis of Article 3 is not possible, at least due to illness or flight of the suspect or accused person.

2. The measures referred to in paragraph 1 may be ordered

a) either through in absentia proceedings; or

b) without a criminal conviction, following proceedings which, if the suspect or accused person would have been able to stand trial, could have led to a criminal conviction » (doc. du Conseil 14603/13, p. 4-5).

<sup>587</sup> Le document existant uniquement en anglais indique : « the inclusion of a broader approach for NCBC for cases related to serious criminal offences where a criminal investigation has been initiated or a person has been charged. » (doc. du Conseil 14603/13, p. 6).

<sup>588</sup> Doc. du Conseil 16861/13 du 27 novembre 2013.

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 ».

**332.** Les Etats membres qui ne disposent pas de procédures *in absentia* permettant de confisquer les instruments et les produits<sup>589</sup> doivent ainsi rendre possible leur confiscation quand

- une procédure pénale a été engagée,
- relativement à une infraction pénale susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique ;
- procédure qui aurait pu déboucher sur une condamnation si le suspect avait été en mesure de comparaître en justice,
- ce qu'il n'a pas fait en raison de sa maladie ou de sa fuite.

**333.** Seules deux circonstances rendant impossible la comparution ont ainsi *in fine* été retenues : la maladie<sup>590</sup> et la fuite du suspect. La mort du suspect, visée tant par la Commission que par le Parlement, a ainsi été écartée, et n'est pas mentionnée dans les considérants<sup>591</sup>. La distinction entre « maladie » et « maladie permanente » a également été abandonnée. Les Etats membres peuvent toutefois prévoir des circonstances supplémentaires, la directive ne fixant que des règles minimales.

(v) ... *qui ne crée pas un mécanisme de confiscation in rem ou civile et qui est très floue*

**334.** Comme le soulignent messieurs RUI et SIEBER<sup>592</sup>, cette confiscation est très éloignée de la confiscation sans condamnation connue dans les pays anglo-saxons. Elle n'est d'ailleurs plus qualifiée de la sorte dans la directive<sup>593</sup>. Elle requiert en effet la réunion de tous les éléments d'une condamnation – sans toutefois que la volonté du Comité LIBE d'affirmer clairement sa nature de sanction pénale n'ait été suivie – alors que la confiscation sans condamnation « classique », dont la proposition de la Commission était déjà très éloignée, ne nécessite pas d'auteur coupable d'une infraction. La confiscation visée à l'article 4, § 2 de la directive ne permet donc pas de confisquer des biens sur la seule base d'éléments démontrant leur origine illicite, sans avoir à traiter de la culpabilité du suspect. Elle n'est d'ailleurs pas dirigée contre un bien, mais contre une personne. Cette confiscation constitue donc bien une

---

<sup>589</sup> Sur la nature de cette procédure *in absentia* par rapport à celle visée au paragraphe 1, voy. RUI, J.P et SIEBER, U., « NCBC in Europe : bringing the picture together », in RUI, J.P et SIEBER, U (ed.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlin, Dunker & Humblot, 2015, pp. 280-281.

<sup>590</sup> La notion de maladie est définie au considérant 16. Il est précisé à cet article que la possibilité d'être représenté par un avocat ne devrait pas être hypothéquée par la maladie.

<sup>591</sup> Comp. avec le doc. du Conseil 14603/13 (p. 15, note 31), qui proposait l'insertion d'un considérant donnant la mort du suspect comme exemple d'autres circonstances pouvant donner lieu à une confiscation sans condamnation.

<sup>592</sup> RUI, J.P et SIEBER, U., « NCBC in Europe : bringing the picture together », *op. cit.*, pp. 282-283.

<sup>593</sup> La proposition de la Commission intitulait quant à elle l'article y consacré « confiscation en l'absence de condamnation ».

procédure *in personam* et non *in rem*. Elle s'écarte par ailleurs également du modèle italien de confiscation préventive, ainsi que du modèle germano-scandinave de confiscation sans condamnation, qui permet notamment de confisquer des biens sans qu'un suspect ne soit identifié. La singularité de la confiscation de l'article 4, § 2 fait dire aux deux auteurs que la directive est loin de remplir à cet égard son objectif de rapprochement des législations des Etats membres en vue de faciliter la confiance mutuelle et la coopération au sein de l'Union européenne. Nous partageons cette opinion.

**335.** Nous pouvons en outre regretter que les critères retenus pour sa mise en œuvre soient particulièrement flous. Comment déterminer si une condamnation aurait été possible en présence du suspect ? Les autorités judiciaires doivent-elles le faire *in abstracto* ou *in concreto* ? Dans le premier cas, toute procédure pénale étant par nature susceptible de donner lieu à une condamnation, le critère semble peu utile. Dans le second, la juridiction devrait en réalité se prononcer sur la culpabilité du suspect sans qu'il soit poursuivi pénalement et alors qu'il est présumé innocent.

**336.** La même question se pose à propos de l'avantage économique que l'infraction pénale en cause doit être susceptible de susciter. L'examen de la juridiction saisie de la procédure de confiscation doit-il être réalisé *in abstracto* ou *in concreto* ? Le considérant 20<sup>594</sup> permet de penser que les circonstances de la cause doivent être analysées, notamment le mode opératoire, et que le juge doit ainsi procéder à un examen *in concreto*. Or, cet examen paraît impliquer une reconnaissance de culpabilité de la personne concernée, pourtant non poursuivie pénalement, et donc une restriction à la présomption d'innocence. Ces questions devront nécessairement être réglées par les Etats membres qui ne font pas le choix de prévoir la possibilité de prononcer des décisions de confiscation *in absentia*. Leurs réponses ne seront certainement pas uniformes, de sorte que l'objectif de rapprochement des règles de confiscation poursuivi par le législateur européen ne pourra pas être atteint.

**337.** Après de si longues discussions au sein du Conseil et un rapport abouti du Comité LIBE, le manque de consistance du texte final est aussi regrettable qu'incompréhensible. La déclaration commune du Conseil et du Parlement<sup>595</sup>, publiée en marge du vote de la directive, constitue sans aucun doute à cet égard un aveu d'échec puisqu'elle appelle la Commission à proposer un nouveau texte en la matière.

**338.** Cette dernière a publié deux documents en réponse à cet appel. Le premier qualifié de document de travail<sup>596</sup> fait la synthèse des mécanismes de confiscation non précédées d'une condamnation préalable existant dans les Etats membres, distinguant le cas où une condamnation n'est pas possible en raison de la fuite, de la maladie ou de la mort du suspect, de celui de la confiscation élargie, de la confiscation civile « classique » qui par essence ne

---

<sup>594</sup> Il concerne la confiscation élargie mais le critère est identique.

<sup>595</sup> Doc. du Conseil 7329/1/14 REV 1 ADD 1 dans lequel la Commission est invitée à « analyser aussi rapidement que possible et en tenant compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des Etats membres, la faisabilité et les avantages susceptibles de découler de l'introduction de nouvelles règles communes en matière de confiscation de biens provenant d'activités de nature délictueuse, y compris lorsque celles-ci n'ont pas conduit à la condamnation d'une ou de plusieurs personnes en particulier »

<sup>596</sup> *Commission Staff Working Document. Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*, 12 avril 2019, doc. SWD(2019) 1050 final.

repose pas sur une condamnation préalable et qui peut viser un bien particulier ou se fonder sur l'existence d'une disproportion entre le patrimoine d'une personne et ses revenus légaux<sup>597</sup>. Elle revient également sur les Conventions du Conseil de l'Europe de 1990 et de 2005 ainsi que sur les travaux du GAFI et du CARIN, groupe informel rassemblant des experts d'États essentiellement européens en matière de recouvrement d'avoirs<sup>598</sup>. Elle revient enfin sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en relevant que la confiscation sans condamnation préalable peut susciter des difficultés du point de vue des droits à un procès équitable et de propriété, mais non du point de vue de l'article 7 de la Convention – constat relativement surprenant. Elle précise dans ce cadre que la Cour européenne met en œuvre les critères *Engel* si ce type de mécanisme relève du volet pénal de l'article 6 mais qu'elle a conclu que tel n'était pas le cas à plusieurs reprises, citant les arrêts *Butler c. Royaume-Uni*<sup>599</sup> et *Webb c. Royaume-Uni*<sup>600</sup>, que nous analyserons également dans la deuxième partie de cette étude<sup>601</sup>. En revanche, dans l'arrêt *Welch c. Royaume-Uni*<sup>602</sup>, la Commission rappelle que la Cour européenne a indiqué que la confiscation avait été qualifiée de peine, oubliant de préciser que cette affaire concernait la confiscation élargie et non la confiscation civile. Elle conclut son étude en relevant que toute évolution en matière de confiscation devrait s'accompagner de « *strong procedural safeguards* », sans être néanmoins en mesure de prendre position à ce stade.

**339.** Dans son rapport de suivi de la transposition de la directive en cause<sup>603</sup>, la Commission souligne notamment que

« les statistiques communiquées par les États membres conformément à l'article 11 de la directive ne peuvent servir, à l'heure actuelle, de base fiable à l'évaluation de la confiscation en l'absence de condamnation, ce qui empêche la Commission de procéder à une analyse quantitative de l'efficacité des régimes nationaux ».

Elle juge cependant le régime de confiscation actuel insuffisant et insiste sur la menace que représente l'infiltration par la criminalité organisée de l'économie légale notamment pour

« 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 »<sup>604</sup>.

Elle conclut sa réflexion en soutenant que

« l'introduction de nouvelles mesures en matière de confiscation en l'absence de condamnation est faisable et présente des avantages susceptibles d'accroître le nombre de gels et de confiscations des produits du crime »<sup>605</sup>

---

<sup>597</sup> *Ibid.*, pp. 2-3 et 6-7.

<sup>598</sup> *Ibid.*, p. 3. Sur le CARIN, voy. son site internet [www.carin.network](http://www.carin.network) (dernière consultation le 24 septembre 2020).

<sup>599</sup> CEDH, décision *Butler c. Royaume-Uni* du 27 juin 2002, req. 41661/98.

<sup>600</sup> CEDH, décision *Webb c. Royaume-Uni* du 10 février 2004, req. 56054/00.

<sup>601</sup> *Infra* II, A, 3, c.

<sup>602</sup> CEDH, arrêt *Welch c. Royaume-Uni* du 9 février 1995, req. 17440/90. Voy. *infra* II, B, 1.

<sup>603</sup> *Rapport de La Commission au Parlement européen et au Conseil. Recouvrement et confiscation d'avoirs : Garantir que le crime ne paie pas*, 2 juin 2020, doc. COM(2020) 217 final, pp. 14-16.

<sup>604</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>605</sup> *Ibid.*

**340.** En dépit de ce qui précède, nous pouvons nous interroger, comme d'autres<sup>606</sup>, sur la compatibilité de l'article 4, § 2 avec le droit d'être présumé innocent ainsi qu'avec le droit à la propriété privée, garantis tant par la Convention européenne des droits de l'homme que par le droit l'Union. Il est en effet difficilement contestable que le suspect est *de facto* présumé coupable relativement à la procédure pénale initiée mais non achevée qui ouvre la possibilité de prononcer une confiscation sans condamnation préalable<sup>607</sup>. La compatibilité du texte avec l'article 7 de la CEDH est également douteuse dès lors qu'une sanction pourrait être imposée sans constat de culpabilité. L'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie* rendu par la Cour de Strasbourg, sur lequel nous reviendrons longuement dans la deuxième partie de cette étude<sup>608</sup>, nous donnera quelques éléments de réponse à cet égard, sans toutefois nous offrir une réponse claire.

**(e) La confiscation élargie : la fin du choix multiple  
mais pas pour autant des doutes**

**341.** L'article 5 de la directive est consacré à la « confiscation élargie ». A l'instar de l'article 4 relatif à la « confiscation », il est très différent de l'article proposé par la Commission<sup>609</sup> et a donné lieu à de longs débats.

*(i) La proposition de la Commission*

**342.** L'article 4 de la proposition de directive était libellé comme suit :

« 1. 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.

2. La confiscation est exclue lorsque les activités criminelles similaires visées au paragraphe 1

(a) ne pourraient pas faire l'objet d'une procédure pénale en raison de la prescription au titre du droit pénal interne ; ou

(b) ont déjà fait l'objet d'une procédure pénale ayant conduit à l'acquiescement définitif de la personne concernée ou dans d'autres cas d'application du principe *non bis in idem* »<sup>610</sup>.

**343.** La Commission soutenait<sup>611</sup> que le choix offert par la décision-cadre 2005/212/JAI entre différentes conditions d'application de la confiscation élargie avait conduit à des transpositions divergentes dans les États membres, entravant ainsi la coopération transfrontalière. Il était donc « nécessaire d'harmoniser davantage les dispositions relatives à la confiscation élargie en fixant une norme minimale unique ». Elle précisait par ailleurs que

---

<sup>606</sup> SIMONATO, M., *op. cit.*, p. 223 et s.

<sup>607</sup> En ce sens, *Ibid.*, p. 225 et p. 227.

<sup>608</sup> *Infra* II, B. 2.

<sup>609</sup> Sur cette proposition, voy. BOUCHT, J., « 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 », *op. cit.*

<sup>610</sup> Proposition de directive, *op. cit.*, article 4 intitulé « pouvoirs de confiscation élargis », pp. 21-22.

<sup>611</sup> Il s'agissait du considérant 10, proposition de directive, *op. cit.*, pp. 16-17.

« la confiscation élargie devrait s'appliquer lorsqu'une juridiction nationale, sur la base d'éléments factuels précis tels que la nature de l'infraction pénale, le revenu des activités licites de la personne condamnée et le décalage entre son niveau de vie et sa situation financière ou d'autres faits, conclut qu'il est nettement plus probable que les biens en question proviennent d'autres infractions pénales, de nature ou de gravité équivalente à celle de l'infraction pénale pour laquelle la personne est condamnée, plutôt que d'autres activités »<sup>612</sup>.

(ii) *Les négociations au sein du Conseil*

**344.** Trois difficultés avec le texte proposé furent rapidement soulevées<sup>613</sup>. Tout d'abord, le champ d'application de la confiscation élargie à tous les « eurocrimes » était mise en cause. Plusieurs Etats membres considéraient en effet qu'elle

*« should only be applied to serious crimes, or when the offences are committed in the context of organised crime, or for offences which exceed a specific maximum sentence threshold, such as five years' imprisonment »*<sup>614</sup>.

Certains s'interrogeaient également sur le choix de recourir la norme de preuve du caractère « nettement plus probable » de l'origine illicite des biens en cause, distincte tant de la norme de preuve civile – balance de probabilités – que de la norme pénale – conviction au-delà du doute raisonnable. Enfin, les causes d'exclusion visées au second paragraphe ne recueillaient pas non plus un large soutien. La Présidence proposa par conséquent différentes solutions alternatives, inspirées notamment des options figurant dans la décision-cadre 2005/212/JAI<sup>615</sup>.

**345.** Les délégations des Etats membres se montrèrent majoritairement favorables<sup>616</sup> à l'introduction des éléments suivants au texte :

- disproportion entre la valeur du bien en cause et les revenus légaux de la personne concernée<sup>617</sup> ;
- application par le tribunal du standard de preuve civil de la balance des intérêts dans la détermination de l'origine illicite du bien, cumulé le cas échéant avec le renversement de la charge de la preuve ;
- possibilité pour la personne en cause de démontrer l'origine licite du bien ;
- délai à fixer dans lequel le bien est entré en possession de la personne.

Elles étaient également majoritairement favorables à la suppression des causes d'exclusion visées au paragraphe 2. La problématique du champ d'application de la confiscation élargie demeurait quant à elle très discutée<sup>618</sup>.

**346.** Au cours des négociations ultérieures, l'idée de limiter le champ d'application de la confiscation élargie aux seules infractions susceptibles d'engendrer un bénéfice économique fut ainsi défendue par certaines délégations, en dépit de l'opposition de la Commission<sup>619</sup>. Cette

---

<sup>612</sup> *Ibid.*

<sup>613</sup> Doc. du Conseil 11369/12, p. 4.

<sup>614</sup> *Ibid.* Voy. Également doc 1167/12, p. 5.

<sup>615</sup> *Ibid.*, pp. 5-6. Voy. Également doc. du Conseil 11967/12, p. 6 (proposition d'un seuil de peine minimal).

<sup>616</sup> Doc. du Conseil 11967/12, p. 8 et 9.

<sup>617</sup> Le Comité économique et social européen y était également favorable, doc. du Conseil 12704/12, p. 10, pt. 4.4.2.

<sup>618</sup> Doc. du Conseil 11967/12, p. 5.

<sup>619</sup> Doc. du Conseil 14016/12, p. 4.

proposition fut également soutenue par la Présidence du Conseil<sup>620</sup>. Elle considérait que ce critère était objectif et pouvait être interprété de manière uniforme au sein de l'Union. D'importantes dissensions subsistaient à propos du standard de preuve à appliquer ainsi que du maintien ou non de plusieurs causes d'exclusion<sup>621</sup>.

**347.** En octobre 2012, désirant parvenir à un compromis global avant la fin de l'année 2012, la Présidence invita les ministres compétents à se prononcer sur la manière la plus opportune de limiter le champ d'application de la confiscation élargie : recours au critère de l'avantage économique, insertion d'un seuil de peine, limitation à certains types d'infractions ou uniquement aux infractions graves<sup>622</sup>. Tout en s'accordant sur la nécessité de limiter le champ d'application de la confiscation élargie aux « *most serious offences* », les Ministres compétents ne parvinrent manifestement pas à un consensus sur le meilleur moyen d'y parvenir<sup>623</sup>. L'introduction du critère du bénéfice économique paraissait trop légère et celle d'un seuil de peine risquait de créer d'importantes disparités au sein des Etats membres.

**348.** Le Comité des Régions soutint la volonté de mettre fin à la possibilité de choisir entre différentes options en matière de confiscation élargie<sup>624</sup>. Il considérait toutefois que la proposition de la Commission devait être améliorée et clarifiée, notamment en citant la disproportion entre la valeur du bien en cause et les revenus légaux de la personne concernée parmi les éléments de nature à démontrer l'origine illicite dudit bien. Cette manière de procéder aurait également l'avantage selon lui de renverser *de facto* la charge de la preuve, en imposant à la personne concernée d'apporter la preuve que son bien a été acquis légalement et ne provient donc pas d'activités illicites.

**349.** Le Conseil parvint finalement au texte de compromis suivant :

« 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 grave susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique, lorsqu'un tribunal, 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 au revenu légal de la personne condamnée, est convaincu que les biens en question proviennent d'un comportement délictueux»<sup>625</sup>.

Ce texte s'écarte de la proposition de la Commission sur les points suivants :

- le champ d'application de la confiscation élargie est limité aux infractions graves susceptibles d'engendrer directement ou indirectement un avantage économique ;
- la disproportion entre la valeur du bien en cause et les revenus légitimes de la personne condamnée est expressément citée comme élément susceptible de démontrer son origine illicite<sup>626</sup>;

---

<sup>620</sup> Doc. du Conseil 14575/12, p. 4.

<sup>621</sup> *Ibid.*, pp. 4-5.

<sup>622</sup> Doc. du Conseil 14826/12, pp. 3-6.

<sup>623</sup> Doc. du Conseil 15212/12, p. 4.

<sup>624</sup> Doc. du Conseil 15769/12, p. 8, n° 31.

<sup>625</sup> Doc. du Conseil 17117/12, p. 17.

<sup>626</sup> Elle était citée dans un considérant dans la proposition de la Commission.

- aucune indication relative au standard de preuve applicable pour entraîner la conviction du juge n'est donnée<sup>627</sup> ;
- l'origine illicite du bien n'est pas limitée aux activités criminelles « similaires » ;
- aucun motif d'exclusion n'a été retenu.

**350.** Trois nouveaux considérants étaient en outre intégrés au projet de directive. Le premier précisait que les Etats membres peuvent fixer un délai dans lequel le bien doit avoir été acquis pour pouvoir être considéré comme étant d'origine illicite (*10bis*). Le deuxième indique que les Etats membres peuvent prévoir des pouvoirs de confiscation élargis plus étendus, en ce compris en prévoyant le renversement de la charge de la preuve (*10bis bis*). Le troisième précise que ce type de confiscation s'applique aux infractions qui tombent dans le champ d'application de la directive et qui, suivant le droit interne, constituent des infractions graves (*10ter*). Ce faisant, le Conseil ouvrait vraisemblablement la voie à une application disparate de la confiscation élargie au sein de l'Union européenne, alors qu'il s'agissait précisément de ce que la directive avait pour but d'éviter<sup>628</sup>.

*(iii) Le Comité LIBE n'était pas convaincu par la proposition de la Commission ni par le texte du Conseil*

**351.** Le Comité LIBE partageait partiellement la position du Conseil concernant le premier paragraphe de l'article proposé par la Commission<sup>629</sup>. Il préconisait en effet également d'y citer la disproportion entre la valeur du bien visé et les revenus licites du condamné comme élément de nature à démontrer son origine illicite. Il ne souhaitait à cet égard pas non plus que la mise en œuvre de la confiscation élargie soit limitée aux biens provenant d'activités criminelles similaires, et se bornait à faire état de leur origine criminelle.

**352.** A la différence du Conseil, il préconisait en revanche d'indiquer expressément que la confiscation élargie devait être ordonnée par les « autorités judiciaires » et de ne pas limiter son champ d'application aux infractions graves de nature à engendrer un avantage économique.

**353.** Par ailleurs, le Comité LIBE conservait le standard de preuve proposé par la Commission – caractère « nettement plus probable » qu'un bien provienne d'activités criminelles plutôt que d'autres activités.

**354.** Enfin, contrairement au Conseil, il conservait également la cause d'exclusion<sup>630</sup> basée sur principe *non bis in idem*.

*(iv) Un compromis éloigné des positions initiales de chacun*

**355.** Au terme de plusieurs trilogues et réunions informelles, un compromis fut trouvé sur le texte final suivant figurant à l'article 5 de la directive :

<sup>627</sup> Cette formulation avait été proposée par la présidence (doc. du Conseil 14575/12, pp. 5-6).

<sup>628</sup> La Présidence était également de cet avis au cours des négociations, voy. doc. du Conseil 14826/12, p. 4, n° 12.

<sup>629</sup> Doc. du Parlement A7-0178/2013, p. 21, amendement 31.

<sup>630</sup> L'exclusion pour cause de prescription de l'infraction de base est par contre rejetée.



« 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.

2. Aux fins du paragraphe 1 du présent article, la notion d'"infraction pénale" inclut au moins les infractions suivantes :

a) 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 prévue aux articles 2 et 3, respectivement, de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires ;

b) 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 ;

c) 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 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 ;

d) 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;

e) 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 »<sup>631</sup>.

**356.** Cette disposition est finalement assez éloignée tant de celle proposée par la Commission que de celles du Conseil et du Comité LIBE.

**357.** En ce qui concerne son champ d'application, sous réserve de ce qui sera dit ci-dessous, la limitation voulue par le Conseil aux « infractions graves » n'a pas été retenue, ce qui nous paraît favoriser le rapprochement des législations européennes. En revanche, l'infraction pénale de base doit être « susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage

---

<sup>631</sup> Docs. du Conseil 16861/13, 6744/14 et 7789/1/14REV 1.

économique »<sup>632</sup>, conformément à la position du Conseil, condition limitative qui ne figurait pas dans la proposition de la Commission ou parmi les amendements du Comité LIBE. Selon le considérant 20, cette condition doit être vérifiée *in concreto* à la lumière notamment du mode opératoire de l'infraction, tout en précisant que cela ne « devrait pas, en général, porter atteinte à la possibilité de procéder à une confiscation élargie ». Au-delà du caractère assez flou de ce considérant, nous pouvons nous interroger sur l'intérêt de prévoir un critère de limitation s'il ne devrait en pratique pas...limiter l'application de la disposition en cause.

**358.** Les biens susceptibles d'être confisqués grâce aux pouvoirs de confiscation élargis ne sont pas ceux provenant directement de l'infraction déclarée établie, ou des biens de valeur équivalente, mais d'autres biens obtenus antérieurement grâce à des activités criminelles. Ces activités criminelles ne doivent pas nécessairement être similaires à celles ayant conduit à la condamnation<sup>633</sup>. Les Etats membres peuvent par ailleurs prévoir que les biens acquis au cours d'une certaine période sont présumés être issus d'activités illicites (considérant 21)<sup>634</sup>. En revanche, il n'a pas été introduit de limitation de la période au cours de laquelle le bien doit avoir été acquis par le condamné pour pouvoir être confisqué<sup>635</sup>. Rappelons dans ce cadre que le considérant 18 affirme de manière générale qu'à l'occasion de la mise en œuvre de la directive, c'est-à-dire également de l'article 5,

« les États membres peuvent prévoir que, dans des circonstances exceptionnelles, la confiscation ne devrait pas être ordonnée dans la mesure où, conformément à leur droit national, une telle mesure constituerait une contrainte excessive pour la personne concernée, sur la base des circonstances de chaque cas particulier qui devraient être déterminantes ».

Le juge pourrait donc disposer du pouvoir de limiter l'étendue de la confiscation élargie s'il la considérait comme « excessive ».

**359.** Comme le préconisaient le Conseil et le Comité LIBE, la disproportion entre la valeur du bien en cause et les revenus licites de la personne condamnée est en outre expressément citée dans le corps du texte – et non dans un considérant comme dans la proposition de la Commission – comme un élément de nature à entraîner la conviction du juge.

**360.** Le texte final suit également la volonté du Conseil en ne précisant pas le standard de preuve qui doit être appliqué. En effet, l'article 5 indique uniquement que le juge doit être

---

<sup>632</sup> Le considérant 20 dispose que les Etats membres peuvent avoir égard au mode opératoire de l'infraction – elle constitue une activité d'une organisation criminelle ou vise à tirer des profits réguliers – pour déterminer si elle est de nature à engendrer un avantage économique, sans toutefois que ce critère puisse faire obstacle à la mise en œuvre de la confiscation élargie (considérant 20). En d'autres termes, si le mode opératoire ne permet pas d'affirmer que l'infraction entre dans le champ d'application de l'article 5, cela ne signifie pas que la confiscation élargie doit être *de facto* écartée. D'autres éléments de fait pourraient en effet montrer qu'elle est susceptible de générer un avantage économique.

<sup>633</sup> Les Etats membres ont très clairement exprimé leur volonté de s'écarter de la proposition de la Commission de ne viser que les biens provenant d'activités illicites similaires (p. 11), en dépit de l'avis contraire du service juridique à cet égard. Voy. not. doc. du Conseil 14575/12, p. 6.

<sup>634</sup> Volonté exprimée par certains Etats membres à l'entame des négociations, voy. not. doc. 11967/12 (p. 8) et doc. du Conseil 14016/12 (p. 5).

<sup>635</sup> La Présidence du Conseil considérait toutefois que cette limitation pouvait être introduite, à l'instar de certains Etats membres, voy. *ibid.*

« convaincu » – « *satisfied* »<sup>636</sup> – que le bien est d'origine criminelle<sup>637</sup>, et qu'il parviendra à cette conviction sur base « des circonstances de l'affaire, y compris les éléments factuels concrets et les éléments de preuve disponibles ». Le considérant 21 précise toutefois 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. Dans ce contexte, la juridiction doit examiner les circonstances spécifiques de l'espèce, y compris les faits et les éléments de preuve disponibles sur la base desquels une décision de confiscation élargie pourrait être rendue. Le fait que les biens de la personne sont disproportionnés par rapport à ses revenus légaux pourrait être l'un des faits conduisant la juridiction à conclure que lesdits biens proviennent d'activités criminelles. Les États membres pourraient aussi prévoir que l'on exige que, pendant un certain laps de temps, les biens soient considérés comme provenant d'activités criminelles ».

Bien que l'article 5 n'indique pas expressément que la conviction du juge devrait reposer sur le standard civil de la balance des probabilités<sup>638</sup>, ce considérant appelle néanmoins les États membres à suivre cette voie en s'écartant du standard pénal de preuve. Le considérant 22 indique néanmoins qu'ils sont libres d'appliquer le standard de preuve qu'ils souhaitent. Ceci signifie qu'ils peuvent opter pour une conception restrictive de la confiscation élargie, en appliquant le standard pénal, ou plus extensive en prévoyant l'application d'un standard civil voire le renversement de la charge de la preuve<sup>639</sup>. Les États membres peuvent par ailleurs comme prévoir que les biens acquis au cours d'une certaine période sont présumés provenir d'activités illicites (considérant 21).

**361.** Les États membres doivent quoi qu'il en soit veiller à ce que

« la personne concernée a[it] 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 » (art. 8.8).

**362.** Le second paragraphe de l'article 5 est tout à fait nouveau. Il fait écho à la volonté de restreindre le champ d'application de la confiscation élargie à certaines infractions graves, exprimée par plusieurs États membres au cours des négociations au sein du Conseil<sup>640</sup>. Parmi les infractions qui entrent dans le champ d'application de la directive (art. 3), certaines sont considérées comme graves en tant que telles et doivent toujours pouvoir donner lieu à une

---

<sup>636</sup> Rappelons que cette formulation avait été proposée par la Présidence du Conseil afin de contenter le/s États membres qui ne souhaitaient pas qu'il soit fait référence au standard de la balance des probabilités – standard civil – dans le texte, tout en marquant la différence entre le standard de preuve applicable à la décision de culpabilité – standard pénal – et celui qui doit être utilisé en vue de prononcer la confiscation (doc. du Conseil 14575/12, p. 6).

<sup>637</sup> Notons que sans surprise, le bien en cause doit être d'origine illicite mais non être issu d'activités criminelles similaires, comme l'exigeait le texte proposé par la Commission.

<sup>638</sup> Il ressort de l'orientation générale du Conseil que cette affirmation serait entrée en contradiction avec certains systèmes juridiques nationaux (doc. du Conseil 17117/12, p. 3).

<sup>639</sup> Notons que la référence au renversement de la charge de la preuve qui figurait dans ce considérant tel que rédigé par le Conseil dans son orientation générale a toutefois été supprimée (voy. doc. du Conseil 17117/12, p. 8).

<sup>640</sup> Voy. docs. du Conseil 14575/12, p. 4 et 15212/12, p. 4. Très tôt dans les négociations, il est vrai que plusieurs États membres avaient exprimé leur volonté de recourir à un tel critère de limitation (docs. du Conseil 11967/12, p. 5 et 12618/12, p. 6).

confiscation élargie (lit. a, b, c et d), alors que d'autres ne peuvent conduire à une telle confiscation que si elles sont punies, suivant le droit de l'Union ou à défaut le droit national, d'une peine maximale d'emprisonnement d'au moins quatre ans (lit. e)<sup>641</sup>. Soulignons que ce filtre avait été écarté par plusieurs délégations<sup>642</sup>. Il était jugé problématique car la référence à des sanctions nationales, qui peuvent être substantiellement différentes, ne permettrait pas d'offrir une « *unambiguous basis for harmonisation and unified application of an extended confiscation at EU level, neither could it facilitate mutual recognition* »<sup>643</sup>. Nous partageons ce point de vue.

**363.** De manière générale, la directive nous paraît favorable au rapprochement des législations des Etats membres en matière de pouvoirs de confiscation élargis, en mettant fin au régime d'options figurant dans la décision-cadre 2005/212/JAI. Cependant, on peut regretter que plusieurs filtres laissant une importante marge d'appréciation aux Etats membres aient été retenus sous la pression des Etats membres. Le critère de l'avantage économique possible, celui lié à la peine applicable en droit national, ainsi que la possibilité de fixer un certain délai dans lequel les biens doivent avoir été acquis pour être présumés d'origine illicite, sont en effet autant de possibilités de voir émerger des législations nationales très différentes. L'absence d'indication claire du standard de preuve applicable pourrait avoir le même effet, vu l'opposition de certains Etats membres à l'application du standard de preuve civil et *a fortiori* du renversement de la charge de la preuve.

**(f) La confiscation des avoirs de tiers : une initiative intéressante mais à la portée très incertaine<sup>644</sup>**

**364.** L'article 6 est consacré à la « confiscation des avoirs de tiers », mesure jugée nécessaire en raison des transferts de biens fréquemment opérés par les suspects pour éviter la confiscation au profit de « tiers informés » (considérant 24). Cet article est libellé comme suit :

« 1. 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.

2. Le paragraphe 1 ne porte pas atteinte aux droits de tiers de bonne foi ».

---

<sup>641</sup> Voy. également le considérant 23.

<sup>642</sup> Voy. doc. du Conseil 14575/12, p. 4 et du Conseil 15212/12, p. 4.

<sup>643</sup> *Ibid.* Voy. également en ce sens, doc. du Conseil 14826/12, pp. 3 à 5.

<sup>644</sup> Voy. sur cette question, BLANCO CORDERO, I., « Modern Forms of Confiscation and Protection of Third Parties », in LIGETI, K. et SIMONATO, M., *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Oxford and Portland, Hart, 2017, pp. 139-154.

**365.** A la seule lecture de cet article, on pourrait penser que la confiscation à l'égard de tiers est possible dès que des produits ou des biens de valeur équivalente passent du patrimoine du suspect vers celui d'un tiers, qui savait ou devait savoir que le but de l'opération était d'éviter la confiscation. Le considérant 24 paraît néanmoins aller à l'encontre de cette lecture en indiquant qu'

« 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 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 » (nous soulignons).

S'il est étrange d'avoir fait de l'absence d'assiette pour la confiscation en nature dans le patrimoine de la personne poursuivie, un élément de définition de l'acquisition – et non du transfert –, on doit néanmoins constater que ce considérant tend à limiter *de facto* la portée de l'article 6 au cas où il n'y aurait rien à confisquer dans le patrimoine du suspect. Il est par ailleurs difficile de déterminer si cette restriction est censée être appliquée également en cas de transfert, si tant est qu'il soit possible de distinguer transfert et acquisition. Les Etats membres peuvent naturellement concevoir le recours à la confiscation à l'égard de tiers plus largement, la directive ne fixant que des règles minimales.

**366.** Le considérant 24 indique encore que

« les règles relatives à la confiscation des avoirs de tiers devraient concerner tant les personnes physiques que les personnes morales ».

**367.** Le considérant 25 dispose par ailleurs que la confiscation des avoirs de tiers peut être définie en droit interne « comme une mesure subsidiaire ou alternative à la confiscation directe »<sup>645</sup>. Vu le considérant précédent, cette confiscation paraît à tout le moins dans l'esprit du législateur européen, être subsidiaire à la confiscation en nature, qui devrait être privilégiée si elle est possible compte tenu du patrimoine du condamné.

**368.** L'article 6 ne précise pas quel standard de preuve doit être mis en œuvre pour juger de la bonne ou de la mauvaise foi du tiers. Il se borne en effet à indiquer qu'il faudra en juger sur 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 ».

Vu la manière dont cette disposition est rédigée, il semble que la partie poursuivante doive apporter des éléments de preuve d'un faible prix d'achat ou une absence de contrepartie et qu'il incombe dans cette hypothèse au tiers menacé de confiscation d'établir sa bonne foi en montrant qu'il a acquis le bien en cause à un prix normal<sup>646</sup>. La gratuité ou le faible prix d'achat du bien

---

<sup>645</sup> Bien que la directive ne l'indique pas explicitement, il apparaît à la lecture combinée de ce considérant et de l'article 6 qui vise la confiscation de « produits », que la confiscation d'avoirs de tiers ne concerne pas la confiscation élargie mais uniquement la confiscation directe. Cette interprétation est cohérente avec le mécanisme de confiscation élargie qui vise à confisquer des biens « appartenant » au condamné.

<sup>646</sup> En ce sens, BLANCO CORDERO, I., « Modern Forms of Confiscation and Protection of Third Parties », *op. cit.*, p. 150. Voy. également les discussions en doctrine belge quant à la consécration d'un nouveau critère de détermination de la bonne foi des tiers évoquées dans ce chapitre, section 3, c, (4), (c), (vii).

paraît en effet constituer dans l'esprit du législateur européen l'élément-clé permettant de déterminer si le tiers savait ou devait savoir que l'objectif était d'éviter une confiscation et était donc de mauvaise foi.

**369.** L'article 6 va indéniablement plus loin que la proposition de la Commission. Cette dernière précisait en effet que la confiscation à l'égard des tiers n'était possible que lorsque

- les biens transférés devaient être restitués à leur propriétaire légitime, ou lorsque
- la confiscation à charge de la personne condamnée (ou accusée) n'a pas de chance d'aboutir, et que le transfert a eu lieu à titre gratuit ou à un prix inférieur au prix du marché, dans les hypothèses où le tiers connaissait/aurait dû raisonnablement soupçonner l'origine illicite des produits ou savait/ aurait dû raisonnablement soupçonner que le transfert d'autres biens visait à éviter leur confiscation (art 6.2 de la proposition).

Or, le texte finalement adopté indique que la confiscation à l'égard des tiers doit *au moins* être possible dans les cas de transfert au profit de tiers ou d'acquisition par des tiers de produits ou de biens de valeur équivalente, lorsque les tiers savaient ou devaient savoir que la finalité de l'opération était d'éviter une confiscation. La Commission considérait en revanche également la confiscation à l'égard des tiers comme une mesure subsidiaire à la confiscation en nature ou de valeur puisque le considérant 13 de la proposition de directive dispose que : « Celle-ci devrait être envisagée lorsque la personne accusée ne possède pas de biens pouvant être confisqués ». Comme nous l'avons indiqué, une limitation semblable est prévue au considérant 24 de la directive.

**370.** La portée de l'article 6 est par ailleurs plus restreinte que celle figurant dans l'orientation générale du Conseil<sup>647</sup>. Les délégations des Etats membres étaient en effet parvenues à un accord sur le fait que chaque Etat membre devait prendre

« les mesures nécessaires pour permettre la confiscation des produits ou d'autres biens dont la valeur correspond à celle des produits qui ont été transférés à des tiers ou acquis par ceux-ci »,

en interprétant cette disposition

« de manière à ne pas préjuger des droits de tiers de bonne foi ».

La condition de l'absence de bien à confisquer dans le patrimoine du suspect figurait néanmoins également dans un considérant (13), tout comme l'importance du caractère gratuit du transfert ou de l'acquisition ou de la faible contrepartie s'y attachant (13*bis*). L'acquisition par un tiers qui était envisagée était en outre essentiellement l'acquisition directe – alors que la directive retient également l'acquisition indirecte (considérant 24), ou les cas où l'infraction avait été commise au profit du tiers (13*bis*).

**371.** Contrairement à ce que préconisait le Comité LIBE<sup>648</sup>, les instruments ne sont quant à eux pas visés par la confiscation à l'égard des tiers.

**372.** Au vu de ce qui précède, nous devons à nouveau constater le caractère assez flou de la directive sur une disposition novatrice et assez débattue. Aucun standard de preuve n'est fixé

---

<sup>647</sup> Doc. du Conseil 17117/12.

<sup>648</sup> Doc. du Parlement A7-0178/2013, p. 24.

et le critère de l'absence de biens dans le patrimoine du suspect paraît trop restrictif et peu opportun. En effet, qu'en est-il si le suspect dispose d'un patrimoine mais qu'il est insuffisant pour couvrir l'intégralité de la confiscation ? Si l'on s'en tient au considérant 24, les Etats membres ne devraient pas prévoir dans ce cas la possibilité de prononcer des confiscations à l'égard de tiers. En réalité ce critère renvoie à la question du caractère réel ou personnel de la confiscation. Dans la première hypothèse, la confiscation à l'égard des tiers devrait être possible si le produit se trouve dans son patrimoine, que le patrimoine du condamné permette ou non l'exécution d'une confiscation par équivalent. Si la confiscation est perçue comme une mesure essentiellement personnelle, la confiscation en valeur à l'égard du condamné et des poursuites distinctes à l'égard du tiers aux de prononcer la confiscation du produit à sa charge, devraient être privilégiée à une confiscation prononcée à charge du condamné mais portant sur le patrimoine d'un tiers.

**373.** Il est enfin évident que ce mécanisme de confiscation à l'égard des tiers permet en réalité d'éviter aux autorités de poursuivre le tiers suspecté d'être de mauvaise foi du chef de blanchiment (ou de recel) et par conséquent de devoir démontrer au-delà du doute raisonnable sa culpabilité. On peut dès lors s'interroger sur la compatibilité de ce mécanisme de confiscation avec les droits fondamentaux du tiers en cause. Nous y reviendrons dans la Partie II de cette étude.

**(g) Le gel d'avoirs aux fins d'une confiscation future et les mesures d'urgence préalables : provisoires mais non nécessairement judiciaires**

**374.** Mesure préalable permettant de préserver des biens afin qu'une confiscation future puisse être effectivement exécutée (considérant 26), le gel<sup>649</sup> fait l'objet de l'article 7 qui dispose que :

« 1. 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 de préserver les biens.

2. 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 ».

**375.** Cette disposition doit être lue à la lumière de l'article 8 consacré aux garanties offertes aux personnes faisant l'objet d'une mesure de confiscation ou de gel. Il est en effet prévu que :

« 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

---

<sup>649</sup> Il est pour rappel défini à l'article 2, 5° 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 ».

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. (...) ».

**376.** Le législateur européen a ainsi prévu la possibilité pour « une autorité compétente », non nécessairement judiciaire, de prendre des mesures de gel d'une part, et des mesures d'urgence, préalables à une décision de gel, d'autre part. Ces dernières visent à

« empêcher la dissipation des biens avant qu'une décision de gel puisse être adoptée » (considérant 27).

**377.** Les biens susceptibles de faire l'objet de ces deux types de mesures sont ceux qui pourraient éventuellement être confisqués ultérieurement (art. 7, § 1), en ce compris à l'égard des tiers (art. 7, § 2). Sont également visées les biens qui devraient être restitués à la victime ou qui pourraient permettre l'indemnisation des personnes préjudiciées (considérant 29).

**378.** Il découle de l'article 8 de la directive que la personne visée par une mesure de gel devra en principe être informée « dans les plus brefs délais » du gel opéré sur son ou ses biens, par la communication de la décision de gel contenant « même brièvement » le ou les motifs du gel (art. 8.2)<sup>650</sup>. Cette communication peut néanmoins être reportée si elle est de nature à « compromettre une enquête pénale » en cours. Le gel est en outre par essence temporaire puisque sa durée ne peut « excéder le temps nécessaire pour préserver les biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure » (art. 8.3)<sup>651</sup>. Les biens gelés devront être « immédiatement restitués » s'ils ne sont pas confisqués (art. 8.5). La personne concernée doit par ailleurs bénéficier d'un recours effectif devant un tribunal lui permettant d'attaquer la décision de gel (art. 8.4). Les États membres peuvent également, mais ne doivent pas, prévoir un mécanisme de validation ou de réexamen par une autorité judiciaire – c'est-à-dire par nécessairement un tribunal – des décisions de gel adoptées par une autorité compétente non judiciaire (art. 8.4). Les procédures de restitution et de recours sont régies par le droit interne des États membres (arts. 8.4 et 8.5).

---

<sup>650</sup> Suivant le considérant 34, cette communication a « entre autres, pour but de permettre à la personne concernée d'attaquer la décision » et « devrait s'accompagner d'indications précisant, au moins brièvement, le ou les motifs de la décision concernée, étant entendu que ces indications peuvent être très succinctes ».

<sup>651</sup> Le considérant 31 précise à ce propos : Compte tenu de la limitation du droit de propriété qu'entraînent les décisions de gel, ces mesures provisoires ne devraient pas être appliquées plus longtemps que nécessaire pour sauvegarder les biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure. Ceci peut obliger la juridiction à contrôler que la finalité de la décision de gel, à savoir prévenir la dissipation des biens, demeure valide ».



**379.** Le texte proposé par la Commission<sup>652</sup> n'était pas très éloigné de celui finalement adopté, à l'exception de deux différences essentielles : le gel devait être ordonné par un tribunal et les mesures d'urgence préalables adoptées par des autorités compétentes devaient – et non pouvaient – être confirmées « dans les meilleurs délais » par un tribunal – et non par un tribunal ou une autorité judiciaire. L'obligation de motivation des décisions de gel était également plus étendue – la décision devait être « dûment » motivée – et aucune possibilité de reporter sa communication à la personne concernée n'était prévue.

**380.** A l'instar du texte final, l'orientation générale du Conseil écartait le recours obligatoire à un tribunal pour ordonner une mesure de gel<sup>653</sup>. Elle prévoyait en effet également que le gel et les mesures d'urgence préalables étaient ordonnés par une « autorité nationale compétente », non nécessairement judiciaire. Toutefois, il était prévu en contrepartie que si cette autorité n'était pas « un tribunal ou une autre autorité judiciaire », les Etats membres devaient faire en sorte que « la mesure puisse faire l'objet d'un contrôle effectif par un tribunal ou une autre autorité judiciaire ». En d'autres termes, le gel et les mesures d'urgence pouvaient être imposés par une autorité compétente non judiciaire comme le prévoit la directive, sous réserve de la possibilité d'un contrôle *a posteriori* par une autorité judiciaire mais non nécessairement par un tribunal comme l'exige la directive. Aucune obligation de motivation de la décision de gel et aucune exception à celle de la communiquer n'était prévue, au contraire de la directive qui impose une motivation même brève, dont la communication peut être reportée.

**381.** Le Comité LIBE se trouvait à mi-chemin entre les positions de la Commission et du Conseil. Il préconisait d'une part qu'une « autorité compétente » puisse adopter tout type de décision de gel – comme le Conseil – et d'autre part qu'il existe un droit de recours devant un tribunal – comme la Commission. Il s'alignait pour l'essentiel sur la proposition de la Commission en matière de garanties procédurales attachées au gel.

**382.** Le texte finalement adopté a donc partiellement « déjudiciarisé » le gel qui peut être ordonné par une autorité compétente non judiciaire. Dans cette hypothèse, un tribunal pourrait n'être en mesure de se prononcer sur le bienfondé de la mesure qu'après qu'une procédure de validation ou de réexamen ait été menée devant une autorité judiciaire. La directive écarte d'ailleurs l'obligation de validation des décisions d'urgence préalables adoptées par une autorité non judiciaire, préconisée par la Commission, en ne retenant que le droit de recours *a posteriori* devant un tribunal, le cas échéant après réexamen ou validation par une autorité judiciaire. L'obligation de motivation de la décision de gel et celle de communiquer dans les meilleurs délais la décision de gel sont également atténuées par rapport à la proposition de la Commission. Les biens pourront donc être gelés par un plus grand nombre d'autorités que ce que préconisait la Commission, sans confirmation obligatoire par un tribunal,.

---

<sup>652</sup> Il s'agissait du texte suivant : « 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 ».

<sup>653</sup> Doc. du Conseil 17117/12, p. 18.

**(h) Pour confisquer, il faut détecter et dépister les  
avoirs des criminels même après condamnation**

**383.** Pour être en mesure de geler puis de confisquer les produits et les instruments, les Etats membres doivent nécessairement en favoriser « la détection et le dépistage », « même après une condamnation définitive pour infraction pénale ou à l'issue des procédures [de confiscation sans condamnation] »<sup>654</sup> (art. 9). Les Etats membres doivent donc prendre les mesures nécessaires pour détecter et identifier les biens susceptibles de confiscation tant en amont qu'en aval de la décision de confiscation.

**384.** Cette disposition est très semblable à celle qui figurait dans la proposition de la Commission, dont l'objectif était de faire face aux manœuvres de dissimulation de leurs biens auxquelles s'adonnent les personnes soupçonnées d'appartenir à une organisation criminelle. Elle soutenait que cette disposition imposait aux Etats membres d'autoriser « la tenue d'une enquête sur le patrimoine de la personne dans toute la mesure nécessaire à l'exécution complète » de la décision de confiscation<sup>655</sup>. Il s'agit notamment de permettre l'exécution des décisions de confiscation à des avoirs demeurés dissimulés au cours de la procédure pénale ou de confiscation mais ayant refait surface ensuite<sup>656</sup>.

**(i) Mieux gérer les avoirs gelés et confisqués et les  
utiliser à des fins d'intérêt public ou d'utilité sociale**

**385.** Souvent peu traitée, la problématique de la gestion des avoirs gelés et confisqués fait l'objet de l'article 10 de la directive.

**386.** Tout d'abord, les Etats membres doivent veiller à assurer une « gestion adéquate » des biens gelés (§1), ce qui peut impliquer leur vente ou leur transfert (§2). Dans ce cadre, ils pourraient notamment mettre en place des bureaux centralisés spécialisés. Aucune définition de ce qu'est une « gestion adéquate » des biens gelés n'est donnée<sup>657</sup>, mais il est clair que la gestion des biens gelés doit permettre d'éviter leur dépréciation (considérant 32).

**387.** Ensuite, les Etats membres devraient envisager d'autoriser l'utilisation des biens confisqués à « des fins d'intérêt public ou pour des finalités sociales » (§3)<sup>658</sup>. Cette dernière mesure ne figurait pas dans la proposition de la Commission ou dans l'orientation générale du Conseil. Le Comité LIBE avait en revanche préconisé de contraindre les Etats Membres à prévoir la possibilité d'une telle utilisation<sup>659</sup>. Il y tenait manifestement beaucoup, alors que pour plusieurs Etats membres un considérant en ce sens suffisait<sup>660</sup>. Finalement, il obtint qu'une

---

<sup>654</sup> Il s'agit d'éviter que les suspects ou personnes poursuivies cachent leurs biens durant la procédure et puissent en jouir librement après, sans que la confiscation puisse être effectivement exécutée (considérant 30).

<sup>655</sup> Proposition de directive, *op. cit.*, p. 14.

<sup>656</sup> *Ibid.*

<sup>657</sup> Ce que regrettait le Comité LIBE, qui n'en proposait toutefois pas non plus, Doc. du Parlement A7-0178/2013, p. 31.

<sup>658</sup> Sur cette question, voy. MONTALDO, S., « Directive 2014/42/EU and social reuse of the confiscated asset in the EU; advancing a culture of legality », *NJECL*, 2015/6, pp. 195-212.

<sup>659</sup> Doc. du Parlement A7-0178/2013, p. 31.

<sup>660</sup> Voy. doc. du Conseil 14603/13, p. 6.

partie du considérant proposé par le Conseil soit inséré à l'article 10<sup>661</sup>. Signe toutefois de la réserve des Etats membres, le considérant 35 soutient qu'il ne résulte de cette disposition, qu'« une obligation de procédure, telle que celle de faire procéder à une analyse juridique ou à un examen des avantages et des désavantages de l'instauration de telles mesures ». L'article 10 ne conduira ainsi manifestement pas à la modification de la législation des Etats membres<sup>662</sup> qui ne sont pas favorables à l'utilisation à des fins d'intérêt public ou sociales des biens confisqués. Elle devrait néanmoins les conduire à examiner la question.

#### **(4) Conclusion de synthèse : un rapprochement semé d'embûches**

**388.** L'action commune 98/699/JAI a été adoptée en vue d'assurer une mise en œuvre harmonieuse au sein de l'Union européenne de la Convention de Strasbourg. Elle impose ainsi aux Etats membres, en cas d'infractions punies « d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an », de ne pas formuler de réserve à l'article 2 de la Convention et par conséquent à prendre les mesures nécessaires pour permettre la confiscation des instruments et des produits du crime ou de biens de valeur équivalente, (art. 1.1.a).

**389.** La décision-cadre 2001/500/JAI abroge la majorité des dispositions de l'action commune en matière de confiscation, en reprenant pour l'essentiel les obligations y figurant. Elle réduit néanmoins un peu plus la faculté de réserve des Etats membres quant aux produits des infractions fiscales. Elle précise également leur capacité d'exclure la confiscation de valeur.

**390.** Le droit de l'Union européenne des confiscations a véritablement vu le jour avec la décision-cadre 2005/212/JAI du 24 février 2005, adoptée sous l'impulsion du Danemark. A cette occasion, l'Union européenne a en effet entrepris de s'émanciper du droit international et régional des confiscations dans le but de créer une législation européenne claire en la matière. Bien qu'inspirée des Conventions de Vienne et de Strasbourg, la décision-cadre ne s'y réfère ainsi plus directement pour fixer les obligations des Etats membres (art. 2).

**391.** Elle contient dans ce cadre un mécanisme complexe de « pouvoirs de confiscation élargis » renforçant la capacité de confiscation du tribunal confronté à certaines infractions graves génératrices de profits et commises dans le cadre d'une organisation criminelle ou de nature terroriste (art. 3). Il s'agit plus précisément de permettre au tribunal de confisquer des biens, acquis au cours d'une période antérieure à la condamnation qu'il juge raisonnable, et dont il est pleinement convaincu sur base d'éléments concrets

- qu'ils proviennent d'activités criminelles, ou
- qu'ils proviennent d'activités criminelles similaires, ou
- que leur valeur est disproportionnée par rapport au revenu légal de la personne condamnée et qu'ils découlent de l'activité criminelle de la personne condamnée.

**392.** Comme nous l'avons relevé, chacun de ces modèles de confiscation implique un assouplissement de la charge de la preuve dans le chef de l'accusation ainsi qu'une restriction

---

<sup>661</sup> Doc. du Conseil 16861/13.

<sup>662</sup> En ce sens, MONTALDO, S., *op. cit.*, pp. 211.

corrélative de la présomption d'innocence des personnes en cause. Ils permettent en effet de confisquer des biens acquis avant la condamnation, dont le ministère public doit uniquement démontrer l'origine illicite, en se bornant le cas échéant à mettre en évidence leur valeur disproportionnée par rapport aux revenus légaux de la personne condamnée. Il ne lui incombe en revanche pas de démontrer qu'ils proviennent de l'infraction déclarée établie. La décision-cadre impose aux Etats membres de mettre en œuvre au moins l'un de ces trois modèles alternatifs.

**393.** Cette possibilité de choisir l'un ou l'autre modèle, voire éventuellement plusieurs d'entre eux, n'était naturellement pas de nature à renforcer le rapprochement des législations nationales et constituait certainement la principale faiblesse de la décision-cadre. Elle est encore accentuée par la possibilité laissée aux Etats membres en matière de pouvoirs de confiscation élargis de recourir à des procédures autres que des procédures pénales pour priver l'auteur de ses biens illicites.

**394.** Sans le leur imposer, la décision-cadre invite par ailleurs les Etats membres à envisager de permettre l'usage de ces pouvoirs de confiscation élargis à l'encontre de tiers, associés à la personne concernée ou en ce qui concerne les personnes morales, sur lesquelles la personne concernée exerce directement ou par l'intermédiaire de ses associés une influence déterminante (art. 3).

**395.** La décision-cadre évoque enfin la nécessité de respecter les droits fondamentaux des personnes et de leur assurer le droit à un recours effectif. Elle ne pose toutefois pas d'obligations très précises en la matière.

**396.** Après plusieurs années de relative inactivité dans le domaine du droit des confiscations, le législateur européen s'est lancé en 2012 dans un projet ambitieux de directive visant à renforcer les pouvoirs de confiscation des autorités compétentes des Etats membres. Son objectif était double : priver les criminels du bénéfice de leurs infractions et faire de leurs avoirs des ressources pour les autorités publiques. Bien que consciente de la nécessité de traiter également de la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation pour bâtir un régime efficace de confiscation, la Commission indiqua à l'époque n'être pas encore en mesure de proposer un texte sur la question. Il arrivera plus de quatre ans après le dépôt de la proposition de directive concernant le gel et la confiscation.

**397.** En dépit de ses faiblesses, la proposition de directive innovait sur plusieurs aspects : confiscation en l'absence de condamnation préalable, confiscation élargie plus uniformisée et obligation de permettre la confiscation à l'égard des tiers notamment. Elle conduisit à de très longues négociations au sein du Conseil et à l'adoption d'un rapport engagé du Comité LIBE du Parlement. La directive 2014/42/UE née de ces discussions et de plusieurs trilogues et autres réunions dites « informelles » entre le Conseil, le Parlement et la Commission est néanmoins décevante à plusieurs égards, comme nous l'avons souligné.

**398.** Conformément à l'article 83, § 1<sup>er</sup> TFUE, son champ d'application est limité aux eurocrimes cités par la directive à l'article 3, sans préjudice de la capacité du législateur européen d'en prévoir l'application à d'autres infractions qu'il établirait. Les dispositions des instruments antérieurs demeurent applicables aux autres infractions.

**399.** Outre la confiscation en nature des produits ainsi que des instruments, la directive prévoit la possibilité de confisquer par équivalent tant les produits que les instruments (art. 4, § 1). Cette confiscation de valeur des instruments est novatrice. A la lecture des considérants 14 et 17, elle peut être considérée comme subsidiaire à la confiscation en nature des instruments, et devrait être exclue si elle apparaît *in concreto* disproportionnée ou si le condamné n'est pas responsable de l'impossibilité de procéder à la confiscation en nature. La directive précise également que la confiscation en nature ou de valeur des produits et des instruments peut être prononcée *in absentia*.

**400.** Lorsqu'une telle confiscation n'est pas possible, la directive prévoit que les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires, à tout le moins lorsque cette impossibilité résulte d'une maladie ou de la fuite du suspect ou de la personne poursuivie, pour permettre la confiscation des instruments et des 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.

**401.** Reliquat de la confiscation sans condamnation préalable proposée par la Commission, ce mécanisme – fruit de très longs débats au sein du Conseil ainsi qu'entre ce dernier, le Parlement et la Commission – est en réalité fondé sur la culpabilité présumée du suspect. Il est ainsi très éloigné de la confiscation *in rem* ou civile classique. Ses conditions d'application sont également assez floues, à l'instar de celles des mécanismes de confiscation élargie et de confiscation des avoirs des tiers, ouvrant la voie à des transpositions nationales hétérogènes. Conseil et Parlement en étaient toutefois conscients en invitant la Commission à poursuivre ses travaux et à proposer aussi rapidement que possible un nouveau texte en matière de confiscation<sup>663</sup>. Il ressort des deux documents publiés jusqu'ici par la Commission à cet égard qu'elle est favorable à l'introduction d'un nouveau mécanisme de confiscation sans condamnation mais n'a pas encore pu déterminer de quel type il devrait s'agir.

**402.** L'article 5 de la directive impose encore aux Etats membres de prévoir la possibilité de confisquer les biens

- appartenant à une personne reconnue coupable,
- d'une infraction pénale grave qu'elle énumère,
- susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique,

lorsqu'une juridiction est concrètement convaincue, notamment en raison du fait que leur valeur est disproportionnée par rapport aux revenus légaux du condamné, qu'ils proviennent d'activités criminelles.

**403.** Le législateur européen a ainsi prévu un seul mécanisme de confiscation élargie, mettant ainsi fin pour les eurocrimes aux trois possibilités offertes par le décision-cadre 2005/212/JAI. La directive ne permet néanmoins pas d'assurer une transposition uniforme vu la marge de manœuvre dont disposent les Etats membres. La condition de la possibilité d'obtenir un avantage économique et celle liée à la peine applicable en droit national, la possibilité de fixer

---

<sup>663</sup> Doc. du Conseil 7329/1/14 REV 1 ADD 1.

un certain délai dans lequel les biens doivent avoir été acquis pour être présumés d'origine illicite, ou l'absence de définition du standard de preuve applicable sont en effet autant de sources potentielles de dissonances majeures entre droits nationaux.

**404.** Sans préjudice des droits des tiers de bonne foi, le législateur européen a également prévu à l'article 6, la possibilité de confisquer les produits, ou des biens de valeur équivalente, transmis à ou acquis par des tiers, à tout le moins dans les cas où il apparaît des faits de la cause, notamment du fait de la gratuité ou de la faible contrepartie à l'opération, qu'ils savaient ou auraient dû savoir que la finalité du transfert ou de l'acquisition était d'éviter la confiscation. Novatrice, la portée de cette disposition est néanmoins difficile à établir, vu ses conditions d'application assez floues, notamment quant à la détermination de la mauvaise foi du tiers ou du lien réalisé dans le considérant 24 de la directive entre la composition du patrimoine du condamné et la possibilité de confisquer un bien à l'égard de tiers.

**405.** Par ailleurs, la directive impose aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour permettre le gel des biens aux fins de confiscation éventuelle, ainsi que des mesures d'urgence préalables (art. 7). Au vu des garanties spécifiques prévues à l'article 8 de la directive, le gel peut être ordonné par une autorité non judiciaire mais la personne qui le subit doit pouvoir le contester devant un tribunal, le cas échéant après réexamen ou validation par une autorité judiciaire. La décision motivée de gel doit être communiquée à la personne concernée, à moins qu'une telle communication compromette l'enquête pénale.

**406.** Des mesures doivent encore être prises pour identifier et dépister les produits ainsi que les instruments, en ce compris après une décision de confiscation. Les Etats membres sont en outre encouragés à prendre des mesures particulières de gestion des biens gelés et confisqués.

**407.** Enfin, pour la première fois, le législateur a élaboré une disposition spécifiquement consacrée aux droits des personnes concernées par les mesures qu'elles déterminent (art. 8).

#### **d. Conclusion de synthèse de la section 2 : pour que le crime ne paie pas, l'Union européenne doit parvenir à élaborer un véritable droit européen des confiscations**

**408.** Le législateur européen s'intéresse à la confiscation depuis une vingtaine d'années. Son objectif est depuis l'origine toujours le même : rapprocher les législations des Etats membres en vue de garantir une coopération efficace afin que le crime ne paie pas. Il élabore à cette fin deux types d'instruments. D'une part, des instruments ayant pour objet de doter tous les Etats membres de règles minimales communes en matière de confiscation, et d'autre part des instruments visant à organiser et simplifier la reconnaissance des décisions de confiscation et de gel. Nous n'avons analysé, vu l'objet de notre étude, que les instruments destinés à rapprocher les droits nationaux.

**409.** Ce rapprochement est dans un premier temps passé par l'organisation de la mise en œuvre au sein de l'Union européenne de la Convention de 1990 du Conseil de l'Europe. Cette manière de procéder a néanmoins rapidement été jugée insuffisante, de sorte qu'un premier instrument posant des obligations non directement fondées sur la Convention de 1990 a été

adopté : la décision-cadre 2005/212/JAI. Cette dernière ajoute au corpus préexistant une disposition novatrice imposant aux Etats membres de permettre la mise en œuvre de pouvoirs de confiscation élargis. L'objectif est de pouvoir confisquer des biens acquis, grâce à une activité criminelle, antérieurement à la commission de l'infraction déclarée établie. Confronté aux dissensions des Etats membres, le législateur européen fut néanmoins contraint de prévoir trois systèmes alternatifs distincts, se montrant ainsi incapable d'effectivement assurer le rapprochement des législations nationales.

**410.** Dix ans plus tard, la directive 2014/42/UE vit le jour aux fins de rendre la confiscation plus efficace au sein de l'Union européenne et ainsi de protéger l'économie légale en privant les criminels de leurs avoirs. L'Union européenne espérait aussi pouvoir favoriser l'utilisation de ces avoirs par les autorités publiques confrontées à une situation économique difficile. Les négociations autour de la proposition de la Commission furent très intenses au sein du Conseil, essentiellement à propos des mécanismes de confiscation sans condamnation préalable et de confiscation élargie. La déclaration du Conseil et du Parlement publiée en marge de l'adoption de la directive appelant la Commission à poursuivre ses travaux afin de proposer de « nouvelles règles communes en matière de confiscation de biens provenant d'activités de nature délictueuse »<sup>664</sup>, démontre néanmoins que le texte adopté ne répond pas aux attentes placées en lui.

**411.** Etape vers la création d'un droit européen, la directive 2014/42/UE est néanmoins loin d'être un aboutissement vu la marge de manœuvre encore importante qu'elle laisse aux Etats membres relativement à des éléments aussi essentiels que le standard de preuve applicable en matière de confiscation élargie ou de confiscation à l'égard des tiers. Le mécanisme de confiscation sans condamnation formelle préalable ouvre également la voie à des transpositions peu homogènes et peu respectueuses, à notre sens, des droits des tiers concernés. Le rapport de suivi de la Commission met d'ailleurs en évidence le caractère encore très varié des dispositifs de confiscation applicables au sein de l'Union européenne<sup>665</sup>. Or, si l'Union européenne veut effectivement qu'un droit européen des confiscations émerge, permettant de mieux confisquer au plan interne et favorisant la coopération entre ses membres, elle devra parvenir à un consensus plus solide sur les conditions d'application des mécanismes de confiscation élargie et à l'égard des tiers. Elle devra également parvenir, à moins que la Cour de justice ne s'en charge, à donner une portée plus concrète aux garanties procédurales consacrées par la directive 2014/42/UE.

### **3. Le droit belge des confiscations**

**412.** Notre ambition dans cette section n'est pas de procéder à une analyse exhaustive de la confiscation en droit interne, d'autres l'ont déjà fait<sup>666</sup>. Nous chercherons plus modestement à

---

<sup>664</sup> Doc. du Conseil 7329/1/14 REV 1 ADD 1.

<sup>665</sup> *Rapport de La Commission au Parlement européen et au Conseil. Recouvrement et confiscation d'avoirs : Garantir que le crime ne paie pas*, 2 juin 2020, doc. COM(2020) 217 final.

<sup>666</sup> Sur le droit belge des confiscations, voy. KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 274 et s. ainsi que LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., « Saisie et confiscation en matière pénale », Bruxelles, Bruylant, 2015 et la contribution plus ancienne mais encore très intéressante BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si

mettre en évidence ses caractéristiques essentielles sur le plan terminologique (b) et substantiel (c), en nous concentrant sur le droit commun sans toutefois nous y limiter, après avoir mis en évidence les motifs avancés par le législateur pour justifier ses principales évolutions (a). Nous consacrerons également une sous-section à la saisie, outil intimement lié à la confiscation (d). Enfin, nous proposerons une synthèse des principaux constats que nous aurons réalisés (e).

#### **a. Création et objectifs : conjuguer efficacité et respect des droits fondamentaux<sup>667</sup>**

**413.** L'article 17 de la Constitution dispose que « la peine de confiscation des biens ne peut être établie ». En réalité, seule la confiscation générale des biens, c'est-à-dire « la peine qui, atteignant tout le patrimoine, cesserait d'être individualisée et frapperait la famille du délinquant »<sup>668</sup>, est prohibée. En droit interne, la confiscation ne peut néanmoins viser que des biens déterminés et non l'intégralité du patrimoine d'une personne.

**414.** Depuis son entrée en vigueur en 1867<sup>669</sup>, le Code pénal prévoit en conséquence une peine de « confiscation spéciale ». Elle avait déjà pour but à l'époque d'assurer le « maintien de l'ordre social, la garantie du droit commun, l'organisation de la paix publique et du perfectionnement social »<sup>670</sup>. La Cour constitutionnelle relevait récemment<sup>671</sup> en ce sens que le législateur prêtait des effets multiples à la peine de confiscation spéciale : « l'intimidation du condamné et des hommes pervers qui seraient tentés de le suivre dans la voie du crime », la « prévention » et, si possible, l'« amélioration du condamné » par l'« amendement du coupable ». Dissuader, prévenir la commission d'infractions et favoriser l'amendement du condamné sont ainsi les objectifs classiquement reconnus à la confiscation spéciale.

**415.** Comme le souligne M. KUTY<sup>672</sup>, la peine de confiscation spéciale n'a pas connu d'évolution jusqu'à l'adoption de la loi 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43, et 505 du Code pénal et insérant un article 43*bis* dans ce même Code (ci-après « la loi du 17 juillet 1990 »)<sup>673</sup>. Afin d'« améliorer les moyens dont dispose notre système répressif pour faire face à (...) toutes les formes de criminalité, organisée ou non, qui ont pour objectif la réalisation

---

accessoire », in GUILLAIN, Ch., *e.a.*, (sous la dir. de), *Questions spéciales en droit pénal*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 5-54.

<sup>667</sup> Pour un aperçu critique, voy. KLEES, O., « La cigale et la fourmi ou le juge pénal et la confiscation », in F. KUTY et A. WEYEMBERGH, *La science pénale dans tous ses états. Liber amicorum Patrick Mandoux et Marc Preumont*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 50-75, spéc. p. 57 et s.

<sup>668</sup> Cass., 3 mai 2006, P.06.0220.F. Voy. également sur cette question, KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, *op. cit.*, pp. 281-282 (et références citées).

<sup>669</sup> Voy. not. *Doc. parl.*, Sen., session 1865-1866, doc. 11/76.

<sup>670</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 1850-1851, doc. n° 245, p. 11.

<sup>671</sup> C. const., arrêt n° 12/2017 du 9 février 2017, B.10.1 à la lumière de *Doc. parl.*, Ch., session 1850-1851, doc. n° 245, p. 11.

<sup>672</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, *op. cit.*, pp. 277-278.

<sup>673</sup> *M.B.*, 15 août 1990, p. 15886. Sur cette loi, voy. not. DE SWAEF, M., « De bijzondere verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen uit misdrijven », *R.W.*, 1990-1991, p. 490 et s. ; JAKHIAN, G., « L'infraction de blanchiment et la peine de confiscation en droit belge », *R.D.P.C.*, 1991, pp. 765-788 ; MESSINNE, J., « La loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43*bis* dans ce même Code », *J.T.*, 1991, pp. 484-493 ; SPREUTELS, J., « Le délit de blanchiment et la confiscation des avantages patrimoniaux tirés des infractions », in SPREUTELS, J., *e.a.*, *Droit pénal des affaires : Conférence du Jeune Barreau, Séminaires de droit, 19 janvier 1991*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991.



d'un profit »<sup>674</sup>, le législateur introduisit à cette occasion dans le Code pénal deux nouveaux instruments destinés à ce que le crime ne paie pas : la confiscation des profits tirés de l'infraction et l'incrimination du blanchiment de ces profits. Sauf en matière de stupéfiants – et encore de manière limitée –, le projet de loi relevait en effet que le droit pénal ne permettait pas d'une part, aux tribunaux de prononcer la confiscation spéciale des profits tirés de la commission des infractions, et d'autre part, que les opérations ayant pour objet de gérer et de reconverter des profits illicites n'étaient pas incriminées<sup>675</sup>.

**416.** Dans les lignes qui suivent, nous revenons sur l'évolution du droit des confiscations dans l'ordre juridique belge depuis cette loi jusqu'à ce jour (1), avant de présenter les objectifs de l'avant-projet de Code pénal actuellement en discussion devant le Parlement (2).

### **(1) Parvenir à confisquer davantage mais pas à n'importe quel prix**

**417.** La loi du 17 juillet 1990 organise un régime de confiscation étendu, pour qu'elle soit toujours possible après la commission d'une infraction, quelle qu'elle soit, tout en conférant au juge un large pouvoir d'appréciation afin d'éviter une répression indifférenciée<sup>676</sup>. Elle permet plus précisément au juge de prononcer la confiscation des

« avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, des biens et valeurs qui leur ont été substitués et des revenus de ces avantages investis » (art. 42, 3° C.P. et 43bis C.P.).

Le législateur voulait également introduire un

« ordre de priorité pour l'application des règles de confiscation de manière à ce que la confiscation reste autant que possible liée à l'infraction, mais qu'elle puisse également s'appliquer si les biens ou valeurs ayant un lien avec l'infraction ont disparu »<sup>677</sup>.

L'article 43bis dispose à cette fin que si les biens visés à l'article 42, 3° nouveau du Code pénal ne peuvent être trouvés, le juge confisquera une somme d'argent de valeur équivalente. Enfin, la loi impose au juge de prononcer la confiscation des biens à l'égard desquels les faits de blanchiment ont été commis.

**418.** Bien que la loi du 17 juillet 1990 procède de la même logique que la Convention de 1988, le Projet de loi n'y fait – étonnamment – pas référence<sup>678</sup>. Quelques années plus tard, le législateur indiquera néanmoins que cette loi avait permis de mettre le droit belge en conformité avec les exigences des Conventions de 1988 et de 1990 pour ce qui est des dispositions internes à prendre<sup>679</sup>. Ce n'était pas le cas en matière de coopération internationale, raison principale de l'adoption de la loi du 20 mai 1997 sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution de saisies et de confiscations (ci-après « la loi du 20 mai 1997 »)<sup>680</sup>. Cette loi

---

<sup>674</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/1, p. 1. Voy. également *Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/4, p. 2.

<sup>675</sup> *Ibid.*

<sup>676</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/1, p. 2.

<sup>677</sup> *Ibid.*

<sup>678</sup> Le *Projet de loi* évoque néanmoins les travaux préparatoires de la convention de 1990 (*Ibid.*, p. 3).

<sup>679</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 1995-1996, doc. 427/1, p. 1.

<sup>680</sup> *M.B.*, 3 juillet 1997, p. 17727.

comporte en outre plusieurs dispositions visant à « adapter les dispositions internes relatives aux confiscations et aux saisies à ce qu'exige la coopération internationale en la matière »<sup>681</sup>.

**419.** La loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale (ci-après « la loi du 19 décembre 2002 »)<sup>682</sup> marque une étape importante dans le développement du droit belge des confiscations : l'intégration dans le Code pénal d'un mécanisme de confiscation élargie.

**420.** Le Gouvernement désirait doter le droit belge de « mesures législatives spéciales de lutte contre la criminalité grave et la criminalité organisée »<sup>683</sup>. Selon lui, ces phénomènes criminels particuliers, qui peuvent gravement déstabiliser la société, sont à ce point tournés vers le profit que le « dessaisissement des revenus criminels qui en découlent peut logiquement constituer un moyen efficace de dissuasion »<sup>684</sup>. A cet égard, le Gouvernement précise qu'il apparaît au vu des travaux des experts et des criminologues<sup>685</sup>, que l'appréhension de ces phénomènes évolue « de plus en plus d'un modèle de lutte contre la criminalité vers un modèle de contrôle de la criminalité et d'une approche orientée sur l'auteur vers une approche orientée sur le butin »<sup>686</sup>. Dans ce cadre, les autorités comparent « des facteurs tels que le bilan des "pertes et profits" de l'infraction et le bilan des "pertes et profits" dans le chef de l'appareil judiciaire »<sup>687</sup>.

**421.** Le Gouvernement relève que pour de démanteler les organisations criminelles, les Etats membres de l'Union européenne ont développé différents mécanismes tendant à les frapper en leur point « le plus sensible, à savoir [leurs] moyens financiers et les résultats de [leurs] actes criminels »<sup>688</sup>. Parmi eux, figurent la lutte contre le blanchiment et la confiscation des avantages provenant d'activités illégales qui l'accompagnent. Cette approche est en réalité double :

« Tout d'abord, elle tend à la restauration de la situation (régulière) telle qu'elle se présentait avant la perpétration de l'infraction. De cette manière, le glissement patrimonial illicite est annulé et la société récupère ce dont elle a été privée. Elle vise en outre un effet préventif et dissuasif spécifique, tant dans le chef de la société dans son ensemble que dans celui du condamné en particulier. Le message est clair : le crime ne paie pas »<sup>689</sup>.

**422.** Cependant, la suprématie dont bénéficieraient les criminels pose, selon l'exposé des motifs du *Projet de loi*, souvent des problèmes à la Justice, de sorte qu'il très difficile de mettre efficacement en pratique l'approche orientée sur le butin. Ceci explique pourquoi « les milieux de la police et de la magistrature insistent sur la nécessité d'accroître l'arsenal légal en la matière »<sup>690</sup>. En dépit d'une législation aboutie en matière de blanchiment et de confiscation spéciale, les règles légales en matière de charge de la preuve constitueraient à cet égard une des

---

<sup>681</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 1995-1996, doc. 427/1, p. 12.

<sup>682</sup> *M.B.*, 14 février 2003, p. 7547.

<sup>683</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 1601/01, p. 5.

<sup>684</sup> *Ibid.*

<sup>685</sup> Le projet fait référence à STESENS G., *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen. Onderzoek naar een meer efficiënte bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit*, Anvers, Intersentia, 1997, p. 3 et s.

<sup>686</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 1601/01, pp. 5-6.

<sup>687</sup> *Ibid.*

<sup>688</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>689</sup> *Ibid.*

<sup>690</sup> *Ibid.*

difficultés majeures, étant donné qu'en raison du caractère souvent international du crime organisé, la police et la justice sont souvent confrontées à la tâche presque impossible de démontrer l'origine criminelle – l'infraction de base – de l'enrichissement patrimonial illégal<sup>691</sup>.

**423.** Après consultation d'universitaires et de praticiens, à la lumière d'une analyse de la législation de plusieurs pays européens – mais non du droit international – ainsi que de la jurisprudence de la Cour EDH, et notamment des enseignements de l'arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*<sup>692</sup> quant à la présomption d'innocence, le Gouvernement appelle donc à une « répartition de la charge de la preuve uniquement à l'égard de l'origine de choses dans le cadre de la confiscation, pas à l'égard de l'infraction même »<sup>693</sup>, pour certaines catégories d'infractions uniquement<sup>694</sup>.

**424.** La loi du 19 décembre 2002 introduit en conséquence un article 43<sup>quater</sup> au Code pénal, siège de la confiscation élargie et de l'obligation de confisquer l'intégralité du patrimoine d'une organisation criminelle. Elle conduit également à une nouvelle extension des pouvoirs de saisie de choses susceptibles d'être confisquées et organise l'enquête particulière sur les avantages patrimoniaux, deux nouveaux outils visant à garantir l'efficacité d'une éventuelle confiscation ultérieure<sup>695</sup>. Cette loi renforce par ailleurs les droits des personnes confrontées à la saisie de leur bien ou à une éventuelle peine de confiscation spéciale<sup>696</sup>, pour que le droit belge soit plus conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment quant à la présomption d'innocence.

**425.** La loi du 19 décembre 2002 s'inscrivait dans un projet global de lutte contre la criminalité organisée, qui mènera également à la création de l'Organe central pour la Saisie et la Confiscation (ci-après « OCSC »)<sup>697</sup> par la loi du 26 mars 2003<sup>698</sup>. Cette administration spécialisée a notamment pour mission d'assurer une bonne assimilation par les autorités de poursuites des nouveaux outils mis à leur disposition pour que le crime ne paie pas<sup>699</sup>. Sa création permettait également à la Belgique de répondre aux appels du droit international à la création d'un organe centralisé en matière de confiscations<sup>700</sup>, pour favoriser une mise en œuvre plus efficace des instruments de saisie et de confiscation<sup>701</sup>. La loi du 26 mars 2003 connaîtra

---

<sup>691</sup> *Ibid.*

<sup>692</sup> CEDH, arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, req. n°41087/98.

<sup>693</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2000-2001, doc. 1601/01, p. 35.

<sup>694</sup> *Ibid.*, p. 38 et s.

<sup>695</sup> Suivant la même logique, l'avant-projet de loi tendait également à introduire un mécanisme de confiscation d'avoirs se trouvant le patrimoine d'un tiers (voy. *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 1601/01, pp. 59-60). Ce mécanisme ne se trouve néanmoins pas dans le projet de loi.

<sup>696</sup> Sur cet aspect de la loi, voy. *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 1601/006, p. 4 et s.

<sup>697</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2002-2003, doc. 50-2117/001, p. 1 et s.

<sup>698</sup> Loi du 26 mars 2003 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, *M.B.*, 2 mai 2003, p. 23681.

<sup>699</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2002-2003, doc. 50-2117/001, p. 6.

<sup>700</sup> *Ibid.*, pp. 6-9.

<sup>701</sup> *Ibid.*, p. 6.

plusieurs modifications<sup>702</sup> jusqu'à son abrogation par la loi du 4 février 2018<sup>703</sup> qui réforme l'OCSC pour « en optimaliser le fonctionnement »<sup>704</sup> et transposer la directive 2014/42/UE<sup>705</sup>. L'OCSC fait ainsi l'objet d'une attention constante du législateur depuis sa création.

**426.** L'adoption de la décision-cadre 2005/212/JAI n'amènera pas de profonde modification du droit interne, le législateur estimant qu'une légère extension du champ d'application de confiscation élargie était uniquement suffisante<sup>706</sup>. La loi du 27 décembre 2006<sup>707</sup> n'apporte par conséquent pas de changement substantiel en la matière<sup>708</sup>.

**427.** Le droit belge des confiscations connaîtra encore diverses modifications, visant essentiellement à étendre sur son champ d'application<sup>709</sup>, selon la même logique que celle animant le législateur depuis 2002. La loi du 11 février 2014 portant des mesures diverses visant à améliorer le recouvrement des peines patrimoniales et des frais de justice en matière pénale (I)<sup>710</sup> mérite que nous nous attardions.

**428.** Elle vise à assurer une meilleure exécution des peines, notamment de la peine de confiscation, afin que le crime ne paie pas<sup>711</sup>. Selon le Gouvernement, il en va dans ce domaine « aussi et peut-être même surtout d'abord de la crédibilité des pouvoirs publics en général et du pouvoir judiciaire en particulier »<sup>712</sup>. Or, la situation ne serait pas bonne de ce point de vue, ce qui « laisse des traces au niveau de la motivation des magistrats, des fonctionnaires de police ou autres fonctionnaires qui s'attèlent quotidiennement à déférer des criminels devant leur

---

<sup>702</sup> Loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 26 mars 2003 portant création d'une 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, *M.B.*, 8 septembre 2005, p. 39340 ; Loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (II), *M.B.*, 28 décembre 2006, p. 75345 ; Loi-programme (II) du 27 décembre 2006, *M.B.*, 28 décembre 2006, p. 75862 ; Loi du 27 avril 2007 modifiant la loi du 26 mars 2003 portant création d'un Organe central pour la Saisie et la Confiscation et portant des dispositions sur la gestion à valeur des biens saisis et sur l'exécution de certaines sanctions patrimoniales, *M.B.*, 8 mai 2007, p. 25195 ; Loi du 10 mai 2007 portant diverses mesures en matière de recèlement et de saisie, *M.B.*, 22 août 2007, p. 43896 ; Loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses en matière de Justice (I), *M.B.*, 15 janvier 2010, p. 1885 ; Loi-programme (II) du 29 mars 2012, *M.B.*, 6 avril 2012, p. 22192 ; Loi du 11 février 2014 portant des mesures diverses visant à améliorer le recouvrement des peines patrimoniales et des frais de justice en matière pénale (II), *M.B.*, 8 avril 2014, p. 29913 ; Loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de Justice, *M.B.*, 15 mai 2014, p. 39045 ; Loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, *M.B.*, 6 octobre 2017, p. 90839.

<sup>703</sup> Loi du 4 février 2018 contenant les missions et la composition de l'Organe central pour la Saisie et la Confiscation (appelée la "loi OCSC"), *M.B.*, 26 février 2018, p. 16101.

<sup>704</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2017-2018, doc. 54-42732/001.

<sup>705</sup> Art. 2.

<sup>706</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2006-2007, doc. 51-2760/001, p. 265.

<sup>707</sup> Loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (I), *M.B.*, 28 décembre 2006, p. 75266.

<sup>708</sup> D'autres modifications avaient déjà eu lieu, voy. la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire (*M.B.*, 7 août 2003, p. 40506) ; la loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil (*M.B.*, 2 septembre 2005, p. 38454)

<sup>709</sup> Voy. notamment la loi du 15 juillet 2013 portant des dispositions urgentes en matière de lutte contre la fraude (*M.B.*, 19 juillet 2013, p. 45431) ; la loi du 27 novembre 2013 complétant les articles 43bis, 382ter et 433novies du Code pénal, ainsi que l'article 77sexies de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, relativement à la confiscation spéciale (*M.B.*, 13 décembre 2013, p. 98557).

<sup>710</sup> *M.B.*, 8 avril 2014, p. 29894.

<sup>711</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2012-2013, doc. 53-2934/001 et 2935/001, p. 5.

<sup>712</sup> *Ibid.*

juge »<sup>713</sup>, sans oublier « l'effet préventif d'une exécution pénale effective »<sup>714</sup>. La loi introduit par conséquent un mécanisme d'enquête pénal d'exécution des peines de confiscation (l'« EPE ») et de saisie élargie par équivalent. Elle crée en outre un système de prescription spécifique en matière de confiscation, détaché de l'infraction principale, la rendant moins aisément atteignable<sup>715</sup>. Elle exclut encore la possibilité d'assortir la peine de confiscation d'un sursis<sup>716</sup> et prévoit qu'elle puisse ou doive être ordonnée en dépit de la suspension du prononcé de la condamnation<sup>717</sup>. Enfin, elle autorise corrélativement le juge à diminuer le montant de la confiscation spéciale de valeur afin de ne pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde<sup>718</sup>.

**429.** Une loi du 18 mars 2018 a encore récemment apporté des modifications au régime de droit commun de la confiscation spéciale. Tout d'abord, elle permet la saisie et la confiscation par équivalent des instruments de l'infraction, conformément à la directive 2014/42/UE. Elle atténue également l'intensité de l'obligation de prononcer la confiscation en nature desdits instruments<sup>719</sup>. Ce faisant, le législateur cherchait à répondre<sup>720</sup> à la Cour constitutionnelle qui avait jugé que l'obligation d'ordonner la confiscation en nature des instruments était inconstitutionnelle<sup>721</sup>. Cette loi modifie par ailleurs le régime de la confiscation élargie, en vue de le mettre en conformité avec la directive 2014/42/UE<sup>722</sup>. Plusieurs de ces modifications ont enfin fait l'objet de rectifications en mai 2019<sup>723</sup>.

**430.** Ce bref exposé des principales étapes du développement du droit de la confiscation spéciale montre qu'il est guidé depuis 1990 par l'objectif de combattre la criminalité, quelle qu'elle soit, en s'attaquant aux profits qu'elle génère. La Belgique ne se départit pas à cet égard de l'ONU, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. Il apparaît qu'elle a d'ailleurs souvent anticipé les évolutions du droit international et européen, sous l'impulsion d'un Exécutif très actif, pour rendre son régime de confiscation spéciale plus efficace. Jusqu'à l'adoption de la directive 2014/42/UE, le droit belge était ainsi davantage influencé par celui de certains de ses voisins avant-gardistes en la matière, que par le droit international et le droit de l'Union européenne. Pour « faciliter » la tâche des autorités face à la criminalité grave et organisée, une répartition de la charge de la preuve de l'illicéité des profits du crime a ainsi été mise en place avant l'adoption de la décision-cadre 2005/212/JAI. A cette occasion, une analyse approfondie de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a été réalisée par le Gouvernement pour que la confiscation élargie belge respecte la présomption d'innocence. Cette manière de procéder n'est pas exceptionnelle. Il s'agit au contraire de l'une des caractéristiques de l'évolution du droit de la confiscation spéciale, dont chaque étape a été

---

<sup>713</sup> *Ibid.*, pp. 5-6.

<sup>714</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>715</sup> *Ibid.*, p. 27 et s.

<sup>716</sup> *Ibid.*, p. 101 et s.

<sup>717</sup> *Doc. parl.*, session 2012-2013, doc. 53-2934/002, pp. 9-10.

<sup>718</sup> *Ibid.*, pp. 11-12.

<sup>719</sup> Loi du 18 mars 2018 modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire, *M.B.*, 2 mai 2018, p. 37217.

<sup>720</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2017-2018, doc. 54-2753/001, p. 58 et s.

<sup>721</sup> C. const., arrêt n° 12/2017 du 9 février 2017, B.12.

<sup>722</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2017-2018, doc. 54-2753/001, p. 63 et s.

<sup>723</sup> Loi du 5 mai 2019 portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social, *M.B.*, 24 mai 2019, p. 50023.

franchie à l'initiative de l'Exécutif en s'entourant de l'avis d'experts, à la lumière du droit d'autres Etats européens.

## **(2) L'avant-projet de Code pénal : l'Exécutif en route vers l'instauration d'une mesure de confiscation sans condamnation préalable ?**

**431.** Cette voie est également suivie depuis 2015 en vue de réformer le Code pénal, en ce compris les dispositions relatives à la confiscation spéciale. Une Commission composée d'experts a ainsi été désignée par l'Exécutif, Commission qui après plusieurs années de réflexion, a notamment proposé un avant-projet de livre 1<sup>er</sup> du Code pénal<sup>724</sup>. Cette proposition n'a néanmoins pas été pleinement suivie puisque ses auteurs indiquent que :

« A la suite de modifications substantielles introduites par le gouvernement en fin de parcours qui s'inscrivaient, selon la Commission, en contradiction avec les lignes directrices et principes de base qui étaient censés fonder le nouveau Code pénal (il s'agissait principalement de la place à réserver, dans la Code pénal, à l'emprisonnement et de la question de la répression de la récidive), les deux membres de la Commission ont présenté leur démission au Ministre le 27 août 2018 »<sup>725</sup>.

Eminent juriste et fort de son expérience au sein de la Commission de réforme du droit pénal, M. VANDERMEERSCH a plus largement dénoncé la mainmise de l'Exécutif sur le processus d'élaboration de la loi pénale, au détriment du pouvoir du Parlement, de la transparence et du débat public ainsi que, plus largement, du régime de démocratie représentative<sup>726</sup>.

**432.** La réforme proposée par la Commission était guidée par trois « maîtres mots »<sup>727</sup> : précision, cohérence et simplicité. En matière de confiscation, un choix clair a été réalisé en optant « pour le caractère réel de la confiscation : cette peine porte sur la chose elle-même »<sup>728</sup>. En outre, afin que le crime ne puisse pas payer et que l'agent sale ne puisse continuer à circuler, la confiscation des avantages patrimoniaux devraient être obligatoire<sup>729</sup>. Ces deux options n'ont pas été remises en cause par l'Exécutif et les dispositions relatives à la confiscation ne font d'ailleurs pas partie de celles qui ont suscité la démission des membres de la Commission de réforme précitée<sup>730</sup>.

---

<sup>724</sup> Il a fait l'objet d'une première publication ROZIE, J. et VANDERMEERSCH, D., avec le concours de DE HERDT, J., DEBAUCHE, M. et TAEYMANS, M., *Commission de réforme du droit pénal – Proposition d'avant-projet de livre 1<sup>er</sup> du Code pénal*, Dossier n° 24 de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, La Charte, 2017 ; puis d'une seconde ROZIE, J., VANDERMEERSCH, D. et DE HERDT, J., avec le concours de DEBAUCHE, M. et TAEYMANS, M., *Un nouveau Code pénal pour le futur. La proposition de la Commission de réforme du droit pénal*, Dossier n° 27 de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, La Charte, 2019.

<sup>725</sup> VANDERMEERSCH, D. et ROZIE, J., « A quelques pas de... Les lignes de force du Projet de réforme du Code pénal », in FRANSSSEN, V. et MASSET, A. (s.l.d.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, série CUP, vol. 194, Liège, Anthemis, 2019, pp. 11 à 43, p. 14.

<sup>726</sup> VANDERMEERSCH, D., « La réforme du Code pénal : un exercice impossible ? », in KUTY, F. et WEYEMBERGH, A. (ed.), *La science pénale dans tous ses états. Liber amicorum Patrick Mandoux et Marc Preumont*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 125-140, spéc. pp. 139-141.

<sup>727</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>728</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>729</sup> *Ibid.*

<sup>730</sup> *Ibid.*, pp. 132-133.

**433.** L'avant-projet révisé par l'Exécutif a été déposé sous la forme d'une proposition de loi le 13 mars 2019<sup>731</sup>, puis le 24 septembre 2019<sup>732</sup>. Cette seconde proposition est actuellement en discussion. On y retrouve l'affirmation de son caractère réel et obligatoire<sup>733</sup>. Il nous paraît intéressant de reproduire ici les passages suivant de la dernière version accessible de l'avant-projet quant à la fonction assignée à la confiscation spéciale :

« Lorsque la confiscation porte sur l'objet de l'infraction ou son produit, il s'agit, avant tout, de ne plus tolérer la circulation des choses illicites (par exemple, des stupéfiants, de la fausse monnaie).

La confiscation de l'instrument avec lequel l'infraction a été commise a pour but de sanctionner le délinquant et de réduire le risque de récidive en le privant des outils et des moyens qu'il a utilisés pour commettre l'infraction.

Présentée souvent comme une peine, la confiscation des avantages patrimoniaux retirés de l'infraction vise, en réalité, à priver le délinquant du bénéfice par essence illicite qu'il a retiré de l'infraction : il s'agit de récupérer l'indu et, le cas échéant, de le restituer ou de l'attribuer à la partie civile. Dès lors, il s'agit d'une mesure qui a davantage pour objet de remettre le délinquant et la victime dans leur situation de pristin état que d'infliger au premier une peine.

Dans tous les cas de figure, il s'agit à la base de priver le délinquant de choses qui sont illicites, dont il a fait mauvais usage ou qu'il a acquises à la suite de l'infraction. C'est pourquoi, l'option du projet est de conférer un caractère réel à la confiscation. Si l'objectif est de sanctionner le condamné sur le plan financier, le juge peut recourir alors à l'amende ou à la peine pécuniaire fixée en fonction du profit escompté ou obtenu de l'infraction (cf. *infra*).

Le caractère réel de la confiscation se justifie en raison du lien direct entre la chose à confisquer et la commission de l'infraction : soit il s'agit de l'objet de l'infraction, de la chose qui a servi à la commettre, de celle créée par l'infraction ou du bénéfice direct retiré de l'infraction. Il ne peut être question que le délinquant reste en possession de ces objets en telle sorte que la confiscation doit avoir un caractère obligatoire, sauf si une disposition particulière y déroge.

Vu le caractère réel de la peine, le juge est tenu de prononcer la confiscation des biens en question à l'égard de tous les auteurs et participants à l'infraction. La Cour de cassation a considéré qu'une telle condamnation à charge de tous les auteurs, coauteurs ou complices pouvait être prononcée nonobstant le principe général du droit relatif à la personnalité des peines. »<sup>734</sup>

**434.** On peut déduire de ce qui précède que l'objectif du législateur – ou faudrait-il dire de l'Exécutif – est de bâtir, à la lumière du travail réalisé par des experts, un droit commun des confiscations

- permettant d'ôter de la circulation les choses illicites, dangereuses et nuisibles (confiscation de l'objet ou du produit matériel de l'infraction)<sup>735</sup> ;
- sanctionnant le délinquant et prévenant la commission d'infractions futures en le privant de l'instrument de l'infraction (confiscation de l'instrument) ;

---

<sup>731</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2018-2019, doc. 54-3651/001.

<sup>732</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001.

<sup>733</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 170.

<sup>734</sup> *Ibid.*, pp. 169-170.

<sup>735</sup> *Ibid.*, p. 171.

- faisant obstacle à l'enrichissement du délinquant (confiscation des avantages patrimoniaux) ;
- rétablissant, en restituant le cas échéant à la victime ce dont elle a été privée, la situation telle qu'elle était avant la commission de l'infraction (confiscation des avantages patrimoniaux)<sup>736</sup>.

Le caractère punitif de la confiscation des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction est dans ce cadre, au vu du passage de l'avant-projet précité, clairement remis en question, position qui s'inscrit indéniablement dans l'air du temps<sup>737</sup>. La fonction reconnue à la confiscation spéciale des avantages patrimoniaux pourrait en effet servir de fondement à l'instauration d'une mesure non pénale de confiscation sans condamnation préalable. Peut-être s'agira-t-il de l'objet d'une nouvelle réforme ultérieure du droit des confiscations, l'Exécutif ne paraissant pas vouloir se désintéresser de la matière depuis trente ans.

## **b. Terminologie et définitions : la Belgique a son propre vocabulaire**

**435.** Nous précisons dans les lignes qui suivent les notions utilisées en droit belge, en commençant par la notion de confiscation spéciale (1). Nous revenons ensuite sur celle de « saisie » (2), avant de nous attacher à déterminer quelles sont les différentes catégories de biens soumis à confiscation (3).

### **(1) La confiscation spéciale : la dépossession punitive ou préventive d'un bien ordonnée par une juridiction**

**436.** A la différence du droit international et européen, le droit belge n'offre pas de définition générale de la confiscation. Il faut dès lors se tourner vers la doctrine et la jurisprudence pour cerner cette notion.

**437.** Elle est définie par la doctrine classique comme « une dépossession forcée au profit du trésor public, ou même de particuliers, dans les cas prévus par la loi, particulièrement en cas de condamnation pour crimes, délits ou contraventions »<sup>738</sup>. Elle est qualifiée de générale, et dès lors prohibée par l'article 17 de la Constitution, « lorsqu'elle porte sur l'ensemble ou sur une quotité déterminée du patrimoine de l'individu ou de la communauté ; elle est dite spéciale lorsqu'elle atteint seulement des choses déterminées »<sup>739</sup>.

<sup>736</sup> Outre le passage précité, voy. *Ibid.*, p. 175.

<sup>737</sup> Voy. not. l'analyse exhaustive de BOUCHT, J., *The Limits Of Asset Confiscation. On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, Oxford and Portland, Hart, 2017, pp. 96-139 et spec. pp. 98-101. Voy. Également PANZAVOLTA, M., « Confiscation and the Concept of Punishment : Can There be a Confiscation Without a Conviction ? », in LIGETTI, K. et SIMONATO, *Chasing criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Oxford and Portland, Hart, 2017, pp. 25-51, spec. p. 51.

<sup>738</sup> *Pandectes belges. Répertoire général de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, v° « Confiscation », n° 1.

<sup>739</sup> TROUSSE, P.E., *Les Nouvelles, Droit pénal*, tome I, vol. 1, 1956, n° 822.



**438.** Cette dépossession forcée ne constitue pas une mesure d'expropriation pour cause d'utilité publique<sup>740</sup>, mais bien une peine (art. 7 et 7bis C.P.) voire plus exceptionnellement une mesure de sûreté<sup>741</sup>. Nous définissons ci-dessous les contours de ces deux types de confiscation (a et b), avant d'en mettre en évidence les différences majeures (c).

**(a) La peine de confiscation spéciale : sanctionner en privant le condamné d'un bien déterminé**

**439.** Selon la Cour de cassation, « la confiscation prononcée à titre de peine tend à infliger au condamné une souffrance à titre de sanction d'un comportement interdit par la loi pénale »<sup>742</sup>, « consistant dans le retrait, par voie d'autorité, de la chose confisquée du patrimoine du condamné »<sup>743</sup>. Avant l'introduction de la confiscation des avantages patrimoniaux, la doctrine classique indiquait à cet égard que la peine de confiscation tend à infliger un mal au condamné en le privant d'un élément utile de son patrimoine, et qu'elle porte dès lors sur des choses dont la possession et l'utilisation sont en soi licites et sans danger et qui représentent pour leur propriétaire une certaine valeur<sup>744</sup>. Lorsqu'elle est prononcée par équivalent, la confiscation spéciale consiste en revanche en la condamnation au paiement d'une somme d'argent au Trésor public censée correspondre à la contrevaletur de biens déterminés ne se trouvant plus dans le patrimoine du condamné<sup>745</sup>. Elle est personnelle et individuelle<sup>746</sup>. Comme nous le verrons, elle peut cependant revêtir également un caractère réel lorsqu'elle porte sur les avantages patrimoniaux tirés de l'infraction.

**440.** La peine de confiscation spéciale est par ailleurs accessoire<sup>747</sup> et ne peut dès lors en principe être prononcée qu'en cas de constat de culpabilité du chef d'une infraction et de condamnation à une peine principale par une juridiction pénale<sup>748</sup>. Bien qu'elle ne se confonde pas avec les dommages et intérêts tendant à réparer le préjudice de la victime<sup>749</sup>, elle peut néanmoins être « prescrite en réparation du dommage que la personne lésée a subi à la suite de l'infraction »<sup>750</sup>. C'est le cas notamment<sup>751</sup> lorsque les choses confisquées doivent être attribuées à la partie civile en application de l'article 43bis du Code pénal. En règle, elle sera prononcée dans le jugement/arrêt de condamnation de l'auteur de l'infraction. Elle peut

---

<sup>740</sup> Cass., 3 mai 2006, P.06.0220.F.

<sup>741</sup> Not. BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, pp. 8-9 ; LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, pp. 15-18 ; KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, p. 274 et s. ainsi que pp. 1187-1188. Voy. également *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 169.

<sup>742</sup> Cass., 10 juin 2014, P.14.0280.N.

<sup>743</sup> Cass., 28 juin 2007, C.02.0173.F.

<sup>744</sup> TROUSSE, P.E., *Les Nouvelles, Droit pénal*, tome I, vol. 1, 1956, n° 838.

<sup>745</sup> LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 15.

<sup>746</sup> Voy. KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, pp. 277-278 et pp. 1183-1185 (et références citées).

<sup>747</sup> C.A., arrêt n° 190/2004 du 24 novembre 2004, B.3.1.

<sup>748</sup> Il s'agira généralement de la juridiction de jugement mais la juridiction d'instruction pourra également la prononcer lorsqu'elle fait office de juridiction de fond (suspension du prononcé de la condamnation ou internement).

<sup>749</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, pp. 297.

<sup>750</sup> C.A., arrêt n° 190/2004 du 24 novembre 2004, B.3.1.

<sup>751</sup> Voy. à cet égard KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, pp. 366-367.

toutefois être ordonnée dans une décision ultérieure en vue de permettre au ministère de public de procéder dans l'intervalle à une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux (arts. 524bis et 524ter C.I.Cr.).

**441.** La confiscation spéciale devra ou pourra en outre être ordonnée en cas de suspension du prononcé de la condamnation<sup>752</sup>, d'internement<sup>753</sup> ou de simple déclaration de culpabilité en raison du dépassement du délai raisonnable<sup>754</sup> conformément aux règles applicables en cas de condamnation à une peine principale. Il en est de même devant les juridictions de la jeunesse si le fait qualifié infraction est déclaré établi dans le chef de la personne poursuivie<sup>755</sup>.

**442.** Selon certains auteurs, la confiscation ne peut revêtir le statut de peine lorsqu'elle est prononcée par la juridiction d'instruction et/ou en l'absence de peine principale. Elle devrait dans ces cas être considérée comme une mesure de sûreté<sup>756</sup>. Nous ne le pensons pas, étant donné que dans ces hypothèses également, elle est ordonnée au terme de la procédure par une juridiction statuant au fond, après qu'une infraction – ou qu'un fait qualifié infraction – a été déclarée établie à charge d'une personne<sup>757</sup>.

**(b) La confiscation-mesure de sûreté : protéger la société en retirant une chose dangereuse, nuisible ou illicite**

**443.** La situation est toute autre lorsque la confiscation spéciale est prononcée pour éviter la remise (ou le maintien) en circulation de substances ou d'objets dangereux ou nuisibles pour la santé et la sécurité publiques, indépendamment de tout constat de culpabilité<sup>758</sup>. Elle constitue dans ces hypothèses une mesure de sûreté. Un arrêt déjà ancien de la Cour de cassation relatif au dispositif de confiscation qui figurait à l'article 305 du Code pénal – abrogé depuis, et qui prévoyait « dans tous les cas » la confiscation des fonds ou effets exposés au jeu, les meubles, instruments, ustensiles et appareils employés ou destinés au service des jeux, est à cet égard assez éclairant<sup>759</sup>. La Cour y releva que la loi obligeait le juge

« à prononcer la confiscation dans tous les cas d'infraction ; que partant, il n'est pas requis que l'auteur de l'infraction ait été puni et il est uniquement requis qu'aient été commises les infractions prévues à l'article 305 du Code pénal. Il s'ensuit que ladite confiscation est une

---

<sup>752</sup> Art. 6 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, *M.B.*, 17 juillet 1964, p. 7812.

<sup>753</sup> Art. 16 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement, *M.B.*, 9 juillet 2014, p. 52159.

<sup>754</sup> Art. 21ter du titre préliminaire du code de procédure pénale.

<sup>755</sup> art. 61 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait (tant pour la Région flamande que pour la Communauté française), *M.B.*, 15 avril 1965, p. 4014.

<sup>756</sup> BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, p. 33 et p. 39 et s. *Contra* LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, *op. cit.*, pp. 16-17 et KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, pp. 277-278 et pp. 1177 et 1178.

<sup>757</sup> Ce qui ne signifie pas que cette personne la subisse nécessairement puisque nous verrons que dans certains cas, la confiscation peut concerner des biens ne lui appartenant pas.

<sup>758</sup> Voy. BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, p. 40 et LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 17 (qui citent TROUSSE, P-E, *Les Nouvelles, Droit pénal*, tome I, vol. 1, 1956, n° 842).

<sup>759</sup> Cass., 23 décembre 1986, RG 714, *www.juridat.be* (cité par BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, pp. 40-41).

mesure de sûreté devant dans tous les cas être prononcée lorsque les juges constatent que l'infraction a été commise, même lorsque le prévenu est acquitté ou lorsque, comme en l'espèce, l'action publique est éteinte ».

Outre son caractère éventuellement dangereux ou nuisible, le caractère illicite d'un bien peut ainsi également justifier sa confiscation au titre de mesure de sûreté.

**444.** Contrairement à la peine de confiscation qui vise à sanctionner, la confiscation-mesure de sûreté constitue une

« mesure de police contre une chose, dont l'existence, la production ou l'usage constitue un délit, en sorte que pour faire cesser ce délit, il faut faire disparaître la chose »<sup>760</sup>.

Son objectif n'est ainsi manifestement pas de réprimer un comportement mais bien de protéger la société d'une chose objectivement dangereuse, nuisible ou illicite<sup>761</sup>, à l'instar de toute mesure de sûreté<sup>762</sup>. Elle présente à cet égard un caractère préventif et ne constitue donc pas une peine<sup>763</sup>. Elle peut néanmoins *in concreto* être ressentie comme telle par la personne qui la subit<sup>764</sup> pour qui elle a le même effet : la dépossession permanente d'un bien. A la différence de la peine de confiscation spéciale, la confiscation-mesure de sûreté ne conduit cependant pas à l'appropriation de la chose par l'Etat mais à sa destruction<sup>765</sup>.

**445.** Lorsqu'elle est ordonnée comme mesure de sûreté, la confiscation spéciale revêt un caractère réel, en ce sens qu'elle repose sur la seule nature de la chose en cause et ne dépend pas d'un constat de culpabilité du chef d'une infraction<sup>766</sup>. Comme l'indique F. KUTY, elle frappe la chose, non la personne poursuivie ou condamnée, et sera d'ailleurs en principe prononcée que cette dernière en soit ou non propriétaire<sup>767</sup>. Elle implique néanmoins la commission d'une infraction et l'exercice de poursuites pénales, sans quoi elle ne pourrait être ordonnée<sup>768</sup>. Bien que de nature civile<sup>769</sup>, elle s'inscrit donc dans le cadre d'une procédure pénale et est ordonnée par le juge pénal – ou de la jeunesse<sup>770</sup>.

### (c) Des effets semblables mais des caractéristiques bien différentes

**446.** Cette analyse permet d'affirmer qu'en droit belge, la confiscation spéciale est en règle prononcée au terme d'une procédure pénale par une juridiction de fond et consiste en la

---

<sup>760</sup> TROUSSE, P-E, *Les Nouvelles, Droit pénal, op. cit.*, n° 842.

<sup>761</sup> *Ibid.*

<sup>762</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 1173-1174.

<sup>763</sup> Voy. le raisonnement de la Cour constitutionnelle relativement à l'obligation de réussir des examens théorique, pratique, médical et psychologique pour obtenir la réintégration dans le droit de conduire après avoir été déchu par jugement du droit de conduire, C. const., arrêt n° 168/2016 du 22 décembre 2016, B.6.

<sup>764</sup> En ce sens, KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, pp. 1176-1177 et 1180.

<sup>765</sup> TROUSSE, P-E, *Les Nouvelles, Droit pénal, op. cit.*, n° 900.

<sup>766</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 1183-1184 et p. 1187. Voy. également TROUSSE, P-E, *Les Nouvelles, Droit pénal, op. cit.*, n° 842.

<sup>767</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, pp. 1183-1184.

<sup>768</sup> *Ibid.*, p. 1187.

<sup>769</sup> *Ibid.*, p. 1173.

<sup>770</sup> *Ibid.*, p. 363 et p. 1187. Voy. également TROUSSE, P-E, *Les Nouvelles, Droit pénal, op. cit.*, n° 843.

dépossession d'un bien au profit de l'Etat. Elle constitue soit une peine soit une mesure de sûreté.

**447.** La peine de confiscation spéciale est individuelle, personnelle, a un but punitif voire également réparateur, et repose sur un constat de culpabilité du chef d'une infraction pénale. Bien qu'elle soit en règle accessoire à une condamnation principale, la loi prévoit qu'elle puisse dans certains cas être prononcée même en l'absence d'une telle condamnation, mais jamais sans constat de culpabilité.

**448.** La confiscation-mesure de sûreté tend quant à elle à protéger la société en ôtant une chose dangereuse, nuisible ou illicite, de la circulation indépendamment de tout constat de culpabilité, et donc de condamnation, du chef d'une infraction. Elle n'a dès lors pas un caractère punitif, ou réparateur. Bien que de nature civile, elle implique la commission préalable d'une infraction et l'ouverture de poursuites pénales au terme desquelles elle sera ordonnée.

**449.** La notion de confiscation spéciale, qu'elle soit qualifiée de peine ou de mesure de sûreté, rejoint ainsi la définition donnée à la confiscation en droit international, européen et de l'Union européenne, en ce qu'elle consiste en la privation permanente d'un bien et est liée à la commission préalable d'une infraction pénale. Elle est en outre ordonnée par une juridiction, comme le prévoit le droit européen et de l'Union européenne.

**450.** L'avant-projet de réforme du Code pénal appelle à un changement de perspective en affirmant le caractère réel de la peine de confiscation spéciale. Il tend également à permettre que la confiscation constitue la peine principale en cas d'infraction de moindre gravité<sup>771</sup>. Comme nous l'avons relevé, la nature punitive de la confiscation spéciale n'est par ailleurs par écartée étant donné que la distinction entre peine de confiscation spéciale et confiscation-mesure de sûreté demeure. La peine de confiscation n'est néanmoins plus principalement perçue comme un moyen de sanctionner. Elle constitue « davantage », à tout le moins lorsqu'elle concerne les avantages patrimoniaux, une mesure permettant de remettre l'auteur et la victime dans la situation antérieure à la commission de l'infraction<sup>772</sup>.

## (2) La saisie<sup>773</sup> : une dépossession judiciaire provisoire

**451.** La doctrine classique définit la saisie comme une « mesure policière destinée à placer sous la main de la justice les objets qui seront ultérieurement soumis à confiscation ou qui sont nécessaire à la manifestation de la vérité »<sup>774</sup>. Elle a un caractère provisoire et, contrairement à la confiscation spéciale, n'a pour effet que de suspendre le droit de propriété, ce qui explique que la confiscation doit être prononcée même si la chose saisie a été détruite avant jugement<sup>775</sup>.

**452.** Selon la Cour de cassation, il s'agit en matière répressive d'une

« mesure de contrainte conservatoire par laquelle l'autorité compétente, en vertu de la loi et à l'occasion de la commission d'une infraction, soustrait une chose au droit de libre disposition de son propriétaire ou de son possesseur, et en règle, se saisit de cette chose en vue de la

<sup>771</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 171.

<sup>772</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 170 ainsi que p. 175.

<sup>773</sup> La notion de « saisie » est préférée à celle de « gel » en droit pénal belge.

<sup>774</sup> TROUSSE, P-E, *Les Nouvelles, Droit pénal*, tome I, vol. 1, 1956, n° 831.

<sup>775</sup> *Ibid.*

manifestation de la vérité, de la confiscation, de la restitution ou de la sécurité des intérêts civils »<sup>776</sup>.

**453.** La Cour constitutionnelle a quant à elle jugé que :

« La saisie pénale constitue une atteinte provisoire au droit de propriété qui ne concerne que des choses à propos desquelles le juge du fond est susceptible de prononcer la confiscation spéciale ou des choses qui peuvent servir à la manifestation de la vérité. Cette mesure conservatoire n'a pas pour objet d'étendre, même provisoirement, le patrimoine des autorités publiques »<sup>777</sup>.

**454.** La saisie pénale est donc une mesure provisoire, prise par une autorité judiciaire au cours d'une procédure pénale, afin d'assurer la manifestation de la vérité, la confiscation spéciale future éventuelle, la restitution ou la réparation du préjudice de la partie civile, et consistant en la dépossession temporaire d'une chose par l'autorité compétente.

### **(3) Les choses confiscales : pourquoi faire simple si l'on peut faire compliqué ?**

**455.** Nous avons pu observer qu'en droit international, européen et de l'Union européenne, les notions de « bien », d' « instrument » et de « produit » permettaient de déterminer ce sur quoi la confiscation doit pouvoir porter. La situation est différente en droit belge. Lorsqu'il a introduit la confiscation spéciale des profits tirés de l'infraction en 1990, le législateur a en effet renoncé à revoir la terminologie employée jusque-là et à user du terme « produit » pour désigner les nouvelles cibles de la confiscation spéciale<sup>778</sup>. Il n'a pas changé de cap à l'occasion des réformes ultérieures de la matière et ne paraît pas être enclin à le faire à l'occasion de la réforme actuellement envisagée du Code pénal<sup>779</sup>.

**456.** Le droit commun de la confiscation spéciale figurant aux articles 42 et s. du Code pénal permet d'identifier les notions utilisées pour désigner les catégories de biens susceptibles d'être confisqués. Les dispositions particulières du Code pénal ou de lois particulières organisant des mécanismes spécifiques de confiscation se réfèrent en effet généralement aux catégories visées par le droit commun, si elles ne désignent pas précisément ce qu'elles permettent ou imposent de confisquer<sup>780</sup>. Il découle ainsi des articles 42, 43*bis* et 43*quater* du Code pénal, que la confiscation spéciale est applicable

- aux choses formant l'objet de l'infraction quand la propriété en appartient au condamné (art. 42, 1<sup>o</sup> C.P.) ;
- aux choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction quand la propriété en appartient au condamné (art. 42, 1<sup>o</sup> C.P.) ;
- aux choses qui ont été produites par l'infraction (art. 42, 2<sup>o</sup> C.P.) ;

---

<sup>776</sup> Cass., 25 février 2003, P.02.0674.N.

<sup>777</sup> C.A., arrêt n<sup>o</sup> 175/2004 du 3 novembre 2004, B.7.1.

<sup>778</sup> Il entendait néanmoins se conformer aux travaux préparatoires de la Convention de 1990 du Conseil de l'Europe... Voy. *doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/1, p. 3.

<sup>779</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, pp. 170-171.

<sup>780</sup> Voy. pour un aperçu de ces mécanismes particuliers de confiscation spéciale, LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, pp. 40-57.

- aux avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, aux biens et valeurs qui leur ont été substitués et aux revenus de ces avantages investis, ou s'ils ne peuvent être trouvés dans le patrimoine du condamné, à une somme d'argent équivalente (arts. 42, 3° et 43bis C.P.) ;
- aux avantages patrimoniaux supplémentaires, aux biens et valeurs qui y ont été substitués et aux revenus provenant des avantages investis trouvés dans le patrimoine ou en possession du condamné, ou à une somme d'argent équivalente (art. 43quater, § 1er C.P.)
- au patrimoine dont dispose une organisation criminelle (art. 43quater, § 4 C.P.).

**457.** Il appartient au juge d'apprécier souverainement de quelle catégorie relève la chose en cause<sup>781</sup>, qui comme nous le verrons est généralement un bien mobilier mais peut également être un bien immobilier lorsque la loi le prévoit. Rappelons à cet égard, que la notion de « chose » est plus large que celle de « bien ». En effet, seules les choses, matérielles ou immatérielles, ayant une valeur d'échange, et les droits qui portent sur ces choses ou qui ont trait à ces choses constituent des biens<sup>782</sup>. Les choses non susceptibles d'appropriation, les *res communes*, ne sont ainsi pas des biens<sup>783</sup>. En matière de confiscation spéciale, bien que le législateur use dans certains cas de la notion de chose, seuls les biens sont par conséquent généralement concernés.

**458.** Nous examinons ci-dessous les notions de « choses formant l'objet de l'infraction » (a), de « choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction » (b), de « choses qui ont été produites par l'infraction » (c), d' « avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, de biens et valeurs qui leur ont été substitués et de revenus de ces avantages investis » (d), d' « avantages patrimoniaux supplémentaires, aux biens et valeurs qui y ont été substitués et aux revenus provenant des avantages investis » (e) et de « patrimoine dont dispose une organisation criminelle » (f).

**(a) Les choses formant l'objet de l'infraction : des biens meubles à l'égard desquels l'infraction est commise**

**459.** Le Code pénal prévoit la confiscation de cette catégorie de choses depuis son entrée en vigueur. Il vise ainsi la chose qui forme le « corps du délit »<sup>784</sup>, c'est-à-dire « la chose sur laquelle le fait délictueux a été commis »<sup>785</sup> ou, suivant la définition retenue par la Cour de cassation, « l'objet à l'égard duquel l'infraction a été matériellement commise »<sup>786</sup>, qui peut

<sup>781</sup> Not. Cass., 5 juin 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 371 ; Cass., 2 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 112 ; Cass., 10 janvier 2012, P.11.0938.N. Voy. également KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 307, p. 311, pp. 316-317.

<sup>782</sup> DURANT, I., « Chapitre 1 - Les valeurs patrimoniales » in *Droit des biens*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 21.

<sup>783</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>784</sup> NYPELS, J.S.G., *Le Code pénal belge interprété*, Bruxelles, Bruylant, 1867, p. 69 et TROUSSE, P.E., *Les Nouvelles, op. cit.*, n° 862.

<sup>785</sup> HAUS, J.J., *Principes généraux du droit pénal belge*, 3<sup>ème</sup> édition., Gand, Hoste, 1879, n° 783.

<sup>786</sup> Cass., 14 octobre 2009, P.08.1095.F et Cass., 9 novembre 1999, P.97.1058.N.

n'en constituer que l'un des éléments matériels constitutifs<sup>787</sup> et non nécessairement le tout<sup>788</sup>. F. KUTY propose au vu de ces éléments de définir l'objet de l'infraction comme la chose sur laquelle porte la matérialité de l'infraction et qui, partant, constitue l'un de ses éléments matériels constitutifs<sup>789</sup>. Il s'agira par exemple de l'écrit falsifié, de la drogue ou de l'arme prohibée<sup>790</sup>.

**460.** L'objet de l'infraction est en principe une chose mobilière, à moins que la loi n'en dispose autrement<sup>791</sup>.

**461.** L'article 42, 1° du Code pénal ne vise par ailleurs que la chose formant l'objet de l'infraction appartenant au condamné. A moins qu'une disposition particulière ne fasse exception à cette condition, comme par exemple les articles 382*ter*, 433*novies* § 6 et 505, al. 5 à 7 du Code pénal, l'article 4 § 6 de la loi du 24 février 1921 ou l'article 8, al. 2 de la loi du 8 juin 2006, l'objet de l'infraction qui ne serait pas la propriété du condamné, comme la chose volée, détournée ou escroquée, ne pourra par conséquent pas être confisqué sur ce fondement<sup>792</sup>.

**462.** Enfin, contrairement à ce que pourrait laisser penser la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>793</sup>, la condition de propriété de la chose formant l'objet de l'infraction est bien à notre sens une *condition* d'application de l'article 42, 1° du Code pénal et non un élément de définition de la notion de chose formant l'objet de l'infraction<sup>794</sup>.

**463.** L'avant-projet de réforme du Code pénal ne prévoit aucune modification de cette catégorie de choses confiscables<sup>795</sup>.

---

<sup>787</sup> LIEKENDAEL, note sous Cass., 4 juillet 1986, *R.D.P.C.*, 1986, p. 912.

<sup>788</sup> NYPELS, J.S.G., *Le Code pénal belge interprété*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>789</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>790</sup> BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, p. 14 ainsi que les exemples cités par KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, *op. cit.*, pp. 306-307.

<sup>791</sup> Voy. Cass., 27 mai 2009, P.09.0240.F ainsi que KLEES, O., « La cigale et la fourmi ou le juge pénal et la confiscation », *op. cit.*, p. 63 et KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, *op. cit.*, p. 306 (et les références citées). En ce sens également, *Doc. parl.*, Ch., session 2012-2013, doc. 53-2819/005, p. 2.

<sup>792</sup> Cass., 14 octobre 2009, P.08.1095.F. Voy. également les références citées par KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>793</sup> Cass., 9 novembre 1999, P.971058.N et Cass., 14 octobre 2009, P.08.1095.F.

<sup>794</sup> En ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général VANDERMEERSCH avant Cass. 14 octobre 2009, P.08.1095.F. Voy. également Cass., 29 mai 2001, P.00.1434.N., arrêt à l'occasion duquel la Cour affirme à propos de l'article 42, 3° C.P. « que, contrairement aux cas prévus par l'article 42, 1°, du Code pénal, cette disposition ne subordonne pas cette confiscation spéciale à la condition que la propriété appartienne au condamné ».

<sup>795</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 170 et p. 860.

**(b) Les choses qui ont servi ou qui ont été destinées  
à commettre l'infraction : les instruments de  
l'infraction**

**464.** Cette catégorie rassemble les instruments<sup>796</sup> de l'infraction, c'est-à-dire les objets ayant effectivement servi à commettre l'infraction et ceux dont l'auteur de l'infraction s'est muni aux fins de la commettre sans finalement (pouvoir) les utiliser<sup>797</sup>.

**465.** La doctrine contemporaine défend majoritairement une interprétation large de cette notion en considérant qu'elle doit permettre de confisquer les chose utilisées ou destinées à l'être pour l'accomplissement d'actes préparatoires et d'achèvement directement consécutifs à l'infraction<sup>798</sup>. A notre estime, conformément au principe selon lequel le droit pénal est d'interprétation stricte, seules devraient cependant pouvoir être confisquées les choses ayant servi à, ou ayant été destinées à, poser des actes d'exécution de l'infraction et donc à la *commettre*. Les actes préparatoires sont par essence antérieurs à la commission de l'infraction et ceux qui sont posés consécutivement, ultérieurs de sorte qu'ils ne sont pas punissables<sup>799</sup> et ne peuvent dès lors être sanctionnés d'une peine de confiscation spéciale<sup>800</sup>.

**466.** Dans un arrêt du 11 février 2014, la Cour de cassation a néanmoins consacré une définition large des instruments, y intégrant ce qui a servi à préparer l'infraction et ce qui a été utilisé immédiatement après sa commission<sup>801</sup>.

**467.** Comme pour l'objet de l'infraction, l'article 42, 1<sup>o</sup> C.P. ne vise que l'instrument lorsqu'il constitue une chose mobilière<sup>802</sup>, mais certaines dispositions particulières prévoient la confiscation des instruments immobiliers également<sup>803</sup>.

**468.** Enfin, l'instrument doit en règle être la propriété du condamné pour pouvoir être confisqué, bien que cette condition soit exclue pour certaines infractions, par exemple aux articles 382*ter* et 433*novies* § 6 du Code pénal ou à l'article 4 § 6 de la loi du 24 février 1921<sup>804</sup>.

---

<sup>796</sup> Not. Cass., 4 avril 2008, C.07.0083.F.

<sup>797</sup> BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, p. 15 et KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 308.

<sup>798</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 308-309. En ce sens également, En ce sens, BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, pp. 16-17.

<sup>799</sup> A moins qu'une disposition particulière les incrimine, comme l'article 2*bis* § 6 de la loi du 24 février 1921.

<sup>800</sup> En ce sens, une doctrine déjà ancienne *Pandectes belges, op. cit.*, n<sup>os</sup> 48 et 51 ; *R.P.D.B.*, v<sup>o</sup> « Infractions et répression en général », n<sup>o</sup> 271 ; SCHUIND, G. (VANDEPLAS, A.), *Traité pratique de droit criminel*, Bruxelles, Swinnen, p. 130 ; GOEDSEELS, Q., *Commentaire du Code pénal belge*, éd. 1948, Bruxelles, Bruylant, t. I, no 287 ; TROUSSE, P.-E., *Les Nouvelles, op. cit.*, n<sup>os</sup> 882 et 884 ; CONSTANT, J., *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Imprimerie Nationale, 1965, t. II, n<sup>o</sup> 719 ; Bruxelles, 12 janvier 1966, *J.T.*, p. 208, et note.

<sup>801</sup> Cass., 11 février 2014, P.13.0030.N. Elle indique en effet à propos de les instruments visés à l'article 42, 1<sup>o</sup> C.P. que : « Relèvent notamment des choses ainsi visées, les choses qui ont servi ou qui ont été destinées à préparer ou à commettre l'infraction. Tel, notamment, le véhicule utilisé par l'auteur du vol pour enlever les choses qu'il s'est appropriées du lieu où il les a soustraites. Ce transport relève en effet de la consommation de cette infraction. »

<sup>802</sup> Cass., 27 mai 2009, P.09.0240.F et concl. contr. Av. gen. VANDERMEERSCH.

<sup>803</sup> Par exemple, sur les arts. 382*ter*, 433*novies* ou 433*terdecies* du Code pénal ou l'article 77*sexies* de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (*M.B.*, 31 décembre 1980, p. 14584).

<sup>804</sup> Par exemple, l'article 4 § 6 de la loi du 24 février 1921.



Comme nous l'avons relevé précédemment, il s'agit selon nous d'une condition d'application de l'article 42, 1<sup>o</sup> du Code pénal et non d'un élément de définition de l'infraction.

**469.** L'avant-projet de réforme du Code pénal ne prévoit aucune modification de cette catégorie de choses confiscales<sup>805</sup>.

**(c) Les choses qui ont été produites par l'infraction : ce qui a été matériellement créé par l'infraction**

**470.** L'article 42, 2<sup>o</sup> C.P. ne vise selon le législateur<sup>806</sup>, que « ce qui a été matériellement produit » par l'infraction et est dès lors « très restrictive ». La Cour de cassation partage cette analyse en indiquant les choses produites par l'infraction au sens de cette disposition sont « celles qui ont été matériellement créées par l'infraction, c'est-à-dire illégalement fabriquées par son auteur »<sup>807</sup>.

**471.** Il s'agira, sauf disposition contraire, d'un bien mobilier tel que l'écrit intégralement falsifié ou la fausse monnaie mais pas de la somme tirée d'un trafic de stupéfiant ou de la chose volée<sup>808</sup>.

**472.** L'avant-projet de réforme du Code pénal ne prévoit aucune modification de cette catégorie de choses confiscales<sup>809</sup>.

**(d) Les avantages patrimoniaux tirés de l'infraction : une conception large mais pas sans limite**

**473.** Lorsqu'il a introduit l'article 42, 3<sup>o</sup> du Code pénal, le législateur a indiqué que :

« (...) par la notion d' "avantages patrimoniaux tirés de l'infraction", on vise tout bien ou valeur que l'auteur de l'infraction a obtenu en commettant celle-ci. Il peut s'agir du prix du crime ou du marché, de la contrevaletur de la transaction, de gains illicites, ... la nature des biens (mobilier, immobilier, corporel/incorporel) n'entre pas en considération, seul compte le lien existant entre les biens et l'infraction.

Compte tenu du fait que ces biens et valeurs, qu'on pourrait appeler avantages primaires, seront la plupart du temps très rapidement échangés, transformés, dispersés pour en faire disparaître les traces, il s'impose de permettre également la confiscation des biens et valeurs qui ont été substitués à ces avantages primaires et qu'on appelle habituellement biens de substitution. Par ce biais, on rend la confiscation plus efficace tout en maintenant strictement l'exigence d'un lien – fusse-t-il indirect – entre le bien objet de confiscation et l'infraction.

---

<sup>805</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 170 et p. 860.

<sup>806</sup> *Doc. parl.* Ch., session 1989-1990, doc. 987/1, p. 1.

<sup>807</sup> Cass. 23 septembre 2015, P.13.1451.F.

<sup>808</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 310-311 (et références citées).

<sup>809</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 170 et p. 860.

La confiscation spéciale s'appliquera enfin aux revenus des avantages investis. On vise par là, les intérêts bancaires, les dividendes, les fruits de toute nature, découlant des biens ou valeurs qui leur ont été substitués. L'auteur de l'infraction ne tenant ces revenus que de la réalisation de cette infraction, ceux-ci ne peuvent être considérés comme bénéfices licites de son activité, mais bien comme des avantages indirects de l'infraction, qui doivent être confisqués à ce titre »<sup>810</sup>.

**474.** Ainsi que l'a jugé la Cour de cassation<sup>811</sup>, la notion d'avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction – les avantages patrimoniaux primaires – désigne ainsi « tout profit obtenu grâce à la commission de l'infraction », sans que l'évaluation de ce profit ne soit « assujettie à la détermination de son montant net ». Conformément à l'exposé des motifs du *Projet de loi* précité, ce profit peut être de toute nature<sup>812</sup> – mobilière, immobilière, corporelle, incorporel voire une prestation de service<sup>813</sup> – pourvu qu'il soit directement lié à la commission de l'infraction. La Cour de cassation a jugé en ce sens que

« les avantages patrimoniaux directement tirés de l'infraction englobent tant les biens et valeurs que tout avantage économique provenant d'une infraction, fût-ce une infraction en matière fiscale, même s'ils ne peuvent faire l'objet d'une identification dans le patrimoine »<sup>814</sup>.

Il peut s'agir par exemple<sup>815</sup> du montant de l'assurance-vie versé à la suite d'un homicide volontaire, de l'argent tiré d'un trafic d'armes ou de drogues, de gains obtenus lors de l'exploitation d'une activité soumise à autorisation administrative, sans l'avoir régulièrement obtenue, des profits tirés d'une fraude quelconque, ...

**475.** Outre ces avantages patrimoniaux primaires, les avantages patrimoniaux secondaires sont aussi susceptibles d'être confisqués. La Cour de cassation a ainsi jugé que :

« 15. L'article 42, 3°, du Code pénal dispose que : "La confiscation spéciale s'applique aux avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, aux biens et valeurs qui leur ont été substitués et aux revenus de ces avantages investis". Il résulte de cette disposition qu'outre les avantages patrimoniaux tirés "directement" de l'infraction, à savoir les avantages patrimoniaux primaires, également "les biens et valeurs qui sont substitués" à ces avantages patrimoniaux primaires, à savoir les biens de remplacement, et les "revenus de ces avantages investis" qui résultent des avantages patrimoniaux primaires ou des biens de remplacement, peuvent également être confisqués. Ces deux dernières catégories concernent aussi des avantages tirés de l'infraction, fût-ce indirectement à la suite de certaines opérations qui donnent naissance directement à ces avantages. La notion "directement" figurant à l'article 42, 3°, du Code pénal ne limite pas la confiscation aux avantages tirés sans aucun maillon intermédiaire de l'infraction, mais vise les avantages patrimoniaux primaires en tant qu'un des avantages patrimoniaux parmi d'autres susceptibles de faire l'objet d'une confiscation. La mesure de

<sup>810</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/1, pp. 3-4.

<sup>811</sup> Cass., 14 mai 2008, P.08.0188.F.

<sup>812</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 311-312.

<sup>813</sup> Bruxelles, 30 juin 2003, *R.D.P.C.*, 2004, p. 517.

<sup>814</sup> Cass., 8 novembre 2005, P.050996.N. Voy. à cet égard, ROZIE, J., *Voordeelsontneming*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 155 et s. ; ROZIE, M., « Fiscale fraude in relatie tot verbeurdverklaring », in VANDERMEERSCH, D., DEJEMEPPE, B. et FRANCIS, E., ROZIE, M., KLEES, O., et VERMEULEN, G., *Beslag en verbeurdverklaring van criminele voordelen*, Anvers, Maklu, 2004, p. 215 et s.

<sup>815</sup> Voy. BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, p. 23 ; KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 312 ; LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, pp. 27-28.

confiscation spéciale visée à l'article 42, 3°, du Code pénal peut s'appliquer aux avantages patrimoniaux tirés directement ou indirectement de l'infraction.

16. Un avantage patrimonial est tiré d'une infraction s'il existe un lien de causalité entre cette infraction et l'avantage patrimonial. Un lien de causalité éventuel entre l'avantage patrimonial et une opération ultérieure ne fait pas disparaître le lien de causalité entre cet avantage patrimonial et l'infraction commise antérieurement » (nous soulignons)<sup>816</sup>.

**476.** En d'autres termes, tout bien qui s'est substitué à tout ou partie de l'avantage primaire et tout revenu tiré d'un avantage primaire ou secondaire sont susceptibles d'être confisqués<sup>817</sup>.

**477.** Il découle de ce qui précède que tout avantage économique, de quelque nature que ce soit, présentant un lien de causalité<sup>818</sup> direct ou indirect avec la commission d'une infraction peut être confisqué et ce, même s'il n'appartient plus au condamné<sup>819</sup> pour autant, selon F. KUTY, qu'il ait néanmoins effectivement été perçu par le condamné et ait ainsi été intégré à son patrimoine au moment de la commission de l'infraction ou ultérieurement<sup>820</sup>. Si le législateur belge n'a pas repris à l'article 42, 3° du Code pénal la notion de « produit » figurant dans la Convention de 1990<sup>821</sup>, il a au vu de ce qui précède néanmoins désigné par la notion d'avantages patrimoniaux une gamme de biens tout aussi étendue.

**478.** A la lumière d'un arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2009<sup>822</sup>, d'illustres auteurs de doctrine soutiennent que la chose volée, escroquée ou détournée constitue un avantage patrimonial directement tiré de l'infraction au sens de l'article 42, 3° du Code pénal<sup>823</sup>. Pour d'autres, la chose volée, escroquée ou détournée constitue l'objet de l'infraction, sans qu'elle puisse néanmoins être confisquée sur pied de l'article 42, 1° du Code pénal, n'étant pas la propriété du condamné<sup>824</sup>. Cette question n'est pas purement théorique puisque la confiscation de l'objet de l'infraction est obligatoire en matière de délit et de crime (art. 43 C.P.), alors que celle des avantages patrimoniaux est facultative (art. 43bis C.P.). En outre, la confiscation par équivalent de l'objet de l'infraction n'est pas prévue, au contraire de celle des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction (art. 43bis C.P.)<sup>825</sup>. Une analyse plus approfondie de l'arrêt du 14 octobre 2009 précité, dont le passage pertinent répond à un moyen pris d'office, est donc nécessaire.

**479.** La Cour indique dans un premier temps que :

---

<sup>816</sup> Cass., 10 janvier 2012, P.11.0938.N. ainsi que Cass., 18 octobre 2011, P.11.0201.N.

<sup>817</sup> Voy. BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, p. 23 ; KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 313-315 ; LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, pp. 32-33.

<sup>818</sup> Sur ce lien, voy. KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 315-316.

<sup>819</sup> Cass., 29 mai 2001, P.00.1434.N ainsi que C.const., arrêt n° 99/2018 du 19 juillet 2018.

<sup>820</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 343 et 347.

<sup>821</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/1, p. 3.

<sup>822</sup> Cass., 14 octobre 2009, P.081095.F et les conclusions partiellement contraires de l'av. gén. VANDERMEERSCH.

<sup>823</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 312 ; LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 28. En ce sens également, MASSET, A., « La confiscation en matière pénale », *Postal Memorialis*, Kluwer, 2015, p. 11.

<sup>824</sup> BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, pp. 23-24 ainsi que VERHEYLESonne, A., « Poursuites civiles des poursuites pénales », *Postal Memorialis*, Kluwer, 2013, p. 102.

<sup>825</sup> Cass., 4 avril 2008, C.07.0083.F.

« Au sens de l'article 42, 1<sup>o</sup>, la chose formant l'objet de l'infraction vise l'objet à l'égard duquel l'infraction est matériellement commise et non celui que l'auteur a frauduleusement soustrait, acquis, détourné ou recelé. En effet, la chose volée, escroquée, détournée ou recelée<sup>826</sup> n'appartient pas au condamné au moment de l'infraction et celle-ci ne rend pas son auteur propriétaire légitime.

(...)

L'arrêt attaqué énonce que ces biens sont la propriété du prévenu après qu'il a été déclaré coupable de les avoir escroqués ou détournés.

Ainsi, les juges d'appel ont violé les dispositions visées au moyen ».

**480.** Elle rejoint ainsi les conclusions de l'Avocat général VANDERMEERSCH, selon lesquelles :

« L'objet de l'infraction ne tombe sous la confiscation spéciale visée à l'article 42 du Code qu'à la condition qu'il soit la propriété du condamné. La confiscation est ici censée atteindre le condamné dans son patrimoine en le privant d'un élément utile à sa propriété.

Or, à l'instar du vol, l'abus de confiance se caractérise par l'appropriation frauduleuse d'une chose appartenant à autrui. "Le détournement est la violation du droit de propriété". Ainsi, la chose volée, détournée ou escroquée qui, bien que formant l'objet de l'infraction, n'appartient pas au condamné au moment de l'infraction, ne peut faire l'objet d'une confiscation en vertu de l'article 42, 1<sup>o</sup>, du Code pénal : le juge doit, même d'office, en ordonner la restitution à la victime, sur la base de l'article 44 du même Code.

C'est pourquoi la Cour de cassation considère que "l'article 42, 1<sup>o</sup> du Code pénal entend "par chose formant l'objet de l'infraction", l'objet à l'égard duquel l'infraction est matériellement commise, et non l'objet que l'auteur a frauduleusement soustrait, acquis, détourné ou recelé du fait de l'infraction", cet objet appartenant par essence à autrui.

L'arrêt attaqué prononce la confiscation spéciale de la créance aléatoire, objet des préventions C.I (abus de confiance) et D (escroquerie), et de la somme de 44.431.117 francs (ou 1.108.418 euros), objet de la prévention C.II (abus de confiance). La somme de 44.431.117 francs provient de fonds détournés au préjudice de la société coopérative BEPI.

Dès lors que ces biens constituaient l'objet des préventions déclarées établies de détournement et d'escroquerie, les juges d'appel ne pouvaient en ordonner la confiscation en application de l'article 42, 1<sup>o</sup>, du Code pénal, la commission de l'infraction n'ayant opéré aucun transfert de propriété de ces biens en faveur du patrimoine du demandeur ».

**481.** A cet égard, l'arrêt confirme la jurisprudence antérieure de la Cour : la chose volée, détournée ou escroquée ne peut être confisquée sur pied de l'article 42, 1<sup>o</sup> du Code pénal car elle n'appartient pas au condamné. Cette jurisprudence est bien établie puisque dans un arrêt du 8 octobre 1962<sup>827</sup>, la Cour de cassation avait déjà jugé que :

« Attendu, d'une part, que l'arrêt confirme le jugement attaqué en tant qu'il ordonne la restitution aux propriétaires lésés des objets volés, recelés ou cachés ayant été saisis, "et en ordonne la confiscation s'ils ne sont pas retrouvés" ;

---

<sup>826</sup> Notons qu'en matière de recel, l'article 505, al. 5 C.P. dispose que l'objet de l'infraction sera confisqué même s'il n'appartient pas au condamné.

<sup>827</sup> Cass., 8 octobre 1962, *Pas.*, I, p. 167.

Attendu que les objets volés ne sont pas des choses produites par l'infraction, au sens de l'article 42 du Code pénal ; que, partant, la confiscation ne peut en être prononcée même si les propriétaires n'en sont pas retrouvés et que les objets ne peuvent leur être restitués ».

Elle a, ce faisant, considéré que l'objet volé, recelé ou « caché » constituait l'objet de l'infraction<sup>828</sup> et ne pouvait faire l'objet que d'une restitution en vertu de l'article 44 C.P.

**482.** La suite de l'arrêt permet de comprendre pourquoi il conduit certains à considérer que la chose volée, détournée ou escroquée doit être considérée comme un avantage patrimonial tiré de l'infraction au sens de l'article 42, 3° du Code pénal. Contrairement à l'Avocat général qui concluait à une cassation sans renvoi, la Cour de cassation jugea en effet que :

« La Cour ne casse sans renvoi qu'au cas où il résulte de sa décision que le juge de renvoi n'aurait plus rien à juger. Or, il ne se déduit pas du fondement de la cassation qu'aucune confiscation ou restitution ne pourrait être ordonnée en l'espèce ».

**483.** Dans ses conclusions, l'avocat général VANDERMEERSCH justifiait la cassation sans renvoi en ces termes :

« Comme la confiscation de l'objet du détournement n'est pas autorisée sur la base de l'article 42.1°, du Code pénal lorsque le bien n'est pas la propriété du condamné, se pose la question de savoir si l'on peut envisager une cassation sans renvoi.

Autrement dit, est-ce que la somme de 1.108.418 euros confisquée illégalement par les juges d'appel peut faire l'objet d'une confiscation sur une autre base, notamment en application de l'article 42, 3° du Code pénal ?

D'une façon générale, l'article 42, 3° vise tout profit résultant d'une infraction. Par l'expression "avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction", le législateur entend tout bien ou valeur que l'auteur de l'infraction a obtenu en commettant celle-ci. [...].

A notre sens, le bien qui constitue l'objet de l'infraction ne peut être considéré dans le même temps comme un avantage patrimonial primaire : ainsi, la chose volée ou détournée est, en tant que telle, l'objet de l'infraction et non, un avantage patrimonial tiré directement de l'infraction. En décider autrement reviendrait à permettre que la chose volée ou la chose détournée puisse faire l'objet d'une confiscation par équivalent alors que la Cour n'autorise pas, sauf exception, la confiscation par équivalent de l'objet du blanchiment.

Toutefois, on admet que l'objet du vol ou du détournement puisse se muer en avantage patrimonial tiré d'une infraction puisqu'on considère que le vol ou le détournement peuvent constituer l'infraction primaire d'où sont tirés les avantages patrimoniaux donnant lieu aux opérations de blanchiment.

En réalité, la chose volée ou détournée, objet de l'infraction, ne devient un avantage patrimonial tiré de l'infraction qu'à compter du moment où l'auteur du vol ou du détournement en a disposé (au sens de l'accomplissement d'un acte de disposition), par exemple, en la vendant à un tiers ou en acquérant de biens au moyen de l'argent volé ou détourné: le produit de la vente ou les biens ainsi acquis seront alors considérés comme "des biens et valeurs qui se sont substitués (aux avantages patrimoniaux tirés de l'infraction)" au sens de l'article 42, 3° du Code pénal.

Si l'on suit cette analyse, la chose volée ou la chose détournée ne peut faire l'objet, dans le chef de l'auteur du vol ou du détournement, d'une confiscation fondée sur sa condamnation de ce chef, ni sur la base de l'article 42, 1°, ni sur celle de l'article 42, 3° du Code pénal. Cependant,

---

<sup>828</sup> En ce sens, TROUSSE, P.-E., *Les Nouvelles*, op. cit., n° 865.

si par la suite, il dispose de l'objet du vol ou du détournement et se rend, ce faisant, coupable de blanchiment au sens des dispositions actuelles, la confiscation pourra porter sur les sommes ou valeurs blanchies à titre d'objet de l'infraction (art. 505, al. 3 ancien et art. 505, al. 5, 6 et 7 nouveaux).

Dès lors que les sommes détournées ne peuvent faire l'objet d'une confiscation dans le chef de l'auteur de l'infraction sur la base de la condamnation de détournement, il me paraît que la cassation de la confiscation jugée illégale de l'objet du détournement peut avoir lieu sans renvoi » (nous soulignons).

**484.** En cassant avec renvoi, la Cour de cassation a-t-elle jugé que les choses détournées devaient ainsi être considérées comme des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction et que, par conséquent, la confiscation était possible sur pied de l'article 42, 3° C.P. ? Nous ne le pensons pas pour les raisons suivantes.

**485.** Tout d'abord, les informations figurant à l'arrêt ne permettent pas d'avoir une vision précise des faits et des infractions déclarées établies, de sorte qu'on ne peut exclure que la confiscation des sommes en cause pût être prononcée sur pied d'une autre prévention déclarée établie. Ensuite, la Cour de cassation soutient qu'il « ne se déduit pas du fondement de la cassation qu'aucune confiscation ou restitution ne pourrait être ordonnée en l'espèce ». Or, comme l'avait relevé l'Avocat général, la restitution à la victime de la chose volée, détournée ou escroquée doit, même d'office, être ordonnée par le juge du fond, sur la base de l'article 44 du même Code. Il est par conséquent possible qu'au vu des éléments qui lui étaient soumis, la Cour ait considéré que les choses en cause devaient en réalité être restituées à la victime<sup>829</sup>. Enfin, rien n'indique que la Cour ait souhaité se départir de sa jurisprudence antérieure.

**486.** L'arrêt 14 octobre 2009 ne permet ainsi pas de considérer que la chose obtenue par la commission d'un vol, d'un détournement ou d'une escroquerie puisse être considérée comme un avantage patrimonial tiré de l'infraction. Bien qu'elle ne soit pas la propriété du condamné et ne puisse par conséquent être confisquée sur pied de l'article 42, 1° du Code pénal, elle demeure en effet l'objet de l'infraction et ne devrait pouvoir simultanément être qualifiée d'avantage patrimonial tiré de l'infraction.

**487.** L'adoption de la loi du 17 juillet 1990 ne semblait d'ailleurs pas avoir pour but de faire relever la chose volée, détournée ou escroquée de la nouvelle catégorie de biens soumis à confiscation qu'elle introduisait<sup>830</sup>. L'insertion d'une exception à la condition de propriété en matière de recel nous paraît démontrer le contraire et renforcer notre argumentation. Constatant que la chose recelée, détenue par l'auteur du recel, est l'objet de l'infraction bien qu'elle ne soit pas la propriété de l'auteur de l'infraction, le législateur a en effet modifié la loi pour qu'elle puisse néanmoins être confisquée<sup>831</sup>. Or, à l'instar de la chose recelée, les choses volées, détournées et escroquées sont également systématiquement l'objet de l'infractions sans être la propriété de l'auteur de l'infraction. La Cour de cassation les place ainsi toutes sur le même plan dans l'arrêt du 14 octobre 2009 – ce qui serait peu cohérent si elles ne les considéraient

---

<sup>829</sup> L'Avocat général n'avait néanmoins pour sa part vraisemblablement pas envisagé cette possibilité.

<sup>830</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/1, p. 3. Le Ministre a néanmoins tenu des propos plus ambigus devant la Commission de Justice de la Chambre (*Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/4, p. 4).

<sup>831</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/1, p. 7. Voy. également DE NAUW, A. et KUTY, F., *Manuel de droit pénal spécial*, Bruxelles, Kluwer, 2014, p. 209.

pas toutes comme l'objet de l'infraction. Nous n'apercevons donc pas pourquoi les choses volées, détournées et escroquées devraient relever de l'article 42, 3° C.P. et non les choses recelées.

**488.** Au vu de ce qui précède, les choses volées, détournées ou escroquées ne peuvent être considérées comme des avantages patrimoniaux primaires au sens de l'article 42, 3° du Code pénal. Elles constituent en revanche l'objet de l'infraction au sens de l'article 42, 1° du Code pénal. Vu l'ambiguïté de l'arrêt du 14 octobre 2009, nous gageons néanmoins que la Cour de cassation aura l'opportunité de clarifier sa position.

**489.** En conservant les catégories de choses confiscables visées à l'article 43 C.P. ainsi que la condition de propriété attachée à la confiscation de l'objet de l'infraction sans traiter de la chose volée, détournée ou escroquée, l'avant-projet de réforme du Code pénal ne tranche pas cette question. Elle nous paraît persister dans le nouveau régime envisagé étant donné qu'il n'envisage la confiscation par équivalent que comme une peine subsidiaire à la confiscation en nature

« [L]orsqu'au moment du prononcé de la confiscation, le condamné n'est plus en possession de la chose à confisquer, l'a soustraite à la justice ou risque de la soustraire, (...) » (art. 52, al. 5 de l'avant-projet de Code pénal)<sup>832</sup>.

Aussi, si l'on considère que la chose volée, détournée ou escroquée ne peut être confisquée car elle n'est pas la propriété du condamné, aucune peine subsidiaire ne pourra être prononcée.

**(e) Les avantages patrimoniaux supplémentaires  
au sens de l'article 43<sup>quater</sup> C.P. : des choses  
probablement d'origine illicite**

**490.** En cas de condamnation du chef de l'une des infractions qu'il énumère et aux conditions qu'il prévoit, l'article 43<sup>quater</sup> du Code pénal permet au juge de prononcer la confiscation des avantages patrimoniaux, les biens et les valeurs qui y ont été substitués et les revenus provenant des avantages investis trouvés dans le patrimoine ou en possession du condamné, pour autant qu'ils aient été acquis au cours de la période commençant cinq ans avant l'inculpation et courant jusqu'au prononcé de la condamnation et qu'il existe des indices sérieux et concrets qu'ils découlent de l'infraction déclarée établie ou d'autres infractions de nature similaire et susceptibles de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique.

**491.** Ces avantages patrimoniaux sont de même nature que ceux visés par l'article 42, 3° du Code pénal<sup>833</sup>. Il peut donc s'agir de tout avantage économique, de quelque nature que ce soit, présentant un lien de causalité direct ou indirect avec la commission d'une infraction. Cependant, à la différence de l'article 42, 3° C.P., l'article 43<sup>quater</sup> C.P. dispose que l'infraction dont provient la chose confisquée ne doit pas nécessairement être celle déclarée établie. Par ailleurs, la charge de la preuve reposant sur le ministère public, voire sur la partie

---

<sup>832</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 860.

<sup>833</sup> L'objectif du législateur était en effet de pouvoir plus efficacement confisquer les avantages patrimoniaux primaires et secondaires, voy. *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 50-1601/001, pp. 24-30 et pp. 35-38, spéc. p. 30 et p. 35.

civile, de l'origine illicite de l'avantage patrimonial supplémentaire primaire est atténuée : des indices sérieux et concrets suffisent. Enfin, seules peuvent être confisquées les choses se trouvant dans le patrimoine ou en possession du condamné, condition qui ne figure pas à l'article 42, 3° C.P.

**492.** Ce mécanisme de confiscation, dont nous examinerons ultérieurement les règles de mise en œuvre, est complémentaire<sup>834</sup> à celui des choses visées à l'article 42, 3° C.P. mais tend donc à priver le condamné du même type de choses.

**493.** L'avant-projet de réforme du Code pénal préconise la suppression de la confiscation élargie et par conséquent de cette catégorie de choses confisquables<sup>835</sup>. Nous y reviendrons lorsque nous analyserons l'article 43<sup>quater</sup> C.P.

**(f) Le patrimoine dont dispose une organisation criminelle : les biens qui servent les activités de l'organisation**

**494.** A l'occasion de l'introduction de l'article 43<sup>quater</sup> C.P.<sup>836</sup>, le Gouvernement a indiqué que la confiscation obligatoire du patrimoine de l'organisation criminelle représentait « une exécution particulière de l'article 42, 1°, du Code pénal, qui fixe la confiscation obligatoire de l'instrument de l'infraction », catégorie dont relèvent selon lui les « fonds ou d'autres actifs irréfutablement destinés à servir les activités d'une organisation criminelle »<sup>837</sup> ou les « moyens à la disposition de pareilles organisations ». Le « patrimoine » de l'organisation criminelle est dès lors composé des biens effectivement à la disposition de l'organisation criminelle, et de ceux « irréfutablement » destinés à servir ses activités.

**495.** L'article 43<sup>quater</sup>, § 4 du Code pénal impose au juge de prononcer la confiscation du « patrimoine dont dispose une organisation criminelle », sans toutefois définir cette notion. Vu l'absence de personnalité juridique de l'organisation criminelle, il est en conséquence complexe de déterminer avec précision ce qui peut constituer son « patrimoine », en dépit des travaux parlementaires précités.

**496.** La doctrine regrette également le caractère flou de cette notion qui conduit à ce que peu de condamnations à cette peine de confiscation pourtant obligatoire soient prononcées<sup>838</sup>.

**497.** Comme le rappelle F. KUTY, l'organisation criminelle ne disposant pas de personnalité juridique, la confiscation ne pourra en tout état de cause être prononcée qu'à la charge de ses

---

<sup>834</sup> Cass., 15 octobre 2014, P.14.1234.F.

<sup>835</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 170, note 499.

<sup>836</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 50-1601/001, pp. 24-30 et pp. 35-38, spéc. p. 37.

<sup>837</sup> Comp. avec les biens dont la confiscation est exigée par la Convention internationale pour la répression du terrorisme de 1999, *supra* I, A, 1, b, (3) et c, (3).

<sup>838</sup> LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 39. Voy. également sur cette question KLEES, O., « La cigale et la fourmi ou le juge pénal et la confiscation », *op. cit.*, pp. 52- 53 ainsi que NARDONE, M., « Organisations criminelles », in *Droit pénal et procédure pénale*, Malines, Kluwer, suppl. 40 (janvier 2016), pp. 23-24 qui citent un jugement inédit de la 49e chambre du tribunal correctionnel de Bruxelles du le 13 novembre 2014.



membres<sup>839</sup>, sans qu'elle puisse porter sur l'intégralité<sup>840</sup> de leur patrimoine sous peine de méconnaître l'article 17 de la Constitution<sup>841</sup>.

**498.** Les difficultés d'appréhender cette notion expliquent sans aucun doute pourquoi l'exposé des motifs de l'avant-projet de réforme du Code pénal indique qu'

« il est proposé de ne plus se référer dans le Livre premier à la confiscation du patrimoine dont dispose une organisation criminelle, déjà prévue par l'article 43*quater*, § 4, du Code pénal. Un règlement spécifique sera élaboré dans le cadre du Livre 2, comme cela sera également le cas pour la confiscation en cas de blanchiment. Un régime dérogatoire concernant l'organisation criminelle s'impose étant donné qu'il s'agit d'une structure de fait qui dispose d'un patrimoine de fait constitué globalement d'actifs appartenant à ses membres (personnes physiques ou morales) composés de biens tant d'origine légale qu'illégale. La confiscation des actifs provenant des activités illégales est déjà prévue à titre d'avantage patrimonial tiré de l'infraction. Le régime dérogatoire devra donc prévoir la confiscation des biens dont dispose une organisation criminelle et pour lesquels il est établi qu'ils ont été utiles pour contribuer à l'activité criminelle imputée à l'organisation. De façon plus exceptionnelle, la confiscation peut avoir le caractère à la fois de peine et de mesure de sûreté, lorsqu'elle vise à retirer de la circulation des objets illicites, dangereux ou nuisibles. »<sup>842</sup>

Nous n'avons néanmoins pas trouvé trace de ce régime particulier dans l'avant-projet de réforme du livre 2 du Code pénal.

### **c. Les conditions de mise en œuvre de la confiscation spéciale : le droit commun et une constellation de règles particulières**

**499.** Les articles 42 à 43*quater* du Code pénal forment le droit commun de la confiscation spéciale<sup>843</sup>. Sauf disposition contraire, ils s'appliquent à l'ensemble des infractions instituées par le Livre II du Code pénal ainsi que, conformément à l'article 100 du Code pénal, aux infractions établies par des lois particulières<sup>844</sup>. Le législateur a, au fil du temps, instauré de nombreuses dispositions dérogatoires<sup>845</sup>, tant dans le Livre 2 du Code pénal<sup>846</sup>, que dans des lois particulières<sup>847</sup>. Ces dernières concernent pour la majorité d'entre elles le caractère

---

<sup>839</sup> En ce sens, Corr. Bruxelles (49<sup>ème</sup> ch.) 13 novembre 2014, inédit (cité par KLEES, O., *op. cit.*, pp. 52-53 ainsi que par NARDONE, M., *op. cit.*, pp. 23-24).

<sup>840</sup> Pour ne pas méconnaître l'interdiction constitutionnelle de la confiscation générale, elle ne pourra davantage porter sur une quotité déterminée du patrimoine de la personne en cause, mais uniquement sur des biens déterminés. Voy. TROUSSE, P.-E., *Les Nouvelles*, *op. cit.*, n° 822.

<sup>841</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, *op. cit.*, p. 282.

<sup>842</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 170.

<sup>843</sup> Voy. avant l'introduction de l'article 43*quater* néanmoins, *Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/4, p. 6-7.

<sup>844</sup> Sur cette question, *ibid.*, pp. 279-281.

<sup>845</sup> Voy. à cet égard LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 39 et s.

<sup>846</sup> Not. en matière d'espionnage (art. 123*quinquies*), de loteries (art. 302) d'exploitation de la prostitution (art. 382*ter*), de pédopornographie (art. 383*bis*, § 5), de traite des êtres humains (art. 433*novies*, § 6), de pratiques de marchand de sommeil (art. 433*terdecies*) et de blanchiment (art. 505).

<sup>847</sup> Not. en matière d'armes (art. 8, al. 2 de la loi du 8 juin 2006 sur les armes), d'assurance obligatoire de véhicules (art. 24 de la loi du 21 novembre 1989), de chasse (arts. 20 et 31 de la loi du 28 février 1882), de contrefaçon (art. XV.130 du Code de droit économique), de douanes et accises (arts. 13, 115, 181, 204, 221, 222, 231 à 233, 235 à 237, 241, 253 et 261 de la loi générale sur les douanes et accises du 18 juillet 1977 et art. 45 de la loi du 22 décembre 2009 relative au régime général d'accises), de pêche fluviale (art. 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1954,

obligatoire ou facultatif de la confiscation ainsi que la condition de propriété figurant à l'article 42, 1° C.P. Elles tendent généralement à renforcer les règles de droit commun<sup>848</sup>.

**500.** On peut déduire de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>849</sup> que pour ordonner la confiscation spéciale d'une chose, le juge doit nécessairement motiver sa décision en constatant la commission d'une infraction, en identifiant la chose à confisquer<sup>850</sup>, et en mentionnant la base légale de la confiscation. Lorsqu'elle est prononcée au titre de sanction et non comme mesure de sûreté, le juge doit en outre identifier le prévenu à charge duquel il l'ordonne, conformément au principe de la personnalité des peines<sup>851</sup>. Plusieurs personnes ne peuvent dans cette mesure être condamnées solidairement à une peine de confiscation<sup>852</sup>, ce qui ne fait néanmoins pas obstacle à ce que plusieurs personnes soient condamnées à la confiscation d'un même avantage patrimonial<sup>853</sup>. A moins qu'elle soit obligatoire, le juge doit enfin motiver, même succinctement, sa décision de la prononcer<sup>854</sup>.

**501.** Il incombe au ministère public, voire à la partie civile, de démontrer que les conditions de la peine de confiscation spéciales sont réunies. Comme nous le verrons la charge de la preuve est néanmoins répartie en matière de confiscation spéciale élargie. Lorsqu'elle constitue une mesure de sûreté, il suffit en revanche au juge de constater qu'une infraction a été commise, même si la personne poursuivie n'est pas condamnée de ce chef, pour la prononcer<sup>855</sup>.

**502.** Conformément à l'article 21<sup>ter</sup>, alinéa 1er du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, en cas de dépassement du délai raisonnable, le juge pourra réduire infligeant une peine de confiscation spéciale dont le montant est inférieur à celui qu'il aurait fixé si la durée des poursuites n'avait pas été déraisonnable<sup>856</sup>.

**503.** En dépit de la multitude de mécanismes particuliers de confiscation spéciale, nous pouvons mettre en évidence grâce au droit commun, les conditions généralement applicables à la mise en œuvre des différents types de confiscation en droit belge, en distinguant la confiscation en nature de choses (1), la confiscation de valeur ou par équivalent (2), la confiscation sans condamnation préalable (3) et la confiscation à l'égard des tiers (4). Cette méthode nous permettra de surcroît d'évaluer la compatibilité du droit interne avec le droit

---

uniquement en vigueur au plan fédéral), de roulage (arts. 50 à 52 de la loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière), de substances explosibles (art. 8 de la loi du 28 mai 1956 relative aux substances et mélanges explosibles ou susceptibles de déflager et aux engins qui en sont chargés), trafic de stupéfiants (art. 4, § 6 de la loi du 24 février 1921), et de transport (art. 2 de la loi du 18 février 1969 relative aux mesures d'exécution des traités et actes internationaux en matière de transport par mer, par route, par chemin de fer ou par voie navigable) et de transport de voyageur (art. 33 de la loi 15 juillet 2013 relative au transport de voyageurs par route et portant exécution de différents instrument européens).

<sup>848</sup> Comme l'indique M. KUTY, elles peuvent également permettre la confiscation d'un bien immeuble, prévoir la conversion de la peine de confiscation en peine d'amende ou en une confiscation de valeur (KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 281).

<sup>849</sup> Cass., 1<sup>er</sup> avril 2008, P.07.1824.N.

<sup>850</sup> Voy. également, Cass., 15 janvier 1990, RG 7814.

<sup>851</sup> Cass., 24 juin 1998, P.97.1120.F.

<sup>852</sup> Cass., 27 mai 2009, P.09.0240.F et Cass., 15 janvier 2013, P.12.0284.N.

<sup>853</sup> Not. Cass., 21 octobre 2003, P.03.0757.N. Comme nous le verrons ci-dessous, l'exécution de ces peines ne peut néanmoins conduire à confisquer plus que l'avantage patrimonial.

<sup>854</sup> Not., Cass., 4 novembre 2014, P.13.0541.N.

<sup>855</sup> Cass., 23 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 517.

<sup>856</sup> Not. Cass., 10 octobre 2018, P.18.0751.F.

international et de l'Union européenne des confiscations, en nous émancipant autant que possible des catégories établies en droit interne. Enfin, nous concluons en synthétisant les éléments essentiels que nous aurons mis en évidence (5).

**(1) La confiscation en nature de choses liées à la commission d'une infraction : la voie privilégiée par le législateur**

**504.** Plusieurs catégories de choses peuvent faire l'objet d'une confiscation en nature : l'objet et l'instrument de l'infraction (a), le produit de l'infraction (b), les avantages patrimoniaux primaires et secondaires (c), les avantages patrimoniaux supplémentaires au sens de l'article 43<sup>quater</sup> C.P. (d) et le patrimoine de l'organisation criminelle (e). Nous examinons successivement les principales caractéristiques de ces dispositifs.

**(a) L'objet et l'instrument de l'infraction : une obligation en principe soumise à une condition de propriété**

**505.** L'article 43 C.P. impose au juge de prononcer la peine accessoire de confiscation spéciale de l'objet et de l'instrument du crime et du délit. En cas de contravention, elle ne devra en revanche être prononcée que si la loi le prévoit<sup>857</sup>. Comme nous l'avons déjà évoqué, la confiscation de ces choses n'est cependant possible en règle<sup>858</sup> que « quand la propriété en appartient au condamné » (art. 42, 1<sup>o</sup> C.P.). Selon la Cour de cassation, la chose doit plus précisément être la propriété de l'auteur de l'infraction au moment où il l'a commise mais non nécessairement au moment de la condamnation<sup>859</sup>. Il n'est pas douteux à cet égard que « le juge pénal apprécie souverainement qui est le véritable propriétaire de ces choses, sans nécessairement être lié par des structures formelles de sociétés et par la séparation des patrimoines qui en résulte le cas échéant »<sup>860</sup>. Cette condition peut donc susciter des difficultés du point de vue des droits des tiers. Nous y reviendrons.

**506.** Au vu de ce qui précède, l'objet de l'infraction et l'instrument de l'infraction ne peuvent donc en règle pas être confisqués s'ils n'étaient pas la propriété de l'auteur de l'infraction au moment de sa commission. S'ils ont été saisis, ils pourront néanmoins, sous réserve des droits des tiers de bonne foi, être restitués à leur propriétaire conformément à l'article 44 du Code pénal<sup>861</sup>. Comme nous le verrons, la confiscation de valeur des instruments, avec attribution à la victime, est également possible, s'ils ne peuvent l'être en nature.

---

<sup>857</sup> Voy. à cet égard, Cass., 14 octobre 2009, P.08.1095.F. ainsi que C.A., arrêt n<sup>o</sup> 190/2004 du 24 novembre 2004, B.6.

<sup>858</sup> Le législateur a prévu de nombreuses exceptions à cette condition, voy. par ex. l'article 382<sup>ter</sup> du Code pénal ou l'article 4 § 6 de la loi du 24 février 1921.

<sup>859</sup> Cass. 25 novembre 2008, P.08.0951.N.

<sup>860</sup> Cass., 23 octobre 2018, P.18.0052.N.

<sup>861</sup> Sur la restitution, voy. KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p.1251 et s.

**507.** Le caractère obligatoire de la confiscation de la chose ayant servi ou ayant été destinée à commettre l'infraction a récemment été atténué sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle. Sur question préjudicielle, elle a en effet jugé dans son arrêt n° 12/2017 que :

« l'article 43, alinéa 1er, du Code pénal n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, mais uniquement en ce qu'il oblige le juge à prononcer la confiscation de la chose qui a servi à commettre un crime ou un délit lorsque cette peine porte une atteinte telle à la situation financière de la personne à laquelle elle est infligée qu'elle constitue une violation du droit de propriété »<sup>862</sup>.

**508.** En vue de mettre fin à cette inconstitutionnalité<sup>863</sup>, le législateur a donc prévu que la confiscation de l'instrument du crime ou du délit devra être prononcée

« sauf lorsqu'elle a pour effet de soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde » (art. 43, § 1<sup>er</sup> C.P.).

**509.** L'objet de l'infraction devra enfin être confisqué qu'il s'agisse ou non d'une infraction intentionnelle, alors que l'instrument ne peut l'être que s'il s'agit d'infraction impliquant à tout le moins la commission d'une faute infractionnelle<sup>864</sup>.

**510.** En permettant la confiscation de l'objet de l'infraction et de son instrument, le droit belge est conforme à l'article 4 de la directive 2014/42/UE.

**511.** L'avant-projet de réforme du Code pénal ne comporte pas de changements majeurs en matière de confiscation en nature de l'objet et de l'instrument de l'infraction<sup>865</sup>.

### **(b) Le produit de l'infraction : une confiscation obligatoire inconditionnelle en cas de crime ou de délit**

**512.** La chose qui constitue le produit du crime ou du délit doit également être obligatoirement confisquée (art. 43, § 1<sup>er</sup> C.P.). Le juge ne devra en revanche la prononcer en cas de contravention que si la loi le prévoit (art. 43, § 2 C.P.).

**513.** Aucune condition de propriété n'a été prévue, ce qui est logique puisqu'on aperçoit mal quel tiers pourrait être préjudicié par la confiscation de ce qui a été matériellement produit par un acte illégal<sup>866</sup>. Le juge devra néanmoins constater que l'infraction qui l'a créée est établie dans le chef de la personne à charge de laquelle cette peine est ordonnée<sup>867</sup>.

**514.** L'avant-projet de réforme du Code pénal ne comporte pas de modification de ce régime de confiscation<sup>868</sup>.

---

<sup>862</sup> C. const., arrêt n° 12/2017 du 9 février 2017, B.14.

<sup>863</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2017-2018, doc. 54-2753/001, p. 58 et s.

<sup>864</sup> Sur cette question, KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 319 et p. 322.

<sup>865</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 170 et p. 860.

<sup>866</sup> En ce sens, KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 323-324.

<sup>867</sup> Cass., 19 février 1968, *Pas.* 1968, I, p. 752.

<sup>868</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 170 et p. 860.

**(c) Les avantages patrimoniaux primaires et secondaires : confisquer le profit effectivement obtenu ?**

**515.** La confiscation spéciale des avantages patrimoniaux directement tirés de l'infraction, des biens et valeurs qui leur ont été substitués et des revenus de ces avantages investis est une peine accessoire facultative prononcée à charge de l'auteur de l'infraction qui les a générés<sup>869</sup>. Elle peut être prononcée par le juge, pour autant qu'elle ait été préalablement requise par écrit par le ministère public, à charge de l'auteur de toute infraction, qu'il s'agisse d'un crime, d'un délit ou d'une contravention (art. 43*bis* C.P.)<sup>870</sup>. La loi ne restreint par ailleurs pas le champ d'application de cette confiscation spéciale aux infractions exigeant un dol spécial<sup>871</sup>.

**516.** Il incombe au ministère public, voire à la partie civile, de démontrer qu'une chose constitue un avantage patrimonial au sens de l'article 42, 3<sup>o</sup> du Code pénal susceptible d'être confisquée dans le chef du condamné<sup>872</sup>. Si cette chose appartient à la partie civile, elle devra lui être restituée (art. 43*bis*, § 2 C.P.). Le caractère facultatif de la confiscation spéciale des avantages patrimoniaux permet cependant au juge de ne pas la prononcer s'il l'estime inopportune<sup>873</sup> ou de la réduire<sup>874</sup> et implique également que le juge motive même succinctement sa décision de la prononcer<sup>875</sup>. En vertu de l'article 43*bis* § 7 du Code pénal il devra quoi qu'il en soit la réduire aux fins de ne pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde<sup>876</sup>.

**517.** Les mêmes avantages patrimoniaux peuvent faire l'objet de plusieurs peines de confiscation portant sur tout<sup>877</sup> ou partie<sup>878</sup> d'entre eux. En cas de pluralité d'auteurs, la peine de confiscation spéciale ne peut néanmoins être prononcée solidairement à leur égard, comme nous l'avons déjà relevé. La Cour de cassation a jugé que le juge pouvait choisir de répartir le montant de la confiscation spéciale entre les prévenus en se fondant sur leur degré d'implication, étant donné que :

« cette répartition fait partie intégrante de la décision sur le taux de la peine, pour laquelle le juge peut prendre en compte tous les éléments de fait ayant trait aux infractions déclarées établies qui ont été soumis à la contradiction ainsi que la personnalité des prévenus »<sup>879</sup>.

Cependant, l'exécution de ces peines ne peut conduire à confisquer plus que lesdits avantages patrimoniaux et ce, que ces peines concernent la même personne<sup>880</sup> ou de personnes

---

<sup>869</sup> Not. Cass., 22 juin 2004, P.04.0397.N.

<sup>870</sup> Voy. not. Cass., 10 janvier 2012, P.11.0938.N ainsi que *Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, Avis du Conseil d'Etat, doc. 987/1, p. 11. et *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 50-1601/001, p. 25.

<sup>871</sup> Sur cette question, KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 327-328.

<sup>872</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 50-1601/001, p. 30.

<sup>873</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/1, p. 4.

<sup>874</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 50-1601/001, p. 26.

<sup>875</sup> Cass., 2 octobre 2018, P.18.0276.N.

<sup>876</sup> Voy. à cet égard *Doc. parl.*, Ch., session 2013-2014, doc. 53-2934/02, p. 11 et s.

<sup>877</sup> Not. Cass., 21 octobre 2003, P.03.0757.N et Cass. 16 octobre 2007, P.07.1202.N.

<sup>878</sup> Cass., 27 mai 2009, P.09.0240.F. et Cass., 15 janvier 2013, P.12.0284.N.

<sup>879</sup> Cass., 13 mars 2018, P.17.0083.N.

<sup>880</sup> Voy., Cass., 4 septembre 2007, P.07.0219.N et Cass. 16 octobre 2007, P.07.1202.N.

distinctes<sup>881</sup>. A notre estime, étant donné que l'objectif de la confiscation des avantages patrimoniaux est de faire en sorte que le crime ne paie pas, la répartition devrait prioritairement s'opérer en fonction de l'enrichissement de chacun des participants. Si le dossier répressif ne permet pas de déterminer comment l'avantage patrimonial a été réparti entre les auteurs, le juge devrait opérer la répartition en fonction de l'implication de chacun.

**518.** Au vu de ces caractéristiques, nous pouvons affirmer que le régime de droit commun de la confiscation des avantages patrimoniaux rencontre le prescrit de l'article 4 de la directive 2014/42/UE. Son examen mérite néanmoins d'être approfondi à plusieurs égards car sa mise en œuvre concrète suscite des difficultés non négligeables. Tout d'abord, l'objectif de la confiscation des profits tirés du crime est, nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, de sanctionner<sup>882</sup> et de dissuader les criminels mais aussi d'éviter que l'économie légale ne soit polluée par des fonds d'origine illicite. Elle doit ainsi porter sur des choses déterminées<sup>883</sup> – les avantages patrimoniaux primaires et secondaires au sens de l'article 42, 3° C.P. – et présente en ce sens un caractère réel<sup>884</sup>. Nous revenons sur les conséquences de cet état de fait, notamment quant à la manière dont l'article 43bis C.P. organise le recours à la confiscation par équivalent (i). Ensuite, bien qu'*a priori* claire, l'obligation de réquisitions écrites préalables a été interprétée de manière très restrictive par la Cour de cassation qui l'a pratiquement vidée de sa substance (ii). Enfin, l'avant-projet de réforme du Code pénal prévoit une modification profonde du mécanisme de confiscation des avantages patrimoniaux qui mérite que nous nous attardions (iii).

(i) *L'avantage patrimonial tiré de l'infraction doit-il avoir « enrichi » le condamné ?*

**519.** Bien que prononcée à charge de l' (ou des) auteur(s) de l'infraction déclarée établie, la confiscation spéciale des avantages patrimoniaux peut, en raison de son caractère réel, être prononcée même si ces avantages « ne sont devenus ni sa propriété ni ne sont entrés dans son patrimoine »<sup>885</sup>. Il est en effet établi depuis une vingtaine d'années que les avantages patrimoniaux ne doivent pas être la propriété du condamné pour pouvoir être confisqués à sa charge<sup>886</sup>. En réalité, une solution contraire rendrait les articles 42, 3° et 43bis C.P. peu effectifs, étant donné que « le principe *Fraus omnia corrumpit* empêche que le dol bénéficie à l'auteur »<sup>887</sup>, de sorte que l'obtention d'une chose par la commission d'une infraction ne peut en rendre l'auteur propriétaire légitime<sup>888</sup>. Sur le plan du droit civil, les avantages patrimoniaux tirés directement ou indirectement d'une infraction ne peuvent en conséquence pas entrer dans le patrimoine de l'auteur de l'infraction.

---

<sup>881</sup> Voy. not. Cass., 21 octobre 2003, P.03.0757.N ; Cass., 27 mai 2009, P.09.0240.F.

<sup>882</sup> Not. Cass., 10 juin 2014, P.14.0280.N.

<sup>883</sup> Ces choses doivent donc être individualisées, voy. notamment Cass., 15 janvier 1990, RG 7814.

<sup>884</sup> Not. Cass., 4 septembre 2007, P.07.0219.N.

<sup>885</sup> Cass., 22 juin 2004, P.04.0397.N. Voy. également Cass., 29 mai 2001, P.00.1434.N.

<sup>886</sup> Voy. Cass., 29 mai 2001, P.00.1434.N ; C.A., arrêt n° 190/2004 du 24 novembre 2004, B.3.2 ; C.const., arrêt n° 99/2018 du 19 juillet 2018, B.5.1. Voy. également *Doc. parl.*, Ch., Session 2001-2002, doc. 50-1601/01, pp. 27-29 ; KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, op. cit., pp. 332-333 ; LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., op. cit., p. 30.

<sup>887</sup> Cass., 23 janvier 2015, C.13.0157.N.

<sup>888</sup> Cass., 14 octobre 2009, P.08.1095.F.

**520.** L'article 43bis du Code pénal prévoit néanmoins que le juge devra recourir à la confiscation par équivalent des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction si ces choses ne « peuvent être trouvées dans le patrimoine du condamné ». La Cour constitutionnelle a en ce sens également jugé que :

« La confiscation spéciale visée à l'article 43bis, alinéa 1er, du Code pénal est une peine par laquelle les avantages patrimoniaux visés à l'article 42, 3°, sont retirés au condamné, soit au profit de l'Etat, soit à celui de la partie civile à qui ils sont restitués ou attribués »<sup>889</sup> (nous soulignons).

En d'autres termes, peuvent être confisqués en nature les avantages patrimoniaux qui soit se trouvent, soit se sont trouvés dans le patrimoine de l'auteur de l'infraction<sup>890</sup>, ce qui paraît inconciliable avec les principes de droit civil exposés au paragraphe précédent.

**521.** La notion de « patrimoine » utilisée à l'article 43bis du Code pénal ne peut en conséquence recevoir la même définition qu'en droit civil<sup>891</sup>. Selon nous, cette disposition implique que le juge constate que l'infraction a concrètement procuré un avantage patrimonial au condamné, mais non que cet avantage puisse être considéré comme un actif de son patrimoine sur le plan civil. Le bien sous son contrôle, dont il a ainsi pu bénéficier, sans qu'il soit nécessairement sa propriété, doit par conséquent pouvoir être confisqué car il a effectivement été « tiré de l'infraction » par le condamné<sup>892</sup>. En revanche, nous pensons que s'il ne peut être démontré par l'accusation que le prévenu a concrètement obtenu un avantage patrimonial par la commission de l'infraction, aucune peine de confiscation ne devrait pouvoir être prononcée à son encontre, et ce même s'il est établi que l'infraction a généré un profit. Suivant cette logique, et conformément au caractère réel de la confiscation des avantages patrimoniaux, si l'avantage patrimonial est retrouvé « dans le patrimoine » d'un prévenu, seul ce dernier devrait pouvoir être condamné à la confiscation, même s'il n'a pas commis l'infraction seul<sup>893</sup>.

**522.** Comme F. KUTY le relève, la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas aisée à appréhender sur cette question et paraît aller à l'encontre de ce qui précède<sup>894</sup>. De manière générale, elle définit la confiscation spéciale comme une peine consistant dans le retrait d'une chose du patrimoine du condamné<sup>895</sup> et affirme que la confiscation par équivalent n'est possible que si les avantages patrimoniaux n'ont pas été retrouvés dans le patrimoine du condamné<sup>896</sup>. Elle juge également de manière constante depuis près de vingt ans que les avantages patrimoniaux ne doivent pas être la propriété du condamné pour pouvoir être confisqués à sa charge<sup>897</sup>. Ces prises de position sont compatibles avec la signification autonome que doit selon revêtir la notion de patrimoine au sens de l'article 43bis C.P. Les arrêts du 22 juin 2004<sup>898</sup>, du

---

<sup>889</sup> C.A., arrêt n° 190/2004 du 24 novembre 2004, B.10.1.

<sup>890</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 336.

<sup>891</sup> *Ibid.*

<sup>892</sup> En ce sens, *Ibid.*

<sup>893</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 335. Voy. cependant, Cass., 12 novembre 2013, P.12.1744.N.

<sup>894</sup> *Ibid.*, pp. 337-338.

<sup>895</sup> Cass., 28 juin 2007, C.02.0173.F.

<sup>896</sup> Cass., 4 avril 2008, C.07.0083.F.

<sup>897</sup> Not. Cass., 29 mai 2001, P.001434.N.

<sup>898</sup> Cass., 22 juin 2004, P.04.0397.N.

3 juin 2009<sup>899</sup>, du 12 novembre 2013<sup>900</sup> et du 13 mars 2018<sup>901</sup> sont en revanche moins aisés à appréhender et remettent en cause la nécessité de constater une forme d'enrichissement du condamné pour prononcer à sa charge la confiscation spéciale des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction.

**523.** Dans le premier, la Cour a « validé » une confiscation prononcée à charge d'une personne physique alors que les avantages patrimoniaux avaient en réalité bénéficié à une personne morale, affirmant que la confiscation des avantages patrimoniaux visés à l'article 42, 3° C.P. est

« une peine qui est prononcée à charge du prévenu condamné du chef de l'infraction qui a produit les avantages patrimoniaux, même s'ils ne sont devenus ni sa propriété ni ne sont entrés dans son patrimoine ».

La portée de cette décision doit néanmoins être évaluée en tenant compte du fait qu'elle a été rendue avant que la responsabilité pénale des personnes morales ait été introduite, de sorte que seuls les organes pouvaient être poursuivis et qu'aucune peine de confiscation spéciale ne pouvait être prononcée à charge de la société en cause.

**524.** Dans l'arrêt du 3 juin 2009, la Cour relève que le juge du fond a prononcé la confiscation d'une somme d'argent obtenue grâce à des déductions opérées au moyen de factures fictives émises par la société dont le condamné était le dirigeant. Elle estime que ces fonds constituent des avantages patrimoniaux « que la cour d'appel a pu, dès lors, confisquer par équivalent en application des articles 42, 3°, et 43bis du Code pénal » à charge du condamné, sans que le fait que la société elle-même n'ait pas été poursuivie enlève à la confiscation critiquée « le fondement légal sur lequel elle prend appui ». Il s'agissait donc d'une confiscation par équivalent et non d'une confiscation en nature des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction, qui n'avaient ainsi manifestement pas été retrouvés. Cette décision ne permet en outre pas d'exclure que le juge du fond avait en fait constaté que le condamné était en réalité le seul à avoir bénéficié des fonds en cause.

**525.** Dans ses arrêts du 12 novembre 2013 et du 13 mars 2018, la Cour a cependant affirmé sans équivoque cette fois que :

« Afin que la confiscation des avantages patrimoniaux énoncés à l'article 42, 3°, du Code pénal ou de leur valeur monétaire correspondante visée à l'article 43bis, alinéa 2, du Code pénal puisse être ordonnée à l'encontre de la personne condamnée à titre d'auteur, co-auteur ou complice du chef de l'infraction ayant produit les avantages patrimoniaux, il n'est pas requis que ces avantages patrimoniaux relèvent de sa propriété ou qu'ils soient entrés dans son patrimoine, ni que cette personne se soit enrichie. Cette confiscation peut, en effet, être prononcée indépendamment de l'avantage que cette personne a tiré de l'infraction ou de la destination qu'elle aura donnée ultérieurement aux avantages patrimoniaux »<sup>902</sup>.

La Cour juge donc que lorsque plusieurs personnes commettent une infraction, la confiscation des avantages patrimoniaux en découlant peut être prononcée à charge de chacune d'entre elles,

---

<sup>899</sup> Cass., 3 juin 2009, P.08.1732.F.

<sup>900</sup> Cass., 12 novembre 2013, P.12.1744.N.

<sup>901</sup> Cass., 13 mars 2018, P.17.0083.N.

<sup>902</sup> Cass., 12 novembre 2013, P.12.1744.N. et Cass., 13 mars 2018, P.17.0083.N. Voy. également Cass., 20 mars 2019, P.18.0624.F.



sans avoir à rechercher si elles se sont effectivement enrichies. Si les avantages patrimoniaux peuvent être saisis en nature, cette décision est contestable<sup>903</sup> car elle va au-delà de l'objectif assigné aux articles 42, 3<sup>o</sup> et 43bis C.P. de priver le délinquant des profits qu'il a tirés de l'infraction. Elle pose en outre question du point de vue du principe de la personnalité des peines puisqu'elle conduit à imposer une sanction de manière indifférenciée à toutes les personnes ayant participé à la commission d'une infraction.

**526.** Etant donné que la Cour entame dans les deux affaires son raisonnement en soulignant que « le juge du fond apprécie souverainement en fait si une personne condamnée a tiré des avantages patrimoniaux de l'infraction du chef de laquelle il a été condamné », la portée de ces arrêts demeure néanmoins à notre sens incertaine. En effet, d'une part, la Cour met en exergue le fait que le juge du fond a constaté qu'un avantage patrimonial avait été tiré de l'infraction par le condamné à la confiscation, et d'autre part, elle soutient, que la confiscation des avantages patrimoniaux est indépendante de l'avantage tiré de l'infraction par le condamné... Nous avons le sentiment que la Cour de cassation privilégie en réalité le caractère réel de la confiscation spéciale des avantages patrimoniaux au détriment du caractère personnel de toute peine, en devant composer avec des dispositions légales ambiguës. La réforme envisagée du Code pénal est à cet égard bienvenue.

**527.** Au vu des objectifs du législateur et des termes employés à l'article 43bis du Code pénal, et en dépit des arrêts précités de la Cour de cassation, nous pensons que la confiscation en nature des avantages patrimoniaux primaires et secondaires ne devrait pouvoir être prononcée qu'à charge du condamné qui en a le contrôle, et qui s'est ainsi concrètement enrichi, sans qu'il doive néanmoins en être légalement propriétaire. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la nécessité de les retrouver dans son patrimoine, notion qui doit être interprétée de manière autonome. A défaut de retrouver les avantages patrimoniaux dans le patrimoine du ou des condamné(s), la confiscation spéciale par équivalent pourra être ordonnée. Par ailleurs, en cas de pluralité d'auteurs, seul celui qui possède les avantages patrimoniaux en nature « dans son patrimoine » devrait pouvoir être condamné à la peine de confiscation.

*(ii) Des réquisitions écrites préalables...non nécessairement écrites qui ne circonscrivent pas le débat*

**528.** L'article 43bis C.P. dispose que la confiscation des avantages patrimoniaux pourra toujours être prononcée par le juge « mais uniquement dans la mesure où elle est requise par écrit par le procureur du Roi ». Cette disposition implique que,

« dans sa requête écrite devant le juge de fond, le ministère public devra préciser quels sont les avantages patrimoniaux, les biens et valeurs qui leur ont été substituées et/ou les revenus des avantages investis dont il demande la confiscation. Il est bien évident que cette obligation s'applique également lorsque le ministère public veut voir la confiscation prononcée sur un montant correspondant aux avantages patrimoniaux initiaux (confiscation en valeur) »<sup>904</sup>.

---

<sup>903</sup> Voy. KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 338-340.

<sup>904</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 50-1601/001, p. 41.

L'objectif du législateur était d'imposer que la confiscation spéciale des avantages patrimoniaux soit requise par le ministère public pour mieux garantir les droits de la défense et notamment éviter qu'elle puisse être ordonnée sans la défense ne soit entendue à son propos<sup>905</sup>. L'exposé des motifs du *Projet de loi* ayant introduit cette disposition indiquait encore que :

« Evidemment, on peut objecter que la défense peut toujours invoquer *proprio motu* la question de la confiscation d'avantages patrimoniaux résultant de l'infraction et faire connaître son argumentation à cet égard, mais cela la place, bien entendu, dans une position peu confortable puisqu'elle se retrouve contrainte de traiter de manière proactive tous les aspects de cette problématique. Dès lors, il est préférable de laisser dans ce domaine l'initiative au ministère public. Cela correspond également mieux aux différents rôles des parties concernées dans la procédure »<sup>906</sup>.

Cette disposition vise donc, en d'autres termes, à permettre à la personne poursuivie de se défendre utilement face à une éventuelle confiscation en lui garantissant d'une part le droit de savoir quelles choses pourraient être confisquées et d'autre part de circonscrire le débat sur la confiscation pour qu'elle n'ait pas à en aborder tous les aspects d'initiative.

**529.** La Cour de cassation juge néanmoins à cet égard que :

« Ni l'article 43*bis*, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal, ni aucune autre disposition légale n'imposent au juge de limiter la confiscation spéciale d'avantages patrimoniaux pour des préventions déclarées établies aux biens ou montants énoncés dans le réquisitoire écrit du ministère public du chef de ces préventions. Il appartient au juge de déterminer, sur la base des éléments du dossier répressif soumis à la contradiction, quels sont ces avantages patrimoniaux et leur valeur monétaire et ceux qui doivent faire l'objet d'une confiscation, soit en nature soit par équivalent »<sup>907</sup>.

Les réquisitions du ministère public ne sont ainsi qu'une ouverture à confiscation mais ne circonscrivent pas le débat à cet égard puisque le juge peut aller plus loin que ces dernières. Il ne doit d'ailleurs pas inviter expressément le défendeur à se défendre, dans l'hypothèse où il envisagerait de prononcer une confiscation spéciale plus importante que celle requise<sup>908</sup> ou sur un autre fondement juridique<sup>909</sup>. De plus, la Cour juge que ces réquisitions écrites ne sont soumises à « aucune condition de forme particulière » et peuvent donc en réalité être formulées oralement, pour autant qu'elles soient constatées par écrit dans le procès-verbal d'audience<sup>910</sup> ou dans le jugement/l'arrêt<sup>911</sup>. Elles peuvent encore être formulées à n'importe quel stade de la procédure, pour autant qu'elles précèdent le jugement ou l'arrêt de sorte que la personne poursuivie en ait connaissance et puisse se défendre, et ne peuvent être considérées comme des conclusions au sens de l'article 152 C.I.Cr.<sup>912</sup>

**530.** Cette interprétation de l'obligation de réquisitions écrites figurant à l'article 43*bis* C.P. est à notre sens très éloignée de celle du législateur et consacre une conception étroite du

---

<sup>905</sup> *Ibid.*

<sup>906</sup> *Ibid.*

<sup>907</sup> Cass., 25 septembre 2018, P.18.0281.N. Voy. également, Cass., 11 septembre 2013, P.13.0505.F/2.

<sup>908</sup> Cass., 28 novembre 2018, P.18.0729.F.

<sup>909</sup> Cass., 20 mars 2019, P.18.0273.F.

<sup>910</sup> Cass., 12 septembre 2018, P.18.0350.F.

<sup>911</sup> Cass., 29 janvier 2019 P.18.0422.N et Cass., 28 mai 2019, P.19.0113.N.

<sup>912</sup> *Ibid.*

principe du contradictoire. Il est en effet fondamentalement différent de préparer sa défense au regard d'un écrit, circonscrivant le débat sur la confiscation spéciale éventuelle et sur sa base juridique, et de devoir le faire par rapport à des réquisitions, formulées le cas échéant oralement après la rédaction de conclusions, qui n'ont pour seul effet que d'ouvrir le débat sur la confiscation sans nullement l'encadrer.

(iii) *L'avant-projet de réforme du Code pénal :  
une révolution à venir ?*

**531.** Les auteurs de l'avant-projet de réforme du livre 1<sup>er</sup> du Code pénal visent à apporter des modifications majeures en matière de confiscation des avantages patrimoniaux<sup>913</sup>. Nous en évoquons les principales ci-dessous.

**532.** Tout d'abord, cette peine perd son caractère facultatif et devient obligatoire. Le devoir de modération incombant au juge lorsqu'elle aurait pour effet de soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde est néanmoins maintenu (art. 52, § 1<sup>er</sup>, al. 3 de l'avant-projet). Vu son caractère obligatoire, il n'est en outre plus prévu de réquisitions écrites préalables, ce qui nous paraît être source de difficultés en pratique du point des droits de la défense et du principe du contradictoire. En effet, à la différence de l'objet de l'infraction ou de son instrument, relativement aisés à identifier, déterminer si des avantages patrimoniaux en sont découlés et dans quelle mesure peut être bien plus complexe. Aussi, ne pas disposer préalablement au procès d'informations quant à la position qui sera adoptée par le ministère public peut rendre la préparation de la défense du prévenu particulièrement périlleuse et entraîner des retards dans le déroulement de la procédure au fond.

**533.** De plus, il n'est plus fait appel à la notion de patrimoine pour déterminer s'il convient de procéder à une confiscation en nature ou en valeur des avantages patrimoniaux. Selon les auteurs de l'avant-projet, étant donné que le condamné est tenu de remettre à la justice la chose confisquée qui n'aurait pas été saisie, la confiscation de valeur doit être mise en œuvre « si le condamné n'est plus en possession de la chose, l'a soustraite à la justice ou risque de la soustraire » (art. 52, § 1<sup>er</sup>, al. 3 de l'avant-projet). La jurisprudence sera sans aucun doute appelée à interpréter ces conditions, notamment celle du risque de soustraction, mais n'aura plus à se débattre avec celle de patrimoine qui comme nous l'avons est peu adaptée à cette problématique. Des débats risquent néanmoins de surgir quant à la notion de possession qui revêt elle-aussi en droit civil une portée particulière et qui ne reçoit pas de définition autonome.

**534.** Par ailleurs, après avoir exposé le régime de la peine de confiscation subsidiaire par équivalent sur lequel nous reviendrons dans la sous-section suivante, l'article 52, § 1<sup>er</sup>, al. 5 de l'avant-projet dispose t qu'

« en cas de pluralité d'auteurs, celui qui dispose du bien confisqué ou qui l'a placé hors de portée des autorités judiciaires sera seul condamné au paiement de cette somme d'argent équivalente ».

Cette disposition peut laisser penser qu'en cas de pluralité d'auteurs, seule la confiscation d'une somme équivalente à la chose confisquée pourrait être prononcée et ce uniquement à charge de

---

<sup>913</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 170 et p. 860.

celui qui en dispose. Vu la volonté des auteurs de l'avant-projet de conférer un caractère réel à la confiscation spéciale des avantages patrimoniaux, il nous semble néanmoins que dans l'hypothèse où l'un des auteurs était retrouvé avec l'avantage patrimonial en cause, il devrait être confisqué en nature à sa charge seulement. Aussi, le passage précité ne devrait être applicable que si la chose ne pourrait être confisquée en nature, de sorte qu'il ne concernerait en réalité que l'auteur « qui dispose du bien confisqué » mais risque de la soustraire à la justice. Une clarification serait néanmoins utile.

**535.** Enfin, il est prévu que :

« Pour déterminer le montant des avoirs patrimoniaux tirés directement de l'infraction, le juge peut notamment se fonder sur tous les éléments qui lui sont régulièrement soumis et qui démontrent un déséquilibre entre, d'une part, l'accroissement temporaire ou constant du patrimoine et les dépenses du condamné durant la période infractionnelle, dont le ministère public rapporte la preuve, et, d'autre part, l'accroissement temporaire ou constant du patrimoine et les dépenses du condamné durant cette même période pour lesquels ce dernier peut rendre plausible qu'ils ne découlent pas des infractions pour lesquels il est condamné » (art. 52, § 2 de l'avant-projet).

L'exposé des motifs de l'avant-projet indique à cet égard que :

« Enfin, le projet reprend le régime de partage de la preuve institué par l'article 43<sup>quater</sup> du Code pénal tout en le simplifiant. Cette règle ne s'applique qu'aux avantages patrimoniaux tirés directement de toute infraction et ne s'étend pas à ceux provenant d'infractions similaires. Contrairement à ce qui a pu être affirmé, il ne s'agit pas d'un régime de renversement de la charge de la preuve. En effet, le ministère public est tenu d'apporter la preuve de l'existence d'un accroissement temporaire ou constant du patrimoine et des dépenses du condamné durant la période infractionnelle qui ne s'expliquent pas par les revenus officiels du condamné et qui ne paraissent pas avoir d'autre explication que le fait qu'ils proviennent de l'infraction déclarée établie. Pour contrer cette preuve, il suffit que le condamné rende plausible que les avoirs à l'origine de cet accroissement ou finançant les dépenses ne découlent pas des faits pour lesquels il est condamné. »<sup>914</sup>

Les auteurs de l'avant-projet veulent ainsi instituer un partage de la charge de la preuve quant à l'établissement du lien entre l'infraction déclarée établie et les biens illicites qui en seraient découlés. Le ministère public n'aurait en conséquence plus à démontrer au-delà du doute raisonnable, le cas échéant à l'aide de présomptions de fait, qu'une chose provient de l'infraction mais uniquement l'existence au cours de la période infractionnelle d'un déséquilibre entre les ressources licites du condamné d'une part, et l'accroissement de son patrimoine et de ses dépenses d'autre part ; la différence entre les deux étant présumée provenir de l'infraction déclarée établie. Il incomberait en revanche au condamné de montrer de manière plausible que l'accroissement de son patrimoine établi par le ministère public est sans lien avec l'infraction. Cette disposition pose plusieurs questions.

**536.** Premièrement, on peut s'interroger sur le type d'avantages patrimoniaux qu'elle concerne étant donné qu'elle vise les avantages patrimoniaux « tirés directement de l'infraction ». Cela signifie-t-il que les avantages patrimoniaux secondaires – les biens et

---

<sup>914</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 174. Comp. Not. avec Commission, « Produits du crime organisé. Garantir que “le crime ne paie pas” », COM(2008) 766 final, p. 7 (évoqué dans la sous-section I, A, 2, a, (3), (a)).

valeurs qui ont été substitués aux avantages patrimoniaux primaires et les revenus de ces avantages investis – ne pourraient être confisqués selon cette méthode ? Vu la volonté affichée par les auteurs de l’avant-projet, nous ne le pensons pas. Il s’agira plutôt de déterminer dans un premier temps quels ont été les avantages primaires, puis dans un second temps, de déterminer ce qu’ils sont devenus et de confisquer les avantages secondaires identifiés. La disposition en cause devrait néanmoins être clarifiée en ce sens.

**537.** Ensuite, la limitation du champ d’application de la mesure aux avantages patrimoniaux provenant de l’infraction déclarée établie ne nous paraît pas pouvoir effectivement éviter que des biens provenant d’autres infractions puissent être confisqués. On n’imagine en effet mal le prévenu se défendre en invoquant la commission d’une autre infraction pour justifier l’accroissement de son patrimoine. Ce partage de la charge de la preuve pourrait néanmoins avoir cet effet et donc conduire le prévenu à devoir s’accuser lui-même. Prévoir qu’il ne concerne que les avantages tirés directement de l’infraction nous paraît en conséquence artificiel.

**538.** En dépit des doutes que suscite la réforme projetée, elle nous paraît rencontrer le prescrit de l’article 4 de la directive 2014/42/UE en permettant la confiscation des produits de l’infraction.

#### **(d) Les avantages patrimoniaux supplémentaires au sens de l’article 43<sup>quater</sup> du Code pénal**

**539.** La confiscation spéciale des avantages patrimoniaux supplémentaires est une peine accessoire facultative<sup>915</sup>, qui a été introduite par la loi du 19 décembre 2002<sup>916</sup>. L’exposé des motifs du *Projet de loi* précisait que le législateur souhaitait en limiter le champ d’application aux avantages patrimoniaux supplémentaires issus de trois catégories d’infractions<sup>917</sup>. Avant de préciser quelles sont ces catégories, et les infractions qu’elles contiennent, notons qu’afin notamment de se conformer aux évolutions du droit de l’Union européenne<sup>918</sup>, le législateur a étendu le champ d’application de la confiscation élargie en 2005<sup>919</sup>, en 2006<sup>920</sup>, en 2013<sup>921</sup> et enfin en 2018<sup>922</sup>, sans que sa philosophie initiale n’en soit néanmoins altérée.

**540.** La première catégorie rassemble des infractions considérées comme particulièrement attentatoires à l’ordre social ou dont le but lucratif est très prégnant dont la simple commission

---

<sup>915</sup> Cass., 15 octobre 2014, P.14.1234.F.

<sup>916</sup> Loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale, *M.B.*, 14 février 2003, p. 7547.

<sup>917</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc 50-1601/01, pp. 38-39.

<sup>918</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2017-2018, doc. 54-2753/01, p. 63 et s.

<sup>919</sup> Loi du 10 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil, *M.B.*, 2 septembre 2005, p. 38454.

<sup>920</sup> Lois du 9 février 2006 modifiant le Code pénal en vue de renforcer la lutte contre les pratiques des marchands de sommeil (*M.B.*, 28 février 2006, p. 12140) et du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (I) (*M.B.*, 28 décembre 2006, p. 75266).

<sup>921</sup> Loi du 15 juillet 2013 portant des dispositions urgentes en matière de lutte contre la fraude, *M.B.*, 19 juillet 2013, p. 45431.

<sup>922</sup> Loi du 18 mars 2018 modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire, *M.B.*, 2 mai 2018, p. 37317.

permet la mise en œuvre de l'article 43<sup>quater</sup> (§ 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>) : certaines violations graves du droit humanitaire (art. 136<sup>sexies</sup> et 136<sup>septies</sup>, 1<sup>o</sup> C.P.)<sup>923</sup>, la corruption publique et privée<sup>924</sup>(arts. 246 à 251), le trafic de drogue (art. 2<sup>bis</sup>, § 1<sup>er</sup>, § 3, b) ou au § 4, b de la loi du 24 février 1921) et précurseurs (art. 2<sup>quater</sup>, 4<sup>o</sup> de la loi de 1921), la traite d'êtres humains et l'abus de vulnérabilité par des marchands de sommeil (arts. 433<sup>quinquies</sup> à <sup>octies</sup>, 433<sup>undecies</sup> ou 433<sup>duodecies</sup> C.P.)<sup>925</sup>, le trafic d'êtres humains (arts. 77<sup>bis</sup> à <sup>quinquies</sup> de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire)<sup>926</sup> et l'administration d'hormones aux animaux (art. 10, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la loi du 15 juillet 1985). Les infractions terroristes punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement et la participation aux activités d'un groupe terroriste (arts. 137, 138, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup> à 10, ou 140 C.P.) font également partie des infractions de première catégorie. En intégrant ces infractions en 2006<sup>927</sup>, le législateur a toutefois prévu qu'elles devaient être de nature à générer des bénéfices pour pouvoir donner lieu à une confiscation élargie. Il étendit cette liste en 2018 aux infractions visées aux articles 140<sup>bis</sup> à <sup>sexies</sup>, 140<sup>septies</sup> § 1<sup>er</sup>, troisième et quatrième tiret, et 141, en maintenant la condition de création potentielle de profits mais en remplaçant la notion de profits par celle d'avantages patrimoniaux. Le législateur décida également d'y intégrer des infractions qui devaient jusque-là avoir été commises dans le cadre d'une organisation criminelle pour pouvoir entraîner l'application de la confiscation élargie – et qui relevaient de la deuxième catégorie analysée ci-dessous. Il s'agit de la contrefaçon de l'euro (articles 162, 163, 173, 180 et 186 du Code pénal), de la débauche et de la prostitution de mineurs (articles 379 ou 380 du Code pénal, de la pédopornographie (383<sup>bis</sup>, § 1<sup>er</sup>, du Code pénal), du recel et du blanchiment (article 505 du Code pénal, à l'exception des choses couvertes par l'article 42, 1<sup>o</sup>, du même Code). Le législateur cherchait de la sorte à mettre l'article 43<sup>quater</sup> en concordance avec la directive 2014/42/UE<sup>928</sup>.

**541.** La deuxième catégorie (§ 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>) cible la criminalité organisée et rassemble les infractions de participation aux activités d'une organisation criminelles (art. 324<sup>ter</sup> C.P) ainsi que d'autres infractions à condition qu'elles aient été commises dans le cadre d'une organisation criminelle (§1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>) : différents types de vols aggravés (arts. 468 à 472 C.P.), le meurtre pour faciliter le vol (art. 475 C.P.), les vol, extorsion ou trafic de matières nucléaires (arts. 477 à 477<sup>sexies</sup> ou 488<sup>bis</sup> C.P), le trafic d'armes à usage militaire (art. 8 de la loi du 5 août 1991) et d'hormones (art. 1<sup>er</sup> et 8 de l'A.R. du 12 avril 1974 lorsque l'infraction est punie conformément à la loi du 24 février 1921).

---

<sup>923</sup> A l'origine, le fondement de l'infraction était la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, *M.B.*, 5 août 1993, p. 17751. La loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire (*M.B.*, 7 août 2003, p. 40506) a néanmoins intégré ces dispositions particulières au Code pénal.

<sup>924</sup> Initialement, l'infraction devait avoir été commise par les instigateurs ou responsables d'une association de malfaiteurs (*Voy. Doc. parl.*, Ch., 2001-2002, 50-1601/01, p. 42 et LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 36). Cette condition a néanmoins été supprimée par la loi du 18 mars 2018 précitée car elle ne figurait pas dans la directive 2014/42/UE (*Doc. parl.*, Ch., session 2017-2018, doc. 54-2753/01, p. 64).

<sup>925</sup> Ces infractions ne doivent plus nécessairement être accompagnées de circonstances aggravantes depuis l'adoption de la loi du 18 mars 2018 (*Doc. parl.*, Ch., session 2017-2018, doc. 54-2753/01, p. 66).

<sup>926</sup> *Ibid.*

<sup>927</sup> Art. 390 de la loi du 27 décembre 2006, précitée en note 222.

<sup>928</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, doc. 54-2753/001, p. 64 et s.

**542.** La troisième catégorie (§ 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>) concernait uniquement à l'origine les faits qui impliquent la commission de plusieurs infractions distinctes

« poursuivies de manière collective et dont la gravité, la finalité et le rapport mutuel permettent au tribunal de décider certainement et nécessairement que ces faits ont été commis dans le cadre d'une fraude fiscale grave et organisée pour laquelle ont été utilisés des mécanismes ou procédés particulièrement complexes à l'échelle internationale ».

Le législateur ciblait ainsi notamment les faits généralement désignés comme des « carrousels à la TVA »<sup>929</sup>. Son champ d'application a cependant été étendu en 2013, pour viser la fraude fiscale grave, qu'elle soit organisée ou non<sup>930</sup>. A l'instar des infractions de première catégorie, il n'est pas nécessaire que ces infractions soient menées dans le cadre d'une organisation criminelle.

**543.** Le droit belge permet ainsi la confiscation élargie d'avantages patrimoniaux après condamnation pour un plus grand nombre d'infractions que ne le prévoit l'article 5 de la directive 2014/42/UE, ce qu'elle autorise. Il ne couvre cependant pas l'ensemble des infractions qui y sont visées. Ne figurent en effet pas à l'article 43<sup>quater</sup> C.P., la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces (art. 3, c de la directive), comme les chèques ou les cartes de crédit, pourtant punies en droit interne<sup>931</sup> de peines maximales supérieures à quatre ans (not. arts. 194 et s. et 210<sup>bis</sup> du Code pénale)<sup>932</sup> et manifestement de nature à générer un avantage économique. Les atteintes illégales à l'intégrité de données informatiques ou d'un système informatique (art. 5, 2, d de la directive)<sup>933</sup>, ne figurent pas non plus parmi les infractions visées, en dépit de la modification opérée par la loi du 18 mars 2018<sup>934</sup>. En revanche, le législateur a opportunément permis la confiscation élargie en cas de blanchiment, de contrefaçon de l'euro et de trafic de précurseurs de drogue sans plus exiger que l'infraction soit commise dans le cadre d'une organisation criminelle.

**544.** Il découle de ce qui précède quant au champ d'application de l'article 43<sup>quater</sup> du Code pénal que :

- il n'est pas exigé de démontrer, sauf en matière de terrorisme, que l'infraction déclarée établie est susceptible de générer des bénéfices, mais toutes les infractions retenues sont *a priori* susceptibles de générer un avantage économique à tout le moins indirect ;
- le taux de la peine ne détermine pas le champ d'application de la confiscation élargie mais que toutes les infractions figurant à l'article 43<sup>quater</sup>, § 1<sup>er</sup> 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> sont punies d'une peine d'emprisonnement/de réclusion dont la durée maximum excède 4 ans, durée visée par la directive 2014/42/UE, et qu'il devrait en principe en être de même des faits relevant de l'hypothèse reprise sous le point 4 (fraude fiscale grave) ;

<sup>929</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2001-2002, 50-1601/01, p. 39.

<sup>930</sup> Loi du 15 juillet 2013 précitée en note 223. La Cour constitutionnelle a considéré que cette modification n'entraînait pas de violation des articles 10, 11, 12 et 14 de la Constitution et le principe de légalité en matière pénale, voy. Cour Const., arrêt n° 41/2015 du 26 mars 2015.

<sup>931</sup> Aucun seuil n'est fixé par l'instrument de droit l'Union applicable.

<sup>932</sup> Voy. not. DE NAAUW, A. et KUTY, F., *Manuel de droit pénal spécial*, 2014, Kluwer, p. 50 et p. 58.

<sup>933</sup> Ces infractions n'étaient pas visées dans la décision-cadre 2005/212/JAI.

<sup>934</sup> Les articles 259<sup>bis</sup>, 314<sup>bis</sup>, 550<sup>bis</sup> et 550<sup>ter</sup> du Code pénal ne sont en effet pas cités parmi les infractions susceptibles d'entraîner une confiscation élargie.

- les infractions sanctionnant les atteintes illégales à l'intégrité de données informatiques ou d'un système informatique et la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces n'ont pas été intégrées à la liste des infractions figurant à l'article 43<sup>quater</sup> C.P., ce qui n'est pas conforme à la directive ;
- la confiscation élargie en matière d'infractions liées à la participation à une organisation criminelle est envisagée de manière plus extensive en droit interne que dans la directive
- le législateur belge a opportunément modifié à plusieurs reprises l'article 43<sup>quater</sup> C.P. mais n'est pas allé assez loin pour prétendre avoir parfaitement transposé la directive 2014/42/UE, ce que la Commission n'a néanmoins pas relevé dans son rapport relatif à la transposition de la directive<sup>935</sup>.

**545.** La personne condamnée du chef d'une infraction relevant de l'une des trois catégories établies à l'article 43<sup>quater</sup> comme auteurs, coauteurs ou complice peut faire l'objet d'une confiscation élargie, à la demande du ministère public<sup>936</sup>

- si elle a acquis « pendant une période pertinente des avantages patrimoniaux supplémentaires »
- alors qu'il existe « des indices sérieux et concrets » que ceux-ci découlent de l'infraction pour laquelle elle a été condamnée « ou d'infractions susceptibles de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique pour autant qu'elles figurent sous la même rubrique, prévue au paragraphe 1er, que l'infraction qui fait l'objet de la condamnation »,
- et qu'elle, ou « tout tiers prétendant avoir droit à ces avantages », « n'a pas pu rendre plausible le contraire » (art. 43<sup>quater</sup>, § 2).

**546.** Nous précisons ci-dessous la portée de ces différentes conditions (*i* et *ii*). Nous verrons également que le législateur n'a pas attaché de condition de propriété à la confiscation élargie (*iii*), avant de nous intéresser aux conséquences de son caractère facultatif (*iv*) et aux limites de la faculté d'attribuer les choses confisquées à la victime (*v*). Enfin, nous synthétiserons les éléments essentiels de ce régime complexe de confiscation et verrons que les auteurs de l'avant-projet de réforme du Code pénal préconisent sa suppression (*vi*).

*(i) Un champ d'application temporel trop restreint au regard de la directive 2014/42/UE*

**547.** La « période pertinente » que le juge peut prendre en compte est définie comme celle commençant cinq ans avant l'inculpation de la personne en cause<sup>937</sup>, ce qui implique que

---

<sup>935</sup> Rapport de La Commission au Parlement européen et au Conseil. *Recouvrement et confiscation d'avoirs : Garantir que le crime ne paie pas*, 2 juin 2020, doc. COM(2020) 217 final.

<sup>936</sup> L'article 43<sup>quater</sup>, § 1<sup>er</sup> n'exige pas expressément d'écrit mais pour qu'il n'existe aucun doute sur le fait que la demande a effectivement été formulée par le ministère public, ses réquisitions devraient faire l'objet d'un écrit ou être constatées dans un écrit (LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 63). Vu le caractère facultatif de cette confiscation, il paraît nécessaire qu'un écrit soit préalablement communiqué au prévenu pour qu'il puisse utilement préparer sa défense.

<sup>937</sup> Comme le relèvent à juste titre Mme BERNARD, M. DEJEMEPPE et Mme GUILLAIN, l'emploi de ce terme implique qu'une telle confiscation ne pourra être prononcée que dans les affaires ayant fait l'objet d'une instruction (BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire »,



l'infraction ait fait l'objet d'une instruction<sup>938</sup>, et courant jusqu'à la date du prononcé (art. 43<sup>quater</sup>, §3)<sup>939</sup>. Le tribunal conserve en outre la possibilité de fixer une période pertinente plus courte, voire de ne pas tenir compte d'une partie de la période pertinente ou de certains revenus « s'il estime une telle mesure opportune en vue de ne pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde » (art. 43<sup>quater</sup>, § 3 *in fine*). Les avantages patrimoniaux acquis en dehors de la période pertinente de cinq ne peuvent donc en toute hypothèse faire l'objet d'une confiscation élargie.

**548.** Le considérant 18 de la directive ouvre la voie à une telle limitation comme nous l'avons déjà exposé<sup>940</sup>. La directive ne prévoit cependant pas la possibilité d'exclure en tout état de cause les biens obtenus avant une certaine période de l'assiette de l'éventuelle confiscation élargie. La directive n'envisage en effet la fixation d'une période pertinente donnée que dans l'optique de prévoir une présomption d'origine illégale des biens au cours de celle-ci (considérant 21)<sup>941</sup>. Il nous paraît de surcroît peu cohérent de considérer que cette limitation

---

*op. cit.*, p. 30, note 118). Le législateur a indiqué à propos du choix de l'inculpation comme base du calcul de la période pertinente notamment comme suit : « Choisir l'inculpation pour point de référence pour le délai de cinq ans a, il est vrai, pour inconvénient que pour certains inculpés, ou condamnés, il existe différentes périodes pertinentes selon les différentes dates de leur inculpation. Toutefois, cet inconvénient ne contrebalance pas l'avantage résidant dans le fait que l'inculpé sait précisément qu'à partir d'une date déterminée certains faits lui sont imputés, faits qui peuvent entraîner des sanctions telles que la répartition de la charge de la preuve, et que par conséquent il est conscient de la nécessité de conserver les documents établissant l'origine de son patrimoine. De plus, la période de cinq ans n'est pas exagérément longue et correspond à la prescription initiale prévue pour les délits » (*Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 50-1601/001, p. 43).

<sup>938</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2017-2018, doc. 54-2753/01, p. 70.

<sup>939</sup> Sur l'opportunité de cette période pertinente, voy *Doc. parl.*, Ch., 2001-2002, 50-1601/01, p. 43. La loi et les travaux parlementaires sont muets sur le jugement qu'il faut prendre en compte. Est-ce celui rendu en premier instance ou, le cas échéant, l'arrêt rendu en appel voire après un pourvoi en cassation ? Faute d'indications précises et vu le principe suivant lequel le droit pénal est de stricte interprétation, nous considérons que le jugement rendu en première instance devrait mettre fin à la période pertinente, sans quoi elle pourrait être démesurément longue. Il pourrait néanmoins également être soutenu que le terme « prononcé » renvoi à décision rendue par le juge et donc, en degré d'appel, à l'arrêt. Ce choix d'une période de cinq ans a quoi qu'il en soit été jugé « arbitraire » par la doctrine, voy. LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 38.

<sup>940</sup> Pour rappel, ce considérant, auquel se réfère d'ailleurs le législateur belge (*Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, doc. 54-2753/001, p. 70) indique que : « Lors de la mise en œuvre de la présente directive, les États membres peuvent prévoir que, dans des circonstances exceptionnelles, la confiscation ne devrait pas être ordonnée dans la mesure où, conformément à leur droit national, une telle mesure constituerait une contrainte excessive pour la personne concernée, sur la base des circonstances de chaque cas particulier qui devraient être déterminantes. Les États membres devraient faire un usage très restreint de cette possibilité et ne devraient être autorisés à prévoir qu'une confiscation ne peut être ordonnée que dans les cas où cette confiscation placerait la personne concernée dans une situation dans laquelle il lui serait très difficile de survivre ».

<sup>941</sup> Il dispose que : « La confiscation élargie devrait être possible lorsqu'une juridiction est convaincue que les biens en question proviennent d'activités criminelles. 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. Dans ce contexte, la juridiction doit examiner les circonstances spécifiques de l'espèce, y compris les faits et les éléments de preuve disponibles sur la base desquels une décision de confiscation élargie pourrait être rendue. Le fait que les biens de la personne sont disproportionnés par rapport à ses revenus légaux pourrait être l'un des faits conduisant la juridiction à conclure que lesdits biens proviennent d'activités criminelles. Les États membres pourraient aussi prévoir que l'on exige que, pendant un certain laps de temps, les biens soient considérés comme provenant d'activités criminelles ».

puisse s'inscrire dans le cadre du considérant 18 qui évoque une limitation de la portée de la confiscation au regard des circonstances concrètes de l'affaire<sup>942</sup>.

(ii) *Un partage de la charge de la preuve au champ d'application limité*

**549.** L'article 43<sup>quater</sup> C.P. prévoyait avant l'adoption de la loi du 18 mars 2018 que la confiscation élargie pouvait être ordonnée à charge d'un condamné s'il existait « des indices sérieux et concrets » que les biens visés découlaient de « l'infraction pour laquelle il a été condamné ou de faits identiques et que le condamné n'a pas pu rendre plausible le contraire » (§2 ancien). Les « faits identiques » étaient définis comme étant ceux qui relèvent de la même qualification que l'infraction déclarée établie ou d'une qualification connexe relevant de la « même rubrique » que cette dernière dans la liste d'infractions pouvant conduire à une confiscation élargie sans devoir être commise dans le cadre d'une organisation criminelle (§1<sup>er</sup>, a ancien). Selon la doctrine<sup>943</sup>, les biens qui auraient été tirés d'infractions identiques dont le prévenu a été acquitté, ne pouvaient être confisqués sur pied de l'article 43<sup>quater</sup><sup>944</sup>. Les avantages patrimoniaux supplémentaires devaient donc provenir soit de l'infraction déclarée établie, soit d'une infraction du même type dont le condamné n'avait pas été préalablement acquitté.

**550.** Rappelons que l'article 5 de la directive 2014/42/UE vise à permettre la confiscation de de l'ensemble des biens illicitement acquis par une personne en cas de condamnation pour une infraction relevant de son champ d'application. Les biens ciblés ne sont donc pas ceux pouvant être directement reliés à l'infraction déclarée établie – visés par la confiscation prévue à l'article 4 de la directive – mais d'autres biens, acquis avant la condamnation, provenant de la commission d'autres activités criminelles quelles qu'elles soient. Or, l'article 43<sup>quater</sup> ne permettait pas la confiscation de tout bien d'origine illicite acquis par le condamné avant sa condamnation.

**551.** Le législateur belge a constaté cette incompatibilité du droit belge avec la directive et a modifié l'article 43<sup>quater</sup> C.P.<sup>945</sup>. Les termes « faits identiques » ont dès lors été remplacés par « infractions susceptibles de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique », comme le prévoit la directive<sup>946</sup>. Cependant, la restriction préexistante a été maintenue dans la mesure où ces infractions doivent appartenir à la même « rubrique » que

---

<sup>942</sup> Le législateur paraît néanmoins considérer que cette période pertinente trouve appui dans le considérant 21 et « constitue en outre un élément de proportionnalité par rapport au partage de la charge de la preuve » (*Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, doc. 54-2753/001, p. 71).

<sup>943</sup> LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 38.

<sup>944</sup> Rappelons que la Commission avait prévu ce motif d'exclusion dans la proposition qui conduira à l'adoption de la directive 2014/42/UE (COM/2012/085 final - 2012/0036 (COD)), soutenu également par le Comité LIBE (doc. A7- 0178/2013, amendement 32), qui n'a finalement pas été retenu au terme des négociations tripartites. Le Conseil n'y était pas favorable depuis le début des négociations (voy. doc. 11369/12, p. 5) et les causes d'exclusion prévues par la Commission furent supprimées du texte négocié au Conseil rapidement mais sans le soutien de la Belgique (voy. doc. 14016/12, p. 19, note 38 et doc. 14575/12, p. 20, note 49)

<sup>945</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, doc. 54-2753/001, p. 73.

<sup>946</sup> La condition de production possible d'avantages patrimoniaux, absente quant à l'infraction principale – sauf en matière de terrorisme – est ainsi prévue lorsque les avantages patrimoniaux supplémentaires ne proviennent pas de cette dernière.

celle ayant été déclarée établie. Le législateur soutient en effet qu'elle doit être maintenue car « elle constitue un élément de proportionnalité par rapport à la répartition de la charge de la preuve » et que « la directive contient également une liste décrivant le champ d'application de la confiscation élargie »<sup>947</sup>. Bien que l'objectif du législateur de maintenir un équilibre entre répression et présomption d'innocence soit louable, cette argumentation ne convainc pas. La liste d'infractions figurant à l'article 5 de la directive vise en effet à déterminer quelles infractions peuvent conduire à ce qu'une mesure de confiscation élargie soit prononcée, et non à exclure qu'elle puisse porter sur des biens provenant d'une autre infraction. L'article 43<sup>quater</sup> nouveau n'est par conséquent pas conforme à la directive sur ce point.

**552.** Cet état de fait ne paraît néanmoins pas poser de difficulté à la Commission, au vu de son rapport de suivi de la transposition de la directive 2014/42/UE<sup>948</sup>. Elle n'en dit rien et se borne en effet à relever que la Belgique a établi une liste d'infractions ouvrant la possibilité de prononcer une peine de confiscation élargie.

**553.** Pour obtenir la confiscation d'avantages patrimoniaux supplémentaires, le ministère public ne doit pas prouver qu'ils proviennent de l'infraction déclarée établie ou d'autres infractions susceptibles de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique relevant de la même rubrique. Il doit uniquement faire état d'« indices sérieux et concrets » que tel est le cas. Le paragraphe 3 de l'article 43<sup>quater</sup> C.P., qui n'a pas été modifié sur ce point par la loi du 18 mars 2018<sup>949</sup>, précise à cet égard que :

« Les indices sérieux et concrets visés au § 2 peuvent être puisés dans tous les éléments dignes de foi qui ont été soumis au tribunal de manière régulière et qui montrent un déséquilibre de quelque intérêt entre, d'une part, l'accroissement temporaire ou constant du patrimoine et des dépenses du condamné au cours de la période pertinente, dont le ministère public apporte la preuve, et, d'autre part, l'accroissement temporaire ou constant du patrimoine et les dépenses du condamné au cours de cette période pour lesquels il peut rendre plausible qu'ils ne découlent pas des faits pour lesquels il a été condamné ou d'infractions susceptibles de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique pour autant qu'elles figurent sous la même rubrique, prévue au § 1er, que l'infraction qui fait l'objet de la condamnation ».

**554.** Le ministère public doit dès lors démontrer que le patrimoine et/ou les dépenses du condamné ont crû au cours de la période pertinente. Il peut en revanche se borner à exposer les indices sérieux et concrets selon lesquels cette augmentation découle de l'infraction établie ou d'infractions susceptibles de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique relevant de la même rubrique prévue au paragraphe 1<sup>er</sup> que l'infraction déclarée établie<sup>950</sup>. Il ne doit par conséquent pas prouver le lien entre les choses en cause et une infraction

---

<sup>947</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, doc. 54-2753/001, p. 73.

<sup>948</sup> *Rapport de La Commission au Parlement européen et au Conseil. Recouvrement et confiscation d'avoirs : Garantir que le crime ne paie pas*, 2 juin 2020, doc. COM(2020) 217 final, pp. 8-9.

<sup>949</sup> Le législateur considérait qu'il était conforme à la directive, voy. *ibid.*, p. 72. Il avait néanmoins oublié d'ôter la référence à des « faits identiques » au profit de celle à « des infractions susceptibles de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique », erreur rectifiée par la loi du 5 mai 2019 portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social, *M.B.*, 24 mai 2019, p. 50023.

<sup>950</sup> Il s'agissait de l'objectif poursuivi par le législateur en 2002, voy. *Doc. Parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1601/001, p. 21

déterminée<sup>951</sup>, à la différence de la confiscation des avantages patrimoniaux visés par l'article 42, 3° C.P., mais uniquement démontrer que l'accroissement du patrimoine du condamné est « vraisemblablement d'origine illégale »<sup>952</sup>. Pour faire obstacle aux réquisitions du ministère public, le prévenu (ou à un tiers intéressé) devra rendre « plausible » que ce n'est pas le cas. Il ne doit donc pas non plus apporter la preuve au-delà de tout doute raisonnable de l'origine licite des biens ciblés par le ministère public (ou la partie civile)<sup>953</sup>. Le prévenu peut naturellement également montrer que son patrimoine/ses dépenses n'ont en réalité pas augmenté pendant la période pertinente, ou dans une mesure moindre que ce qui est soutenu par l'accusation. En toute logique, les biens qui seront confisqués en application de l'article 43<sup>quater</sup> C.P. sont ceux dont le ministère public ne peut demander la confiscation sur pied de l'article 42 3° et 43<sup>bis</sup> du Code pénal, soit parce qu'ils ne découlent pas de l'infraction déclarée établie mais d'une autre infraction, soit parce qu'il n'est pas en mesure de le prouver.

**555.** Suivant la voie ouverte par la directive 2014/42/UE<sup>954</sup>, le législateur belge a, au vu de ce qui précède, opté pour un système reposant sur le partage de la charge de la preuve et le standard de la balance des probabilités<sup>955</sup>. Conformément à l'article 8, § 8 de la directive, la personne concernée par une mesure de confiscation élargie dispose, au vu de l'article 43<sup>quater</sup>, § 3 C.P., d'« 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 ». En pratique, la limitation du champ d'application de l'article 43<sup>quater</sup> aux avantages patrimoniaux provenant de l'infraction établie ou de faits de même nature paraît néanmoins artificielle et maladroite. D'une part, on n'imagine mal le prévenu soutenir que les biens en cause proviennent en réalité d'infractions distinctes, s'accusant ainsi lui-même et risquant de nouvelles poursuites. D'autre part, elle met le ministère public dans une situation délicate en lui imposant de reconnaître qu'il ne peut pas apporter la preuve, en dépit de l'enquête menée, du lien entre les biens dont il demande la confiscation et l'infraction qu'il reproche au prévenu.

*(iii) Les avantages patrimoniaux supplémentaires ne doivent pas être la propriété du condamné*

**556.** L'article 43<sup>quater</sup> C.P. permet la confiscation en nature des avantages patrimoniaux supplémentaires « trouvés dans le patrimoine ou en possession d'une personne » (§ 1<sup>er</sup>). Ils ne doivent donc pas nécessairement être sa propriété. Face à l'éventualité que des biens appartenant à des tiers soient en conséquence touchés, il est prévu que ces derniers puissent faire valoir leurs prétentions sur les choses dont la confiscation est demandée (§ 2). L'objectif

---

<sup>951</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 356-357 ; LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, pp. 59-60. Le projet de loi à l'origine de la loi du 18 mars 2018 le confirme, voy. *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, doc. 54-2753/001, p. 69 et s.

<sup>952</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 357.

<sup>953</sup> *Ibid.*, pp. 356-357 ; LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, pp. 59-60. Le projet de loi à l'origine de la loi du 18 mars 2018 le confirme, voy. *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, doc. 54-2753/001, p. 69 et s.

<sup>954</sup> *Supra*, la sous-section I, A, 2, c, (3), (e), (iv).

<sup>955</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2001-2002, doc. 50-1601/01, p. 43. Il a entendu maintenir cette situation en 2018, voy. *Doc. parl.*, Ch., 2017-2018, doc. 54-2753/001, pp. 69-70.

du législateur n'était cependant pas de s'attaquer aux biens appartenant à des tiers (de bonne foi). Le projet de loi ayant introduit l'article 43<sup>quater</sup> dans le Code pénal indique en effet notamment que :

« La présomption d'origine illicite et la répartition de la charge de la preuve ne portent que sur les avantages patrimoniaux qui se trouvent dans le patrimoine du condamné, ce qui, à la lumière de la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation, signifie que des tiers ne peuvent pas faire valoir de possession légitime sur ces choses »<sup>956</sup>.

La possibilité laissée au juge de prononcer une confiscation élargie par équivalent, qui n'est pas subsidiaire à la confiscation en nature mais alternative, montre encore que le législateur a souhaité que seul le patrimoine du condamné soit impacté, sans que des biens doivent être recherchés dans le patrimoine de tiers.

(iv) *Une peine facultative qui doit être requise par le ministère public*

**557.** La peine de confiscation élargie étant facultative, le juge peut enfin décider de ne pas la prononcer s'il la juge inopportune<sup>957</sup>. Comme nous l'avons relevé quant à la confiscation des avantages patrimoniaux, s'il l'ordonne le juge devra, même succinctement, la motiver. Contrairement à l'article 43<sup>bis</sup> C.P., l'article 43<sup>quater</sup> C.P. n'exige pas expressément de réquisitions écrites du ministère public mais dispose uniquement que la confiscation spéciale peut être prononcée « à la demande du Procureur du Roi » (§ 1<sup>er</sup>). Une part de la doctrine soutient néanmoins que ces réquisitions devraient avoir un caractère écrit, ou à tout le moins être constatées dans un écrit<sup>958</sup>. Toutes deux facultatives et dépendantes de réquisitions préalables du ministère public, nous n'apercevons pas non plus ce qui justifierait que les justiciables disposent de moins de garanties dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 43<sup>quater</sup> que de l'article 43<sup>bis</sup> C.P. Il n'en demeure pas moins que le législateur a introduit l'obligation de réquisitions écrites à l'article 43<sup>bis</sup> en même temps que le mécanisme de confiscation élargie, sans prévoir dans ce second cas cette même obligation. Il n'a néanmoins pas indiqué vouloir introduire des régimes différenciés à cet égard, et n'a *a fortiori* pas justifié cette différence de traitement. Il n'est donc pas possible de déterminer avec certitude s'il s'agit d'une maladresse ou d'un acte délibéré.

(v) *La confiscation élargie n'implique pas d'attribution élargie au bénéfice de la victime*

**558.** La faculté d'attribution à la partie civile des biens confisqués prévue à l'article 43<sup>bis</sup> C.P., à laquelle renvoie l'article 43<sup>quater</sup>, n'est pas applicable en cas de confiscation de biens issus d'infractions identiques à l'infraction déclarée établie<sup>959</sup>, étant donné que ces infractions

---

<sup>956</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2001-2002, doc. 50-1601/01, p. 40.

<sup>957</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 50-1601/001, p. 37.

<sup>958</sup> BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, p. 28 et LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 63.

<sup>959</sup> BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, p. 43.

n'ont quant à elle pas été déclarées établies, de sorte qu'elles ne peuvent servir de fondement à une demande civile.

(vi) *Un dispositif d'une extrême complexité appelé à disparaître ?*

**559.** Il découle de ce qui précède que l'article 43<sup>quater</sup> C.P.

- a un champ d'application plus large que celui de l'article 5 de la directive 2014/42/UE mais ne couvre pas l'ensemble des infractions que vise cette dernière ;
- n'exige pas expressément, sauf en matière de terrorisme, que l'infraction ouvrant le droit à confiscation soit de nature à procurer un avantage économique direct ou indirect mais ne vise concrètement que des infractions de cette nature ;
- n'exige pas expressément que l'infraction soit de nature à entraîner une peine privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans mais ne concerne concrètement que de telles infractions ;
- limite pour partie son champ d'application en imposant que certaines infractions soient commises dans le cadre d'une organisation criminelle, ce que la directive 2014/42/UE ne prévoit pas ;
- ne peut conduire qu'à la confiscation de biens provenant (ou présumés provenir) de l'infraction déclarée établie ou de faits de nature semblable, restriction absente de la directive 2014/42/UE ;
- exclut la confiscation des biens faisant partie du patrimoine du ou possédé par le condamné depuis plus de cinq ans à dater de l'inculpation, limitation que la directive 2014/42/UE ne prévoit pas ;
- exclut selon la doctrine la possibilité de prononcer une confiscation élargie pour des faits identiques si le condamné a été acquitté de ces faits, ce que la directive 2014/42/UE ne prévoit pas ;
- peut conduire à la confiscation de biens n'appartenant pas au condamné, ce que la directive 2014/42/UE ne prévoit pas ;
- permet la confiscation par équivalent des avantages patrimoniaux supplémentaires, ce que la directive 2014/42/UE ne prévoit pas ;
- permet au juge de ne pas tenir compte d'une partie des avantages patrimoniaux supplémentaires obtenus par le condamné ou d'une partie de la période pertinente en vue de ne pas le soumettre à une peine déraisonnablement lourde, ce qu'autorise la directive 2014/42/UE ;

- repose quant au caractère illicite des choses dont la confiscation est requise sur un partage de la charge de la preuve, à apporter selon le standard de la balance des probabilités, entre le ministère public et le condamné ou les tiers intéressés, ce qui est compatible avec la directive 2014/42/UE ;
- repose sur la présomption que l'accroissement du patrimoine du condamné au cours de la période pertinente provient de l'infraction déclarée établie ou d'une infraction de même nature, ce que la directive 2014/42/UE encourage sans limitation de l'origine illicite à l'infraction établie ou à des infractions de même nature.

**560.** Plus généralement, le droit belge permet par conséquent la confiscation spéciale de choses dont le lien avec l'infraction déclarée établie est vraisemblable mais n'est pas démontré au-delà du doute du raisonnable – standard de preuve de la balance des probabilités –, ainsi que de choses ne provenant pas de ladite infraction mais vraisemblablement – standard de preuve de la balance des probabilités – d'une ou de plusieurs autres infraction(s) de nature semblable à celle déclarée établie, du chef de laquelle ou desquelles la personne poursuivie n'a pas été condamnée.

**561.** La complexité du mécanisme de confiscation institué par l'article 43<sup>quater</sup> C.P. ne facilite pas sa mise en œuvre par les autorités et est potentiellement problématique du point de vue des droits de la personne concernée. Ce constat a également été réalisé par les auteurs de l'avant-projet de Code pénal en ces termes :

« Les auteurs du projet ont estimé ne pas devoir reprendre la confiscation des avantages supplémentaires visée à l'article 43<sup>quater</sup> du Code pénal : d'abord, parce que cette disposition pose question du point de vue du respect de la présomption d'innocence et ensuite, parce qu'elle est inutilement compliquée et peu appliquée dans la pratique ; enfin, elle se trouve compensée par la peine pécuniaire fixée en fonction du profit escompté ou obtenu de l'infraction. »<sup>960</sup>

**562.** Comme nous l'avons relevé dans la sous-section précédente, l'avant-projet tend parallèlement à étendre le partage de la charge de la preuve du lien entre l'infraction déclarée établie et les avantages patrimoniaux à toutes les infractions (art. 52, § 2 de l'avant-projet). En dépit de ses effets qui pourraient *a priori* être plus étendus sur le plan pratique, cette disposition ne vise que les « avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction » et non tout ou partie des biens de la personne condamnée du chef d'une des infractions visées par l'article 5 de la directive 2014/42/UE, dont la juridiction saisie est convaincue qu'ils proviennent d'activités criminelles. L'extension du partage de la charge de la preuve envisagée ne peut donc à elle seule permettre au droit belge d'être conforme au droit de l'Union européenne.

**563.** Les auteurs de l'avant-projet indiquent néanmoins que la suppression de l'article 43<sup>quater</sup> C.P. serait « compensée » par l'introduction d'une peine pécuniaire nouvelle définie en ces termes à l'article 53 du nouveau Code pénal :

« Lorsque la commission de l'infraction visait à obtenir directement ou indirectement un avantage patrimonial, le juge peut condamner chacun des auteurs au paiement d'une somme correspondant au maximum au triple de la valeur de l'avantage patrimonial que l'auteur ou les

<sup>960</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 170, note 499.

auteurs ont tiré ou espéraient tirer directement ou indirectement de l'infraction. Cette somme est recouvrée comme une amende.

Pour la personne physique, le montant de la somme est fixé en rapport avec ses capacités financières et sa situation sociale. Pour la personne morale, ce montant est fixé en rapport avec ses capacités financières, son chiffre d'affaires et sa taille ».

Cette disposition, qui mériterait une étude plus approfondie, ne nous paraît cependant *a priori* pas pouvoir être assimilée à une peine de confiscation des produits au sens du droit de l'Union européenne. Elle constitue davantage une peine d'amende. En effet, son *quantum* est certes fixé par rapport aux avantages patrimoniaux obtenus ou espérés par le condamné, mais elle ne porte pas en tant que telle sur des biens liés à la commission d'une infraction ou sur une somme qui leur est équivalente. Aussi, bien qu'elle permette concrètement d'atteindre potentiellement très lourdement le patrimoine de la personne concernée, cette peine pécuniaire ne vise pas à lui retirer les fruits d'activités illicites mais à le sanctionner en le privant d'une part de ses avoirs, quelle qu'en soit l'origine. Le montant des avantages patrimoniaux obtenus ou espéré apparaît ainsi comme un repère permettant d'imposer une peine proportionnée à la gravité de l'infraction commise.

**564.** Considérer qu'une telle mesure peut remplacer une peine de confiscation élargie démontre toutefois que l'objectif global de l'Exécutif est de permettre aux autorités compétentes de priver les condamnés de toujours plus de biens, en limitant autant que possible la charge de la preuve de l'illicéité des éléments composant le patrimoine de ces derniers. Nous ne pensons quoi qu'il en soit pas qu'elle puisse permettre à la Belgique de répondre aux obligations découlant de l'article 5 de la directive 2014/42/UE.

#### **(e) Le patrimoine de l'organisation criminelle : une obligation**

**565.** Nous avons déjà souligné que la confiscation obligatoire du patrimoine de l'organisation criminelle était une peine difficile à mettre en œuvre vu le caractère flou de son objet. Il n'en demeure pas moins qu'à notre sens, lorsqu'il condamne des personnes pour leur participation à une organisation criminelle, et que la confiscation des avoirs patrimoniaux supplémentaires est requise par le ministère public, le juge a l'obligation de prononcer à leur charge la confiscation des choses déterminées qu'il estime constituer le patrimoine de l'organisation.

**566.** Selon M.-L. CESONI, « il s'agit d'un cas de présomption irréfutable de l'origine illicite des avoirs, qui s'applique sous réserve des droits des tiers de bonne foi »<sup>961</sup>. Nous ne partageons pas cette opinion. Le législateur a en réalité uniquement prévu une exception au caractère facultatif de la confiscation spéciale élargie<sup>962</sup>, sans faire obstacle à la possibilité pour le prévenu de contredire les indices sérieux et concrets mis en évidence par le ministère public.

---

<sup>961</sup> CESONI, M.-L., « L'organisation criminelle », in BOSLY, H.-D. et DE VALKENEER, C. (éd.), *Les infractions – Volume 5*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 614

<sup>962</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 50-1601/001, p. 37 : « Obliger le juge à prononcer toujours, sans aucun pouvoir d'appréciation, la confiscation de toutes les choses susceptibles d'en faire l'objet, pourrait avoir des conséquences injustes. C'est pourquoi le juge, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits



**567.** Pour que la confiscation du patrimoine de l'organisation criminelle doive être prononcée par le juge, au vu de la portée de la notion de « patrimoine de l'organisation criminelle » que nous avons exposée précédemment, il devra constater :

- qu'une des infractions visées à l'article 324<sup>ter</sup> C.P. (art. 43<sup>quater</sup>, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>) a été commise ou que l'une des infractions visées à l'article 43<sup>quater</sup>, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> a été commise dans le cadre d'une organisation criminelle,
- que le patrimoine ou les dépenses du prévenu s'est accru au cours de la période pertinente ;
- qu'il existe des indices sérieux et concrets que cet accroissement provient de l'infraction déclarée établie ou d'autres infractions susceptibles de générer des avantages patrimoniaux relevant de la même rubrique que l'infraction déclarée établie, sans que le prévenu ou un tiers intéressé ne parvienne à rendre plausible que ce n'est pas le cas,
- que les avantages patrimoniaux supplémentaires ont été mis à la disposition de l'organisation criminelle ou étaient irréfutablement destinés à l'être.

**568.** En d'autres termes, la répartition de la charge de la preuve entre le ministère public et la personne intéressée ne concerne que l'origine illicite des avantages patrimoniaux supplémentaires mais non l'existence même d'un accroissement du patrimoine ou des dépenses du prévenu et le constat que tout ou partie de cet accroissement peut être qualifié de patrimoine de l'organisation criminelle. S'il n'est pas établi que les avantages patrimoniaux supplémentaires dont l'origine illicite est vraisemblable constituent le patrimoine de l'organisation criminelle, ils pourront donc être confisqués mais ne devront pas l'être obligatoirement tel que le prévoit l'article 43<sup>quater</sup>, § 4 C.P.

**569.** Dans un jugement inédit du 13 novembre 2014, le tribunal correctionnel de Bruxelles paraît néanmoins avoir une interprétation différente de l'article 43<sup>quater</sup>, § 4 C.P. Il est cité comme suit par la doctrine<sup>963</sup> :

« (...) cette disposition est des plus curieuse en ce qu'elle ordonne une confiscation, et donc une peine obligatoire, sans préciser à charge de qui elle devrait s'opérer, ni sur quel(s) bien(s) elle porte, soit ce qu'il y a lieu d'entendre par le "patrimoine" d'une organisation [...] ; Que toutefois la disposition visée plus haut s'inscrit dans le cadre plus général de l'article 43<sup>quater</sup> qui précise le contour des confiscations [NDR : lire "auxquelles"] peut être astreint le condamné à certaines infractions qu'il énonce, dont celle de participation à l'activité criminelle (article 43<sup>quater</sup>, § 1<sup>er</sup> b) [...] ; Que les travaux parlementaires préparatoires à l'adoption de cette dernière disposition [NDR : lire l'article 43<sup>quater</sup>, § 4], ne sont ni très prolixes, ni fort éclairants quant à l'assiette de ce qui devrait obligatoirement être confisqué à charge des condamnés.

(...)

la volonté du législateur était donc d'obliger la confiscation de "fonds ou autres actifs irréfutablement destinés à servir les activités de l'association" ainsi que "les moyens à la

---

de l'homme, doit toujours pouvoir décider librement si la confiscation est ou non opportune et quelles choses en feront ou n'en feront pas l'objet (46). La nouvelle disposition de l'article 43<sup>quater</sup>, § 4, du Code pénal constitue l'unique exception à ce principe. En vertu de cet article, le patrimoine dont dispose une organisation criminelle doit faire l'objet d'une confiscation sous réserve des droits de tiers de bonne foi ».

<sup>963</sup> KLEES, O., « La cigale et la fourmi ou le juge pénal et la confiscation », *op.cit.*, pp. 50-75, spéc. pp. 52- 53 ainsi que NARDONE, M., « Organisations criminelles », *op. cit.*, pp. 23-24.

disposition de pareille organisation” ; que la notion de patrimoine visée plus haut revêt donc, en l’espèce, un caractère “utilitaire” puisqu’elle porte sur l’ensemble des “outils” dont se sert l’organisation pour se livrer à son activité ; Qu’en ce qu’il est précisé, aux travaux parlementaires que la confiscation visée à l’article 43quater, § 4 “représente une exécution particulière de l’article 42, 1<sup>o</sup>”, il s’en déduit que cette confiscation ne pourra s’opérer qu’à charge du propriétaire de “l’outil” dont se sert l’organisation criminelle ; Qu’encore ce propriétaire devra-t-il avoir été condamné pour s’être agrégé à cette organisation illicite.

Qu’en conclusion, le tribunal saisi d’une prévention d’organisation criminelle est obligé de confisquer les biens qui ont servi les activités illicites de ladite organisation ou qui constituent les moyens dont elle dispose, à charge des prévenus condamnés du chef d’appartenance à ce groupement illicite, lorsqu’ils sont propriétaires de ces mêmes biens ».

**570.** Nous partageons l’opinion du tribunal quant à la nature des biens visés ainsi qu’à la nécessité d’une condamnation pour avoir participé à une organisation criminelle. Nous ne pouvons néanmoins le suivre lorsqu’il semble considérer que la confiscation obligatoire du patrimoine de l’organisation serait en quelque sorte détachée de l’article 43quater en indiquant qu’elle devait être prononcée dès lors que « le tribunal est saisi d’une prévention d’organisation criminelle ». En effet, comme nous l’avons déjà relevé, le caractère obligatoire de cette confiscation spéciale est une exception au caractère facultatif de la confiscation élargie et non un dispositif de confiscation autonome<sup>964</sup>. Aussi, nous considérons que ce n’est que si les conditions de la confiscation élargie exposées ci-dessus, sont remplies que le juge devra l’ordonner, sous réserve des droits des tiers de bonne foi. Nous ne pensons par ailleurs pas qu’il soit nécessaire que la chose visée soit la propriété du condamné mais simplement, comme l’indique l’article 43quater, § 1<sup>er</sup>, qu’elle soit en sa possession.

**571.** Nous avons mis en évidence précédemment qu’en vertu de l’article 43 du Code pénal, les choses ayant servi ou ayant été destinées à servir à la commission de l’infraction, le cas échéant de participation à une organisation criminelle, devront être confisquées, si elles sont la propriété du condamné, étant donné qu’elles constituent des instruments de l’infraction au sens de l’article 42, 1<sup>o</sup>, à moins que cette confiscation spéciale ait pour effet de soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde. Dans cette hypothèse, l’origine des fonds est indifférente. La coexistence de ce dispositif de confiscation obligatoire et de celui, obligatoire également, figurant à l’article 43quater, § 4 appelle plusieurs observations.

**572.** Tout d’abord, la confiscation obligatoire de l’instrument de l’infraction rend le détour par l’article 43quater, § 4 inutile lorsque ses conditions de mise en œuvre sont remplies, même si la chose en cause peut également le cas échéant être considérée comme appartenant au patrimoine de l’organisation criminelle. Ensuite, la confiscation du patrimoine de l’organisation criminelle est obligatoire, sans toutefois que législateur ait prévu dans ce cas, son exclusion si elle était déraisonnablement lourde pour le condamné, ce qui peut soulever des interrogations du point de vue du respect droit de propriété de ce dernier. Enfin, contrairement à la confiscation spéciale obligatoire de l’instrument de l’infraction, celle du patrimoine de l’organisation criminelle n’implique pas que la chose en cause ait été la propriété du condamné au moment de la commission de l’infraction, mais bien qu’elle soit trouvée dans son patrimoine ou en sa

---

<sup>964</sup> En ce sens, *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 50-1601/001, p. 37.

possession. Le paragraphe 4 de l'article 43<sup>quater</sup> pourrait ainsi permettre aux autorités d'atteindre des biens inaccessibles au travers des articles 42, 1° et 43 C.P.

**573.** Il découle de ce qui précède que la mise en œuvre de l'article 43<sup>quater</sup>, § 4 est assez périlleuse vu les difficultés multiples qu'elle peut susciter, ce qui explique certainement que cette disposition soit peu mobilisée en pratique en dépit de son caractère obligatoire. Comme nous l'avons déjà souligné, les auteurs de l'avant-projet de Code pénal ont fait le même constat et l'ont supprimée<sup>965</sup>. Contrairement à ce qu'indique l'exposé des motifs, aucun régime de confiscation spécifique n'a en outre été prévu à ce stade en matière d'organisation criminelle permettant de cibler spécifiquement son patrimoine au sein de l'avant-projet de livre 2 du Code pénal.

## **(2) La confiscation de valeur : un mécanisme en principe subsidiaire**

**574.** La confiscation spéciale de valeur n'est possible que si la loi le prévoit<sup>966</sup>. En droit commun de la confiscation, trois types de choses confisquables peuvent faire l'objet d'une confiscation par équivalent : les avantages patrimoniaux primaires et secondaires, les avantages patrimoniaux supplémentaires et l'instrument de l'infraction. La confiscation par équivalent n'est en revanche pas possible, sauf disposition contraire<sup>967</sup>, relativement à l'objet de l'infraction et au produit de l'infraction. On peut à cet égard s'interroger sur la compatibilité de l'exclusion de l'objet de l'infraction des choses susceptibles d'être confisquées par équivalent au regard de l'article 4 de la directive 2014/42/UE. En effet, cette dernière retient une définition très large des « produits » tirés de l'infraction, définition qui nous paraît pouvoir englober l'objet de l'infraction au sens de l'article 42, 1° du Code pénal. Permettre une telle confiscation de valeur aurait de surcroît pour effet de mettre fin aux difficultés de qualification de la chose volée, détournée ou escroquée puisqu'il ne serait plus nécessaire de les qualifier - erronément à notre estime - d'avantages patrimoniaux tirés de l'infraction au sens de l'article 42, 3° pour être en mesure d'en prononcer la confiscation par équivalent.

**575.** Nous revenons ci-dessous sur les principales caractéristiques du régime de la confiscation par équivalent de chacune des trois catégories choses confisquables précitées (a à c), avant de nous intéresser à la réforme envisagée en la matière dans l'avant-projet de Code pénal (d).

### **(a) Confisquer par équivalent les avantages patrimoniaux pour que le crime ne paie pas**

**576.** Conformément à l'article 43<sup>bis</sup> du Code pénal, la confiscation en nature des avantages patrimoniaux primaires et secondaires implique qu'ils soient trouvés dans « le patrimoine du condamné »<sup>968</sup>. Le législateur souhaitait néanmoins que le condamné ne puisse échapper à cette

---

<sup>965</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 171.

<sup>966</sup> Cass., 4 avril 2008, C.07.0083.F (rendu avant l'adoption de la loi du 18 mars 2018).

<sup>967</sup> Voy. par exemple, l'article 505, §§ 6 à 9 du Code pénal.

<sup>968</sup> Voy. précédemment la sous-section (c) quant à la portée de ces termes.

peine en les dissimulant ou en les fondant dans son patrimoine, de telle sorte qu'il ne serait plus possible de les lier à l'infraction et donc de les « trouver ». Aussi, pour faire face à « la situation où on sait qu'une personne a commis une infraction dont elle a tiré des avantages patrimoniaux mais où on ne parvient pas à déterminer ce que sont devenus ces avantages »<sup>969</sup>, le législateur a « introduit un principe subsidiaire destiné à faciliter le travail du juge »<sup>970</sup> : « la confiscation pourra être exécutée par équivalent »<sup>971</sup>. Dans cette mesure, selon le législateur,

« le délinquant ne pourra plus se soustraire à la sanction. Dès que des avantages patrimoniaux auront été tirés de l'infraction et quelle qu'ait pu être l'attitude du délinquant consécutivement à l'infraction, les règles relatives à la confiscation seront d'application »<sup>972</sup>.

**577.** L'article 43bis prévoit dès lors que lorsqu'il est démontré qu'une infraction, quelle qu'elle soit, a procuré des avantages patrimoniaux au condamné, sans que ces derniers ne puissent être trouvés dans son patrimoine, soit parce qu'ils y ont été intégrés de telle sorte qu'ils ne peuvent être individualisés, soit parce qu'ils n'y figurent plus sans pouvoir être retrouvés, « le juge procédera à leur évaluation monétaire et la confiscation portera sur une somme d'argent qui leur sera équivalente »<sup>973</sup>. En revanche, si les avantages patrimoniaux sont trouvés dans le patrimoine d'un tiers, qui ne peut démontrer sa bonne foi et sans que ce dernier ne soit poursuivi pour recel ou blanchiment, la confiscation devra être prononcée en nature et non par équivalent à charge du condamné<sup>974</sup>.

**578.** La confiscation spéciale des avantages patrimoniaux est cependant facultative et doit être requise par le ministère public, qu'elle soit ordonnée en nature ou en valeur. Vu son caractère facultatif, le juge peut ainsi décider de ne pas la prononcer comme nous l'avons déjà relevé. La confiscation spéciale prononcée ne pourra en tout état de cause pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde et devra dès lors en conséquence, le cas échéant, être réduite (art. 43bis, § 7 C.P.). La directive 2014/42/UE prévoit également la possibilité pour les Etats membres d'exclure la confiscation si elle avait des effets disproportionnés (considérant 18).

**579.** Lorsque plusieurs prévenus sont condamnés du chef d'une infraction ayant généré des avantages patrimoniaux qui ne peuvent être retrouvés dans leur patrimoine ou dans celui d'un tiers de mauvaise foi, la confiscation spéciale par équivalent pourra être prononcée. Le juge devra d'une part évaluer le montant des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction et d'autre part déterminer à quel(s) prévenu(s) ils ont bénéficié. Il devra ensuite répartir le montant de la confiscation spéciale entre les prévenus sans que le cumul des montants dont la confiscation est prononcée ne puisse dépasser celui des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction<sup>975</sup>. Comme nous l'avons déjà indiqué<sup>976</sup>, la Cour de cassation a jugé qu'en répartissant le montant de la

---

<sup>969</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 1989-1990, doc. 987/001, p. 5.

<sup>970</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>971</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>972</sup> *Ibid.*

<sup>973</sup> Voy. not. Cass., 3 juin 2009, P.08.1732.F

<sup>974</sup> KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 351 (l'auteur se fonde sur Cass., 4 mars 2014, P.13.1852.N, relatif à l'article 505 du Code pénal).

<sup>975</sup> Not. Cass., 25 mai 2009, P.09.0240.F; Cass., 9 février 2011, P.10.1616.F ; Cass., 15 janvier 2013, P.12.0284.N ; Cass., 9 avril 2013, P.09.0240.F. Voy. également KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 335.

<sup>976</sup> Voy. *supra* § 500.

confiscation entre les prévenus, le juge ne devait pas nécessairement se fonder sur « la mesure dans laquelle [l'avantage patrimonial] est entré dans le patrimoine de chaque prévenu, mais [pouvait] fonder cette répartition sur le degré d'implication de chaque prévenu dans ces infractions »<sup>977</sup>. Il ne peut en revanche prononcer à l'égard de chacun des prévenus une peine de confiscation correspondant à l'intégralité des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction, sous peine de les condamner en réalité solidairement à la confiscation spéciale, ce qu'aucune disposition légale n'autorise<sup>978</sup>.

**580.** Comme nous l'avons relevé, la confiscation spéciale par équivalent des avantages patrimoniaux doit être requise par écrit par le ministère public<sup>979</sup>. Il n'est à cette occasion pas contraint, selon la Cour de cassation, de procéder lui-même à une évaluation<sup>980</sup> – ce qu'il fera néanmoins généralement en pratique<sup>981</sup>. Le juge procédera souverainement à cette évaluation en se fondant sur les éléments du dossier répressif, sans être tenu par le montant éventuellement repris au réquisitoire du ministère public<sup>982</sup>, et peut déterminer le montant à confisquer en équité<sup>983</sup>. La Cour de cassation a précisé à propos de cette évaluation monétaire que :

« Le fait que le juge puisse procéder à l'évaluation *ex aequo et bono* de la valeur monétaire des avantages patrimoniaux et à la confiscation de cette valeur, ne l'oblige pas à procéder à la confiscation des avantages patrimoniaux dont il décide souverainement que, bien qu'ils existent, leur estimation est lacunaire. De même, une évaluation *ex aequo et bono* des avantages patrimoniaux requiert, pour ne pas être arbitraire, que le dossier répressif comporte des éléments suffisants permettant de déterminer aussi précisément que possible l'ampleur de ces avantages. (...) Pour apprécier si le dossier répressif comporte des éléments suffisants pour déterminer aussi précisément que possible l'ampleur des avantages patrimoniaux, en vue d'une évaluation *ex aequo et bono*, le juge ne peut toutefois se limiter aux éléments énoncés dans la requête du

---

<sup>977</sup> Cass., 13 mars 2018, P.17.0083.N.

<sup>978</sup> Not. Cass., 20 janvier 2015, P.14.1176.N ; Cass., 15 janvier 2013, P.12.0284.N ; Cass., 9 avril 2013, P.09.0240.F. ; Cass. 27 mai 2009, RG P.09.0240.F avec les conclusions de l'Av. gén. VANDERMEERSCH ainsi que VANDROMME, T., « Geen verbeurdverklaring van onroerende goederen als voorwerp of instrument van het misdrijf zonder specifieke bepaling? », note sous Cass. 27 mai 2009, RW 2010-11, 570 et ROZIE, J., « Over de hoofdelijkheid bij de voordeelsontneming », note sous Cass. 27 mai 2009, NC, 2010, pp. 180-184.

<sup>979</sup> Sur la portée de cette obligation, voy. la sous-section 1, (c) consacrée à la confiscation spéciale en nature des avantages patrimoniaux dans la présente section c.

<sup>980</sup> Cass., 4 mars 2014, P.13.1775.N.

<sup>981</sup> Ce qui paraît plus conforme à la volonté du législateur qui indiquait : « Cela implique que, dans sa requête écrite devant le juge de fond, le ministère public devra préciser quels sont les avantages patrimoniaux, les biens et valeurs qui leur ont été substitués et/ou les revenus des avantages investis dont il demande la confiscation. Il est bien évident que cette obligation s'applique également lorsque le ministère public veut voir la confiscation prononcée sur un montant correspondant aux avantages patrimoniaux initiaux (confiscation en valeur) » (*Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 50-1601/01, p. 41).

<sup>982</sup> Cass., 4 mars 2014, P.13.1775.N.

<sup>983</sup> Cass., 2 mars 2010, P.09.1726.N/3. Dans un arrêt plus ancien, la Cour indiquait déjà que : « Attendu que l'article 42, 3°, du Code pénal dispose que la confiscation spéciale s'applique aux avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, aux biens et valeurs qui leur ont été substitués et aux revenus de ces avantages investis; que l'article 43 bis, alinéa 2, du même code précise que si les choses visées au 3° de l'article 42, ne peuvent être trouvées dans le patrimoine du condamné, le juge procédera à leur évaluation monétaire et la confiscation portera sur une somme d'argent qui leur sera équivalente;

Attendu que le législateur donne ainsi au juge du fond le pouvoir d'apprécier la somme d'argent équivalant aux avantages tirés directement de l'infraction sans exclure la possibilité de procéder à cette évaluation *ex aequo et bono*, à défaut d'éléments précis d'appréciation » (Cass., 14 décembre 1994, P.941033.F).

ministère public visée à l'article 43bis, alinéa 1er, du Code pénal, mais doit également tenir compte de tous les éléments du dossier répressif »<sup>984</sup>.

Le dossier répressif doit ainsi contenir des éléments suffisamment précis pour que le juge soit concrètement en mesure d'évaluer les avantages patrimoniaux.

**581.** Le juge doit de surcroît respecter le principe du contradictoire à l'occasion de son évaluation des avantages patrimoniaux<sup>985</sup>. La jurisprudence de la Cour de cassation est cependant équivoque sur la portée de ce principe.

**582.** Dans son arrêt du 11 septembre 2013<sup>986</sup>, rendu par une chambre francophone, la Cour passa en revue les éléments pris en compte par la Cour d'appel, fondés pour l'essentiel sur les déclarations des prévenus à l'audience, pour fixer le montant de la confiscation avant de conclure qu'« aucun de ces éléments n'ayant été soustrait à la contradiction, les juges d'appel n'ont violé ni les dispositions légales ni le principe général du droit invoqués », à savoir les articles 42, 3° et 43bis du Code pénal, l'article 6 de la CEDH ainsi que le principe du contradictoire. Dans son arrêt du 4 mars 2014, rendu par une chambre néerlandophone, la Cour semble opter pour une conception plus étroite du principe du contradictoire en soutenant qu'en imposant au ministère public de requérir la confiscation spéciale des avantages patrimoniaux, l'article 43bis conduit à ce qu'un débat contradictoire ait nécessairement lieu quant à l'évaluation de ces avantages, de sorte que le prévenu sait qu'une telle peine peut lui être infligée. Dans cette mesure, elle estime que

« le procureur du Roi ayant procédé à l'évaluation monétaire des avantages patrimoniaux dans ses réquisitions écrites, le juge peut prononcer la confiscation spéciale par équivalent des avantages patrimoniaux pour un montant supérieur au montant énoncé dans ces réquisitions écrites et qu'en pareille occurrence, il n'est pas tenu de permettre préalablement au prévenu d'y opposer sa défense »<sup>987</sup>.

Dans un arrêt du 28 novembre 2018, la deuxième chambre francophone de la Cour de cassation, a fait sienne cette argumentation<sup>988</sup>.

**583.** Bien qu'il soit établi que le juge ne peut se fonder que sur des éléments du dossier répressif, c'est-à-dire des éléments soumis à la contradiction, cette jurisprudence repose néanmoins sur une conception assez étroite des droits de la défense et du principe du contradictoire, conception qui paraît peu conforme à la volonté du législateur<sup>989</sup>. Ce dernier a en effet souhaité, en imposant des réquisitions écrites préalables du ministère public, que le

---

<sup>984</sup> Cass., 22 décembre 2015, P.14.1306.N.

<sup>985</sup> Cass., 11 septembre 2013, P.13.0505.F et Cass., 4 mars 2014, P.13.1775.N.

<sup>986</sup> Cass., 11 septembre 2013, P.13.0505.F.

<sup>987</sup> Cass., 4 mars 2014, P.13.1775.N.

<sup>988</sup> Cass., 28 novembre 2018, P.18.0729.F.

<sup>989</sup> *Doc. parl.*, Ch. session 2001-2002, doc. 50-1601/01, p. 42 : « Le caractère facultatif de la confiscation d'avantages patrimoniaux issus d'une infraction avait suscité la critique que cela poussait le juge à déterminer la politique à suivre dans le tribunal (voir déjà à ce sujet les observations critiques formulées par le sénateur Hatry au cours du débat parlementaire : *Annales Parl.*, Sénat, 3 juillet 1990, 2405 ainsi que A. VANDEPLAS, «De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen», dans *Liber Amicorum Marc Châtel*, Anvers, Kluwer, 1991, 390-391). En inscrivant dans la loi l'obligation pour le ministère public de requérir la confiscation pour que le juge puisse l'ordonner, on pare partiellement à cette critique puisque le juge ne pourra plus prononcer la confiscation de sa propre initiative et ne pourra plus statuer sur la confiscation qu'à l'issue d'un débat contradictoire entre les parties ».

prévenu ne soit pas contraint de traiter de manière proactive tous les aspects de la confiscation qui pourrait être prononcée à son égard<sup>990</sup>. Or, la jurisprudence de la Cour de cassation conduit à ce résultat puisque le justiciable ne peut se contenter de contester les réquisitions du ministère public mais doit également anticiper l'éventuelle décision du juge d'opter pour une autre méthode d'évaluation des avantages patrimoniaux, sans que ledit juge n'ait quant à lui l'obligation de lui faire part de cette éventualité et de l'inviter à se défendre en conséquence.

**584.** A l'occasion de son évaluation, le juge ne doit par ailleurs pas tenir compte des frais exposés par le prévenu pour commettre l'infraction. La Cour de cassation a en effet clairement indiqué que :

« Lors de l'évaluation des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction en application de l'article 42, 3<sup>o</sup>, du Code pénal, le juge n'est pas tenu de déduire les frais causés par la réalisation de l'infraction, ni le prix d'achat des biens ayant rendu l'infraction possible, que ces biens aient été ou non obtenus légalement ou qu'ils soient en possession du prévenu »<sup>991</sup>.

**(b) La confiscation par équivalent des avantages patrimoniaux supplémentaires n'est pas subsidiaire mais alternative à la confiscation en valeur**

**585.** En permettant la confiscation spéciale élargie, le législateur a également permis la confiscation par équivalent monétaire des avantages patrimoniaux supplémentaires (art. 43<sup>quater</sup>, § 1<sup>er</sup>), ce que la directive 2014/42/UE ne prévoit pas. Dans ce cas, la confiscation de valeur n'est cependant pas subsidiaire à la confiscation en nature. Le législateur avait en effet indiqué à propos de l'article 43<sup>quater</sup> que :

« Le § 1<sup>er</sup> prévoit, contrairement au régime visé à l'article 43<sup>bis</sup>, alinéa 2, du Code pénal, la possibilité de procéder tant à une confiscation d'objets qu'à une confiscation en valeurs. En d'autres termes, le juge ne doit pas d'abord vérifier si les avantages patrimoniaux individuels figurent dans le patrimoine du condamné mais peut procéder directement à la confiscation par équivalent. Celle-ci est d'ailleurs la seule option possible lorsque la confiscation est une conséquence de la répartition de la charge de la preuve étant donné qu'aucune chose individuelle ne doit pouvoir être attribuée à certaines infractions *ut singuli* »<sup>992</sup>.

**586.** Les conditions de mise en œuvre de la confiscation élargie en nature sont naturellement également valables lorsqu'elle est prononcée en valeur. Par ailleurs, ce qui précède concernant les règles d'évaluation des avantages patrimoniaux au sens de l'article 42, 3<sup>o</sup> C.P. est également pertinent en cas d'application de l'article 43<sup>quater</sup>, § 1<sup>er</sup> C.P.

---

<sup>990</sup> *Ibid.*

<sup>991</sup> Cass., 14 octobre 2014, P.13.1970.N. Voy. également Cass., 22 septembre 2015, P.15.0512.N. où la Cour affirme également que « le caractère facultatif de la confiscation spéciale des avantages patrimoniaux visés à l'article 42, 3<sup>o</sup>, du Code pénal n'interdit pas au juge, lorsqu'il détermine les avantages patrimoniaux tirés d'une infraction, de partir du montant brut et de ne pas déduire les frais liés à la commission de l'infraction ». Voy. également *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 50-1601/01, p. 20. Rien ne lui interdit de le faire cependant dans le cadre d'une évaluation *ex aequo et bono*.

<sup>992</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2001-2002, doc. 50-1601/01, p. 42.

**(c) Le droit de l'Union européenne exigeait la confiscation par équivalent de l'instrument, le législateur l'a fait**

**587.** Le législateur belge a récemment permis la confiscation spéciale par équivalent de l'instrument de l'infraction, comme le prévoit la directive 2014/42/UE<sup>993</sup>, dans l'hypothèse où il ne peut être trouvé dans le patrimoine du condamné (art. 43bis C.P.). Contrairement, à la confiscation des avantages patrimoniaux, elle est obligatoire. Le juge devra néanmoins également le cas échéant réduire le montant de l'évaluation monétaire qu'il a réalisée, afin de ne pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde (art. 43bis, al. 7 C.P.).

**588.** Les règles de mise en œuvre de la confiscation par équivalent des avantages patrimoniaux exposées précédemment devraient pour le surplus également être applicables à la confiscation par équivalent de l'instrument de l'infraction.

**(d) Une réforme utile mais inaboutie**

**589.** L'avant-projet de Code pénal tend à modifier le régime de la confiscation de valeur en droit belge. L'article 52, § 1<sup>er</sup>, al. 5 dispose en effet que :

« Lorsqu'au moment du prononcé de la confiscation, le condamné n'est plus en possession de la chose à confisquer, l'a soustraite à la justice ou risque de la soustraire, le juge procède à son évaluation monétaire et prévoit qu'en cas de non-exécution de la confiscation, l'auteur de l'infraction sera tenu au paiement d'une somme d'argent qui lui sera équivalente. En cas de pluralité d'auteurs, celui qui dispose du bien confisqué ou qui l'a placé hors de portée des autorités judiciaires sera seul condamné au paiement de cette somme d'argent équivalente. Si cette personne ne peut être déterminée, chacun des auteurs sera condamné à une quote-part de cette somme obtenue en la divisant par le nombre d'auteurs connus ».

L'exposé des motifs indique à cet égard que :

« Comme la confiscation a un caractère réel, la peine porte sur la chose elle-même.

Dès lors, si la chose confisquée n'a pas été saisie, le condamné est tenu de la représenter à l'autorité en vue de sa confiscation.

Il se peut toutefois qu'au moment de l'exécution de la confiscation, le condamné n'est plus en possession de la chose, l'a soustraite à la justice ou risque de la soustraire : c'est pourquoi il est prévu que, lors de la confiscation, le juge prononce une peine subsidiaire en cas de non-exécution de la confiscation. Un régime similaire est déjà prévu par l'article 433terdecies, alinéa 3, du Code pénal qui prévoit que la confiscation peut être appliquée à la contre-valeur des meubles ou immeubles dont la confiscation est obligatoire, lorsque ces biens ont été aliénés entre la commission de l'infraction et la décision judiciaire définitive.

A cette fin, le juge procédera à l'évaluation monétaire de la chose confisquée et condamnera le condamné à payer, en cas de non-exécution de la confiscation, une somme d'argent qui sera équivalente à cette contre-valeur. En cas de pluralité d'auteurs ou de participants, celui qui

---

<sup>993</sup> Loi modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire du 18 mars 2018, *M.B.*, 2 mai 2018, p. 37217. Voy. sur la conformité du droit belge avec la directive., *Doc. parl.*, Ch., session 2017-2018, doc. 54-2753/001, pp. 14 et 15.



dispose du bien confisqué ou qui l'a placé hors de portée des autorités judiciaires sera seul condamné au paiement de cette somme d'agent équivalente. Si cette personne ne peut être déterminée, l'option a été prise de trouver un système simple : chacun des auteurs sera condamné à une quote-part de cette somme obtenue en la divisant pour le nombre d'auteurs ou de participants connus. Afin d'éviter des condamnations iniques, le juge peut diminuer au besoin l'évaluation monétaire visée ci-dessus afin de ne pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde »<sup>994</sup>.

Cette peine subsidiaire à la confiscation spéciale en nature de l'avantage patrimonial rend en conséquence « sans objet le régime de la confiscation par équivalent prévu actuellement par l'article 43bis, alinéa 2, du Code pénal »<sup>995</sup>.

**590.** Concrètement, la confiscation de valeur demeure subsidiaire à la confiscation en nature. Comme nous l'avons relevé précédemment, cette disposition nouvelle ne fait en revanche – opportunément – plus usage de la notion de patrimoine pour déterminer quand une confiscation par équivalent peut être prononcée. On peut néanmoins regretter qu'elle ne définisse pas celle de possession pour éviter toute controverse.

**591.** La disposition nouvelle envisagée clarifie également la situation en cas de pluralité d'auteurs, en prévoyant que seul celui qui est en possession de la chose confisquée, ou qui était le dernier à l'être, puisse être condamné à la confiscation d'une somme équivalente. S'il n'est pas possible de déterminer de quel auteur il s'agit, une répartition égale entre les condamnés est prévue, sans préjudice du pouvoir de modération du juge en cas de peine déraisonnablement lourde. Bien qu'elle ait l'avantage de la clarté, cette règle avantage en réalité les criminels les plus impliqués dans les faits, qui verront leur quote-part dans la peine de confiscation être diminuée, au préjudice de ceux qui le sont moins, ce qui ne nous paraît pas opportun. Le juge sera certainement à l'égard de ces derniers, appelé à faire usage de son pouvoir de modération, ce qui *in fine* risque de limiter l'assiette globale de la confiscation.

**592.** Notons encore une discordance sur cette répartition entre le texte de l'avant-projet et l'exposé des motifs. Tandis que le premier n'évoque que les « auteurs » de l'infraction, le second vise également ses « participants ».

**593.** Par ailleurs, nouvelle disposition en discussion permet la confiscation de valeur de toutes les choses confiscables, ce qui n'était pas le cas antérieurement. Elle ne règle ce faisant néanmoins pas, à notre sens, la problématique relative à la qualification de la chose volée, détournée ou escroquée étant donné que comme la condition de propriété est maintenue en matière de confiscation de l'objet de l'infraction qui ne peut être confisqué s'il n'est pas la propriété du condamné et ne peut en conséquence faire l'objet d'une peine subsidiaire de confiscation par équivalent.

**594.** Enfin, contrairement à l'objectif de renforcer l'efficacité de la peine de confiscation spéciale, la nouvelle méthode d'évaluation des avantages patrimoniaux proposée pourrait avoir en pratique l'effet inverse. Pour rappel, l'article 52, § 2 de l'avant-projet dispose que :

« Pour déterminer le montant des avoirs patrimoniaux tirés directement de l'infraction, le juge peut notamment se fonder sur tous les éléments qui lui sont régulièrement soumis et qui

---

<sup>994</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 172-173.

<sup>995</sup> *Ibid.*, p. 173, note 509.

démontrent un déséquilibre entre, d'une part, l'accroissement temporaire ou constant du patrimoine et les dépenses du condamné durant la période infractionnelle, dont le ministère public rapporte la preuve, et, d'autre part, l'accroissement temporaire ou constant du patrimoine et les dépenses du condamné durant cette même période pour lesquels ce dernier peut rendre plausible qu'ils ne découlent pas des infractions pour lesquels il est condamné. »

**595.** Lorsque ces avantages ne sont pas retrouvés en possession du condamné, ont été soustraits ou risquent de l'être, ils doivent selon la disposition nouvelle proposée faire l'objet d'une évaluation monétaire et la peine subsidiaire de confiscation par équivalent être prononcée. A l'heure actuelle, si les avantages patrimoniaux ne sont pas retrouvés dans le patrimoine du prévenu et ne sont pas précisément identifiés, le débat judiciaire porte sur la détermination des biens que le condamné a obtenus par la commission de l'infraction et s'appuie le cas échéant sur des présomptions de fait. Il n'est en conséquence pas nécessairement indispensable de procéder à une analyse approfondie des ressources de la personne poursuivie. En faisant basculer le débat sur l'accroissement du patrimoine et des dépenses du condamné pendant une période donnée, l'avant-projet pourrait conduire à imposer au ministère public de procéder systématiquement à un examen fouillé de la situation financière du prévenu afin d'être en mesure de démontrer l'existence d'un tel accroissement, à charge ensuite pour le prévenu de rendre plausible qu'il n'est pas lié à la commission de l'infraction. En d'autres termes, alors que la méthode actuelle d'évaluation des avantages patrimoniaux non retrouvés dans le patrimoine du prévenu et non précisément identifiés se concentre sur ce que l'infraction a produit, et non sur l'évolution de sa situation patrimoniale, celle promue par l'avant-projet paraît exiger du ministère public qu'il fournisse au tribunal une vision claire de l'évolution du patrimoine du prévenu au cours de la période infractionnelle, afin de mettre en évidence son accroissement et en solliciter la confiscation. Cependant, étant donné que l'article 52 § 2 indique que « le juge peut notamment se fonder sur ... », il pourrait également être soutenu que cette disposition n'implique pas nécessairement de se fonder sur l'accroissement du patrimoine du prévenu pour fixer le *quantum* de la peine de confiscation spéciale mais permette au juge de le faire sur cette base, en faisant ainsi reposer pour partie la charge de la preuve sur le prévenu, sans préjudice de la mise en œuvre d'une méthode d'évaluation centrée sur l'infraction elle-même.

### **(3) La confiscation sans condamnation préalable : pas nécessairement une mesure de sûreté**

**596.** La directive 2014/42/UE appelle les Etats membres à introduire dans leur droit interne un mécanisme de confiscation sans condamnation pénale (formelle) préalable en cas de maladie ou de fuite du suspect (art. 4, § 2), si une condamnation ne peut être obtenue dans ces circonstances, le cas échéant par défaut. Or, le droit belge permet la condamnation par défaut de la personne poursuivie valablement convoquée, qui ne comparait pas en personne ou par avocat devant le juge du fond (arts. 171, 186 et 286 C.I.Cr.), sans que la maladie ou la fuite de cette dernière n'y fasse obstacle. Il peut ou doit alors ordonner la confiscation suivant la loi applicable. La Belgique ne devait donc pas prévoir de procédure particulière de confiscation dans les circonstances visées à l'article 4 § 2 de la directive.

**597.** L'ordre juridique belge connaît néanmoins des procédures de confiscation dirigées contre un bien, liées à la commission préalable d'une infraction mais ne reposant pas sur une condamnation pénale préalable : les dispositifs de confiscation-mesure de sûreté (a). Les procédures de destruction immédiate de biens saisis, bien qu'elles ne soient pas désignées sous l'appellation de confiscation, s'apparentent également selon à des procédures de confiscation non précédées d'une condamnation préalable (b). Nous examinons ces deux types de mécanisme ci-dessous.

**598.** L'avant-projet de Code pénal en discussion au Parlement n'apporte pas de modification notable en la matière et ne crée pas de (nouvelle) mesure de confiscation sans condamnation préalable. Il précise néanmoins en matière de confiscation-mesure de sûreté que :

« La cour ou le tribunal refuse, par décision motivée, la restitution des biens dont la possession est contraire à l'ordre public, à la sécurité publique et aux bonnes mœurs et en ordonne la confiscation à titre de mesure de sûreté » (art. 66, al. 6 de l'avant-projet)<sup>996</sup>.

**(a) La confiscation-mesure de sûreté : une mesure obligatoire prévue par la loi détachée de toute condamnation pénale**

**599.** La confiscation-mesure de sûreté ne constitue pas une peine, comme nous l'avons déjà relevé. Elle vise à protéger la société en ôtant de la circulation une chose dangereuse, nuisible ou illicite.

**600.** La Cour de cassation juge à son propos, sur pied de l'article 14 de la Constitution<sup>997</sup>, qu'elle ne peut être ordonnée que si la loi le prévoit<sup>998</sup>. Elle ne nécessite en revanche pas la condamnation du prévenu, ni même que l'auteur de l'infraction soit connu ou que les poursuites soient recevables<sup>999</sup>. Seul importe le constat qu'une infraction a effectivement été commise.

**601.** Citons à titre d'exemple de dispositions prévoyant une confiscation-mesure de sûreté, l'article 503 du Code pénal relatif aux denrées alimentaires falsifiées, qui impose la confiscation et la destruction immédiate des denrées falsifiées impropres à la consommation, ou la loi du 28 mai 1956<sup>1000</sup>. Cette dernière prévoit la confiscation obligatoire et la destruction des substances et mélanges explosibles ou susceptibles de déflager et d'engins chargés de tels substances ou mélanges même si elles n'appartiennent pas au condamné. Elle dispose encore que : « La

---

<sup>996</sup> Voy. également *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001., p. 216.

<sup>997</sup> Ce qui est un fondement assez surprenant, comme le relève également F. KUTY (*Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 1178), puisque cet article consacre le principe selon lequel aucune peine ne peut être établie et appliquée qu'en vertu de la loi...

<sup>998</sup> Cass., 12 juillet 2005, P.05.0745.F. Le sommaire de l'arrêt fait référence à Cass., 23 février 1959, *Bull. et Pas.*, 1959, I, 636 ainsi qu'à CONSTANT, J., *Manuel de droit pénal, première partie, Les principes généraux*, 4e édition, Liège, 1948, p. 229 et les références citées. Voy. également Cass., 16 mars 1970, *R.W.*, 1970-1971, p. 785 (cité par BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, p. 40).

<sup>999</sup> Voy. à ce propos, BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, pp. 40-41 ainsi que F. KUTY, *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 364-365 (et les références citées).

<sup>1000</sup> Art. 8 de la loi du 28 mai 1956 relative aux substances et mélanges explosibles ou susceptibles de déflager et aux engins qui en sont chargés, *M.B.*, 9 juin 1956, p. 3990.

destruction pourra en avoir lieu même avant la condamnation si l'intérêt de la sécurité publique l'exige » (art. 8, § 2).

**602.** La loi du 24 février 1921 relative au trafic de substances stupéfiantes, prévoyant la possibilité pour le juge de confisquer l'objet ou l'instrument de l'infraction même s'il n'appartient pas au condamné, a régulièrement servi de fondement aux juridictions de fond pour confisquer la drogue saisie en cas d'acquiescement ou d'irrecevabilité des poursuites<sup>1001</sup>. De manière plus surprenante, la restitution de la drogue au prévenu acquitté a toutefois également déjà été ordonnée<sup>1002</sup>. Le législateur a manifestement voulu éviter que de telles décisions puissent encore être prises en autorisant le ministère public, le cas échéant avec l'accord préalable le juge d'instruction à, « immédiatement » ordonner la destruction ou la mise hors d'usage des substances illégales, des matières premières utilisées pour les produits – les précurseurs – et du matériel utilisé, ou destiné à l'être, pour la production illégale des substances stupéfiantes, y compris la culture de plantes d'où ces substances peuvent être extraites, « en dépit de la poursuite de l'enquête, dans la mesure où leur conservation n'est pas nécessaire à la manifestation de la vérité »<sup>1003</sup>. Il a également expressément prévu que ces choses devaient « en toute hypothèse » être détruites lorsque la décision qui en ordonne la confiscation est devenue définitive<sup>1004</sup>.

#### **(b) Le refus de restitution et la destruction immédiate des biens saisis : des confiscations-mesures de sûreté ?**

**603.** La destruction immédiate des drogues et précurseurs, impliquant leur confiscation immédiate de fait, constitue sans aucun doute une mesure de sûreté, à l'instar de celle des engins explosibles ou des denrées alimentaires falsifiées impropres à la consommation. La nature de la mesure de destruction immédiate du matériel qui aurait été utilisé pour produire des stupéfiants ou en cultiver, ne présentant aucun danger ou illicéité intrinsèque, est moins évidente. Pour en justifier l'introduction, le législateur indiquait notamment que :

« La destruction immédiate, ou la mise hors d'usage du matériel sur place constitue une solution pragmatique, efficace et économique. Pareille mesure ne peut être considérée ni comme une peine, ni comme une violation de la présomption d'innocence mais doit être comprise comme une mesure sanitaire imposée par le gouvernement, équivalente à celle prévue par l'article 18, §§ 3 et 4 de la loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits »<sup>1005</sup>.

Le caractère pragmatique et efficace de cette mesure n'est pas douteux, il en est cependant autrement du lien opéré avec la protection de la santé des consommateurs. L'exposé des motifs

---

<sup>1001</sup> Mons (3e ch. corr.), 20 octobre 1993, *R.D.P.C.*, 1994, p. 911 ; Bruxelles, (14e ch. corr.), 20 juin 1997, *R.D.P.C.*, 1997, p. 1092.

<sup>1002</sup> Corr. Bruxelles, 51<sup>ème</sup> ch., 19 avril 2004, *Journal des procès*, Bruxelles, Bruylant, 10 septembre 2004, no 485, pp. 25-30.

<sup>1003</sup> art. 4, § 7, al. 1<sup>er</sup> de la loi du 24 février 1921 inséré par la loi du 7 février 2014, *M.B.*, 10 mars 2014, p. 20376.

<sup>1004</sup> *Ibid.*, al. 2. Voy. à cet égard, RIZZO, A. et SEDAD, K., « Stupéfiants », *Droit pénal et Procédure pénale*, Kluwer, à paraître.

<sup>1005</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2013-2014, doc. 53-3112/001, p. 12.

du *Projet de loi* révèle d'ailleurs ce qui semble être la véritable motivation du législateur en relevant que :

« Le caractère assez spécifique du matériel de fabrication et de culture aboutit à la situation actuelle où le matériel mis en vente par l'administration des domaines est acheté à vil prix par des personnes connues pour trafic de drogues. Cette situation doit être évitée absolument »<sup>1006</sup>.

**604.** La destruction immédiate du matériel autorisée par la loi du 24 février 1921, qui ne poursuit pas un objectif répressif, a néanmoins le même objet que la peine de confiscation spéciale de l'instrument de l'infraction. Il s'agit ainsi d'une mesure mixte poursuivant un objectif d'intérêt général – la bonne gestion des biens saisis et la limitation des frais de justice – tout en revêtant certaines caractéristiques d'une peine<sup>1007</sup>.

**605.** La loi du 8 juin 2006 sur les armes<sup>1008</sup> impose quant à elle la confiscation des armes prohibées, quel qu'en soit le propriétaire, mais ne permet pas leur destruction avant qu'un jugement de condamnation soit rendu. Il est dès lors douteux qu'une confiscation puisse être ordonnée si la procédure ne menait pas à un tel jugement. Dans cette mesure, l'article 8 de la loi du 8 juin 2006 ne semble pas être le siège d'une confiscation-mesure de sûreté<sup>1009</sup>, bien qu'il soit peu probable qu'une arme prohibée saisie soit jamais restituée en cas d'infraction à la loi du 8 juin 2006, même si un jugement de condamnation ne pouvait être atteint. M. LUGENTZ et M. VANDERMEERSCH soutiennent en ce sens que lorsqu'un magistrat refuse de restituer un bien préalablement saisi qu'il estime illicite ou dangereux, le cas échéant avant même qu'une décision ne soit prise par le juge du fond, sa décision implique la dépossession permanente de ce bien et « équivaut à sa confiscation »<sup>1010</sup> comme mesure de sûreté.

**606.** Bien que tant le droit de l'Union européenne que les Conventions de 1990 et de 2005 du Conseil de l'Europe n'envisagent la confiscation que comme une mesure ordonnée par une juridiction, nous devons constater que le droit belge connaît donc des dispositifs ne reposant pas sur une décision juridictionnelle et non qualifiés de confiscation mais conduisant de fait à la dépossession permanente d'un bien en raison de son lien avec la commission d'une infraction pénale, non fondés sur un constat de culpabilité.

**607.** La « confiscation-destruction » préalable à jugement n'est d'ailleurs plus, depuis une loi du 25 avril 2014<sup>1011</sup>, limitée à des domaines de criminalité particuliers comme le trafic de stupéfiants. A cette occasion le législateur a en effet permis au procureur du Roi de l'ordonner en vertu de l'article 28*novies* du Code d'instruction criminelle, à chaque stade de procédure pénale, le cas échéant moyennant l'accord préalable du juge d'instruction, à l'égard des biens saisis susceptibles de confiscation

---

<sup>1006</sup> *Ibid.*

<sup>1007</sup> En ce sens, à propos de la confiscation-mesure de sûreté, F. KUTY, *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 1175-1176 (et les références citées).

<sup>1008</sup> art. 8, al. 2 de la loi du 8 juin 2006, *M.B.*, 9 juin 2006, p. 29840.

<sup>1009</sup> En ce sens, C. const., arrêt n° 99/2018 du 19 juillet 2018, B.8.

<sup>1010</sup> LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op.cit.*, p. 17.

<sup>1011</sup> Loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de Justice, *M.B.*, 14 mai 2014, p. 39045.

- qui, par leur nature, constituent un danger grave pour la sécurité publique ou la santé publique (§ 2, 1<sup>o</sup>)<sup>1012</sup> ;
- qui, en cas de levée de la saisie, sont susceptibles de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou aux biens de personnes (§ 2, 2<sup>o</sup>) ;
- qui, s'ils étaient remis en circulation, constitueraient une violation de l'ordre public, des bonnes mœurs ou d'une disposition légale (§ 2, 3<sup>o</sup>) ;
- dont les coûts de conservation en nature ne sont manifestement pas proportionnels à leur valeur vénale, en raison de la nature ou de la quantité des biens (§ 2, 4<sup>o</sup>)<sup>1013</sup>.

**608.** Cette disposition contraint néanmoins le procureur du Roi à avertir le propriétaire légitime de son intention d'ordonner la destruction du bien en cause (§1<sup>er</sup>) d'une part, et à communiquer la décision de destruction à la personne susceptible de faire valoir des droits sur ce bien ainsi qu'à la personne à charge de laquelle la saisie a été opérée d'autre part (§ 7). Cette notification fait courir le délai de recours ouvert contre la décision de destruction. Cependant, les biens qui par leur nature, constituent un danger grave pour la sécurité publique ou la santé publique visés par la première catégorie précitée pourront être détruits nonobstant l'introduction d'un tel recours, à moins que le procureur du Roi change d'avis (§ 7). Par ailleurs, si après la destruction du bien, le procureur du Roi classe sans suite ou si la procédure pénale est clôturée définitivement par un acquittement basé sur le non-fondement de l'action publique, ou par un non-lieu pour cause d'absence de charges, le propriétaire légitime de la chose détruite ne pourra réclamer des dommages-intérêts que si le bien aurait pu être remis en circulation de manière régulière (§ 8)<sup>1014</sup>.

**609.** La destruction immédiate de biens fondée sur l'article 28<sup>novies</sup> C.I.Cr., à l'instar de celle organisée par l'article 4 § 7 de la loi du 24 février 1921, conduit à la privation permanente d'un bien, en lien avec une infraction pénale, par décision d'une autorité judiciaire. Elle s'inscrit ainsi dans la définition donnée à la confiscation par les conventions adoptées sous l'égide de l'ONU. Elle ne se distingue de celle qui y est donnée sur le plan européen que par le fait qu'elle n'est pas ordonnée par une juridiction mais bien par le ministère public, la personne intéressée ne disposant que d'un recours juridictionnel non nécessairement suspensif. La décision de destruction immédiate constitue par conséquent une décision de confiscation prise par le ministère public à l'égard du bien saisi concerné<sup>1015</sup>, aux fins de détruire la chose concernée. Elle se distingue cependant tant de la peine de confiscation spéciale que de la confiscation spéciale-mesure de sûreté, avec laquelle elle présente néanmoins des points communs.

<sup>1012</sup> Le projet de loi donne comme exemples : « des animaux dangereux qui se sont échappés et qui ont attaqué des gens et que l'auteur a dressés dans ce but, des armes instables, des bouteilles de gaz, ... » (*Doc. parl. Ch.*, session 2013-2014, doc. 53-3149/001, p. 17).

<sup>1013</sup> Comme des véhicules n'ayant plus de valeur, selon le Projet de loi (*Doc. parl. Ch.*, session 2013-2014, doc. 53-3149/001, p. 17).

<sup>1014</sup> Ce qui ne serait pas le cas par exemple en cas de destruction de pornographie infantile, même si le juge pénal constate que l'action publique est éteinte par prescription (*Ibid.*, p. 21). En revanche, le Projet de loi indique sans équivoque que : « Le simple fait que le propriétaire légitime n'ait pas été déclaré coupable du chef d'un délit, pour quelque raison que ce soit (acquittement pour prescription de l'action publique, etc.) et que les biens détruits étaient normalement susceptibles d'être restitués, est suffisant pour se prévaloir d'un dédommagement » (*Ibid.*)

<sup>1015</sup> En ce sens, voy. l'Avis de la section de législation du Conseil sur le Projet de loi, *Doc. parl. Ch.*, session 2013-2014, doc. 53-3149/001, p.176.

**610.** Tout d'abord, elle n'est pas ordonnée par une juridiction à la différence de toute mesure de confiscation spéciale. Ensuite, au contraire de la peine de confiscation spéciale, elle n'est pas fondée sur un constat de culpabilité. Au vu des travaux préparatoires, cette mesure n'a d'ailleurs pas pour objectif de sanctionner qui que ce soit mais

« doit d'une part contribuer à réduire les frais de conservation en nature d'objets d'une valeur très minime (efficacité au niveau des frais) et d'autre part, de protéger la société contre des objets qui doivent être retirés de la circulation eu égard à leur caractère dangereux ou illégal (critère de sécurité) »<sup>1016</sup>.

Seule importe en effet la nature du bien pour que la destruction puisse être ordonnée. Elle se rapproche à cet égard de la mesure de sûreté. Cependant, le bien ne doit pas forcément être dangereux, nuisible ou illicite par nature, mais peut uniquement être jugé trop cher à conserver, ce qui la distingue fondamentalement de la mesure de sûreté. Par ailleurs, le ministère public n'a pas l'obligation d'ordonner la destruction des biens qui entrent dans le champ d'application de l'article 28*novies* mais a la possibilité de le faire<sup>1017</sup>, alors que la confiscation spéciale-mesure de sûreté est obligatoire.

**611.** Ce mécanisme hybride avait fait l'objet de sévères critiques de la Section de législation du Conseil d'Etat<sup>1018</sup>. S'il y voyait « une sorte de mesure de sécurité administrative afin d'écarter un danger grave et imminent » quand elle porte sur des biens dangereux pour la sécurité ou la santé publique, il estimait au contraire que :

« La question se pose toutefois de savoir si la destruction immédiate sans aucun contrôle judiciaire préalable possible peut aussi se justifier dans les cas visés à l'article 28*novies*, § 2, 2° à 4°, en projet, du Code d'instruction criminelle. Il est en effet douteux que, dans ces hypothèses, un retard dans la destruction puisse effectivement occasionner un dommage irréparable. Dans les situations visées aux 2° et 3°, le dommage éventuel ne peut en effet se manifester que lorsque la saisie est levée, tandis que l'hypothèse énoncée au 4° concerne uniquement les coûts de conservation et n'a dès lors aucun rapport avec le caractère potentiellement dangereux du bien concerné. Une destruction immédiate se heurte dans ces cas non seulement à la nature essentielle de la saisie, qui est une mesure à caractère provisoire en attendant que le juge pénal statue au fond (voir observation 1), mais aussi au droit d'accès au juge en cas d'atteinte à un droit civil, en l'espèce le droit de propriété ».

Il estimait également que le mécanisme d'indemnisation prévu était contraire au droit de propriété notamment consacré par l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 16 de la Constitution. Enfin, il considérait que l'article 28*novies* conduisait à une rupture d'égalité

« dès lors que des personnes qui ne sont pas non plus condamnées en raison de l'infraction mise à leur charge, mais dont les biens n'ont pas fait l'objet de la mesure de destruction, ont en principe droit à la restitution du bien concerné, alors que les personnes faisant l'objet de la mesure perdent leur bien sans aucune compensation ».

Cette dernière critique n'est que partiellement fondée au vu du texte finalement retenu qui prévoit une indemnisation dans certaines circonstances. La Section de législation n'a pas été

---

<sup>1016</sup> *Doc. parl.* Ch., session 2013-2014, doc. 53-3149/001, pp. 15-16.

<sup>1017</sup> En ce sens, voy. la Circulaire du Collège des procureurs généraux du 4 septembre 2014 COL 20/2014 – Destruction des biens saisis – Référé pénal, pp. 8-9.

<sup>1018</sup> Avis de la section de législation du Conseil d'Etat, *Doc. parl.* Ch., session 2013-2013, doc. 53-3149/001, p.179.

suivi par le législateur et la Cour constitutionnelle ne s'est pas prononcée en annulation ou sur question préjudicielle, de sorte que ces critiques demeurent d'actualité.

**612.** Il faut par ailleurs constater que le législateur a donné au procureur du Roi le pouvoir d'ordonner la destruction de biens relevant de catégories définies de manière très vague. Il eût à notre sens été plus opportun de ne l'autoriser à ordonner la destruction immédiate que de biens dont la loi impose par ailleurs la confiscation – et le cas échéant la destruction – quelle que soit l'issue de la procédure. Cela aurait sans doute nécessité de modifier la législation existante et impliqué un travail législatif plus complexe, mais aurait permis d'assurer une plus grande sécurité juridique en encadrant strictement le pouvoir confié au ministère public. Conférer un caractère suspensif au recours, quel que soit le bien en cause afin de permettre à un tribunal de pouvoir utilement contrôler la décision du ministère public aurait également été plus judicieux, vu le large pouvoir d'appréciation dont il jouit.

**613.** La faculté d'ordonner la destruction immédiate de biens ne présentant aucun danger et aucune illicéité intrinsèque figurant à l'article 28*novies* C.I.Cr., ainsi qu'à l'article 4, § 7 de la loi du 24 février 1921, peut en outre en pratique être très préjudiciable aux justiciables alors qu'elle ne tend en réalité qu'à répondre aux inconvénients causés par la lenteur de la procédure pénale et la faiblesse des infrastructures dont dispose le pouvoir judiciaire. Comme l'a mis en évidence la Section de législation du Conseil d'Etat, le législateur a ainsi privilégié la gestion efficace des frais de justice à des principes bien établis du droit pénal et de la procédure pénale, au détriment des droits des justiciables.

**614.** Il convient néanmoins de souligner que le législateur a prévu des garanties procédurales au profit des personnes intéressées et notamment des tiers de bonne foi, dont l'absence à l'article 4 § 7 de loi du 24 février 1921 est difficilement compréhensible<sup>1019</sup>. Nous y reviendrons dans la section suivante.

**615.** D'aucun pourrait objecter que la destruction immédiate de biens saisis n'est pas une décision de confiscation car *in fine* le juge devrait ordonner la confiscation spéciale du bien saisi ayant été détruit<sup>1020</sup>. Il ne s'agirait ainsi que d'une modalité de mise en œuvre de la saisie. Nous ne pourrions suivre cette thèse. D'une part, aucune évaluation monétaire préalable des biens détruits non intrinsèquement dangereux ou illicite n'est prévue. Dans cette mesure, si la confiscation n'est finalement pas prononcée, aucune restitution d'un montant équivalent n'est prévue ou possible. D'autre part, l'article 28*novies* C.I.Cr. prévoit un mécanisme d'indemnisation du préjudice subi du fait de la destruction immédiate du bien saisi. La décision de destruction immédiate prise par le ministère public, le cas échéant confirmée par la juridiction de recours, conduit en conséquence elle-même, sans besoin d'une décision juridictionnelle ultérieure de confiscation spéciale, à la privation permanente du bien, à l'instar de toute mesure de confiscation.

**616.** Au vu de ce qui précède, le droit belge connaît indéniablement plusieurs dispositifs conduisant à la privation permanente d'un bien, ne reposant pas sur une condamnation ou une déclaration de culpabilité préalable, mais s'inscrivant nécessairement dans le cadre d'une

---

<sup>1019</sup> Sur cette question, voy. RIZZO, A. et SEDAD, K., « Stupéfiants », *Droit pénal et Procédure pénale*, Kluwer, à paraître.

<sup>1020</sup> Il s'agit d'une règle bien établie, voy. déjà TROUSSE, P-E, *Les Nouvelles, Droit pénal*, op. cit., n° 831.



procédure menée à la suite de la commission d'une infraction pénale (ou d'un fait qualifié comme tel). Ces procédures sont dirigées contre le suspect de l'infraction – voire contre X s'il est inconnu, et ne constituent donc pas des procédures de confiscation *in rem* par essence, bien qu'elles revêtent un caractère réel. Par ailleurs, lorsqu'elles concernent des biens non intrinsèquement dangereux ou illicites, ces décisions de destruction immédiate qui ne poursuivent pas expressément un objectif répressif à la lecture des travaux parlementaires, se trouvent néanmoins aux confins de la notion de mesure de sûreté. Enfin, alors que la mesure de confiscation spéciale est nécessairement ordonnée par une juridiction pénale, la destruction immédiate de biens saisis, qui a le même effet, sera quant à elle ordonnée par le ministère public, sans préjudice du droit de recours juridictionnel dont dispose la personne intéressée, figurant à l'article 28<sup>novies</sup> C.I.Cr., non nécessairement suspensif. Ce recours ne portera néanmoins pas sur la culpabilité de la personne en cause mais uniquement sur la réunion des conditions d'application du mécanisme de destruction immédiate, étranger à tout constat de culpabilité préalable. En d'autres termes, une personne encore présumée innocente pourra subir une décision de destruction immédiate de biens saisis non dangereux ou illicites par nature, sans que la question de sa culpabilité ne se pose et sans qu'elle puisse dès lors utilement faire valoir son innocence pour y faire obstacle.

**617.** Notons que l'avant-projet de Code pénal ne nous paraît pas apporter de modification notable à ce qui précède.

#### **(4) La confiscation à l'égard de personnes étrangères à la commission de l'infraction : les droits des victimes et des tiers**

**618.** L'article 6 § 1<sup>er</sup> de la directive 2014/42/UE vise comme nous l'avons mis en évidence<sup>1021</sup> à permettre la confiscation des produits ou des biens de valeur équivalente transférés directement ou indirectement à des tiers par le suspect, ou acquis par ces derniers directement ou indirectement auprès du suspect, à tout le moins lorsque les tiers savaient/devaient savoir que le but de l'opération était d'éviter la confiscation des biens en cause. Le juge pourra établir la mauvaise foi des tiers en ayant notamment égard au fait qu'ils ont acquis les biens à titre gratuit ou pour un montant « sensiblement » inférieur à sa valeur marchande. Les tiers ciblés sont tant ceux qui ont acquis les biens, le cas échéant par l'entremise d'un intermédiaire, auprès du suspect, que ceux pour le compte/au profit desquels l'infraction a été commise. Nous avons montré que cette confiscation revêtait de fait un caractère subsidiaire étant donné qu'elle devrait être mise en œuvre selon le législateur européen « lorsque la personne poursuivie ne possède pas de biens pouvant être confisqués » (considérant 24). Une telle confiscation ne peut en outre « porter atteinte aux droits des tiers de bonne foi » (art. 6 § 2). Au vu de l'article 6 § 1<sup>er</sup>, cela signifie qu'elle ne peut à tout le moins porter atteinte aux droits de ceux qui ne savaient pas et ne devaient pas savoir que le transfert du bien opéré à leur profit visaient à éviter une confiscation. La directive prévoit par ailleurs que « les tiers sont en droit de faire valoir leur titre de propriété ou d'autres droits de propriété », en ce compris dans le cadre de l'article 6 (art. 8, 9<sup>o</sup>). Elle dispose enfin que la confiscation ne

---

<sup>1021</sup> *Supra* I, A, 2, c, (3), (f).

peut empêcher la victime de « chercher à obtenir réparation » auprès de l’auteur de l’infraction (art. 8, 10°).

**619.** Cette disposition n’a pas été transposée en tant que telle en droit belge. Nous verrons dans cette section que la confiscation spéciale et la destruction immédiate de biens saisis, peuvent néanmoins atteindre dans l’ordre juridique belge d’autres personnes que celles faisant l’objet de la procédure pénale (a). Ensuite, nous nous intéresserons aux droits des victimes (b) et des tiers à l’infraction dans de tels cas de figure (c).

**(a) La confiscation spéciale et la destruction immédiate de choses saisies ne préjudicient pas toujours l’auteur (présumé) de l’infraction**

**620.** Nous avons montré que les avantages patrimoniaux et les avantages patrimoniaux supplémentaires tirés de l’infraction pouvaient être confisqués même s’ils ne sont pas la propriété du condamné, sous réserve des droits des tiers de bonne foi, (arts. 42 3°, 43bis et 43quater (C.P)). Bien que l’objet de l’infraction et son instrument ne puissent en principe être confisqués que s’ils sont la propriété de l’auteur, nous avons également montré que certains régimes spécifiques de confiscation permettaient leur confiscation même si cette condition de propriété n’était pas remplie – notamment en matière de pratiques de marchands de sommeil, de blanchiment, de trafic de stupéfiants ou d’armes. Les choses produites par l’infraction doivent par ailleurs être confisquées (art. 42, 2° C.P.), sans condition de propriété.

**621.** Concernant ces biens, le conflit entre la confiscation opérée par l’Etat et les droits éventuels d’un tiers ne semble cependant pas pouvoir surgir étant donné qu’on aperçoit mal comment un tiers à l’infraction pourrait prétendre disposer d’un droit sur un bien matériellement produit par une infraction et donc intrinsèquement illicite<sup>1022</sup>. La situation est toute autre en matière d’avantages patrimoniaux et d’avantages patrimoniaux supplémentaires, d’objets et d’instruments de l’infraction, sur lesquels la victime de l’infraction ou d’autres tiers à la commission de l’infraction peuvent prétendre disposer de droits. Il en est de même en cas de confiscation spéciale-mesure de sûreté et de destruction immédiate de choses saisies portant sur une chose non affectée d’une dangerosité ou d’une illicéité intrinsèque.

**622.** Le droit interne belge connaît également un dispositif qui permet l’exécution d’une peine de confiscation prononcée à charge de l’auteur de l’infraction sur des biens appartenant à un tiers : l’enquête pénale d’exécution (EPE). L’EPE, qui a pour but d’assurer une exécution effective des peines patrimoniales, dont les peines de confiscation (arts. 464/1 et s. C.I.Cr.)<sup>1023</sup>, porte en effet tant sur le patrimoine de l’auteur condamné, que sur celui des tiers qui conspirent sciemment et volontairement avec lui afin de soustraire son patrimoine à l’exécution des

---

<sup>1022</sup> En ce sens, KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 369.

<sup>1023</sup> Ces dispositions ont été insérées par la loi du 11 février 2014 portant des mesures diverses visant à améliorer le recouvrement des peines patrimoniales et des frais de justice en matière pénale (I), *M.B.*, 8 avril 2014, p. 29894

condamnations exécutoires (art. 464/1, § 3 C.I.Cr.). L'objectif du législateur belge était sans équivoque de pouvoir

« agir de manière effective et efficace contre un condamné qui se rend insolvable en transférant ses actifs mobiliers et immobiliers à son conjoint ou à des membres de sa famille, ou encore à des sociétés patrimoniales qu'il a lui-même créées »<sup>1024</sup>.

Cet objectif est identique à celui poursuivi par le législateur européen en élaborant l'article 6 de la directive<sup>1025</sup>.

**623.** L'EPE est menée par le ministère public, avec l'assistance de l'Organe Central pour la Saisie et la Confiscation – l'OCSC – dans l'hypothèse où le condamné ne paie pas intégralement la somme dont la confiscation spéciale a été ordonnée, les amendes ou les frais de justice, dans le délai fixé par le ministère public ou le service public fédéral Finances « et pour autant que le montant de l'obligation de paiement soit important » (art. 464/4 C.I.Cr.)<sup>1026</sup>. Conformément à la disposition précitée, le Roi a précisé qu'une EPE pouvait concrètement être mise en œuvre si

« 1° le condamné a été déclaré coupable d'une infraction qui, au moment de la condamnation définitive, peut être punie d'une peine principale d'emprisonnement correctionnel d'un an ou davantage, et

2° le solde à recouvrer des sommes d'argent confisquées, amendes pénales et frais de justice en matière pénale s'élève, au jour de l'ouverture de l'enquête pénale d'exécution, à un total d'au moins 10.000 EUR »<sup>1027</sup>.

**624.** L'EPE permet notamment au ministère public de saisir les biens, mobilier ou immobilier, transférés à des tiers par la personne poursuivie, même avant d'être définitivement condamné, dans le but de faire obstacle à une confiscation future (art. 464/30 C.I.Cr.). Les confiscations ordonnées à charge du condamné – ainsi que les autres peines patrimoniales – seront ensuite exécutées sur les biens saisis (art. 464/1 C.I.Cr.). L'EPE permet par conséquent d'exécuter une peine de confiscation spéciale sur des biens transférés par le condamné à des tiers de mauvaise foi, ce qui est conforme à l'objectif de l'article 6 de la directive.

**625.** Au vu de ce qui précède, le droit belge permet donc, par le biais de différents mécanismes, de confisquer des choses n'appartenant pas au condamné – ou à la personne suspectée d'avoir commis une infraction dans le cas de la destruction immédiate de biens saisis. Il convient désormais de déterminer comment il appréhende dans ce cadre les droits des victimes et des tiers de bonne foi<sup>1028</sup>, tels que consacrés notamment par la directive 2014/42/UE.

---

<sup>1024</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2012-2013, doc. 53-2934/001, p. 7.

<sup>1025</sup> Voy. le considérant 24 de la directive.

<sup>1026</sup> Elle peut également être initiée sans inviter préalablement le condamné à payer « s'il ressort des renseignements dont dispose le ministère public ou le service public fédéral Finances que le condamné a omis ou, suivant des éléments sérieux et concrets, omettra de satisfaire à son obligation de paiement » (art. 464/4 C.I.Cr.).

<sup>1027</sup> Article 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 25 avril 2014 (*M.B.*, 30 mai 2014, p. 41988).

<sup>1028</sup> Sur les droits de la victime et des tiers en matière de confiscation spéciale, voy. KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine*, *op. cit.*, p. 369 et s. Voy. également, BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, p. 42 et s. et LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, pp. 76-78 et p. 89 et s.

**(b) Les droits des victimes à l'égard de la chose  
confisquée : faut-il aller plus loin ?**

**626.** Le Code pénal prévoit que les biens retrouvés « dans le patrimoine du condamné »<sup>1029</sup> qui appartiennent à la victime doivent lui être restitués (arts. 43*bis*, al. 2 et 44 C.P.<sup>1030</sup>). Il permet également l'attribution à la victime soit des choses ou valeurs substituées par le condamné aux biens qui lui appartenaient, soit d'un montant équivalent à la valeur de ce qui lui appartenait dont elle a été privée (art. 43*bis*, al. 2). La confiscation sera prononcée par le juge préalablement à la restitution ou à l'attribution à la victime en vertu de l'article 43*bis* du Code pénal<sup>1031</sup>, mais non en application de l'article 44 du même code<sup>1032</sup>. En cas de restitution à la victime des avantages patrimoniaux, l'Etat ne peut naturellement exécuter à son profit la peine confiscation spéciale<sup>1033</sup>.

**627.** La restitution des choses appartenant à la victime qui lui ont été illicitement soustraites et qui sont entre les mains de la justice<sup>1034</sup> devra être ordonnée, le cas échéant d'office, sur pied de l'article 44 C.P.<sup>1035</sup>. La restitution fondée sur l'article 43*bis* C.P. ne devra pas non plus nécessairement être sollicitée par la partie civile pour pouvoir être ordonnée par le juge<sup>1036</sup>, mais si elle l'est le juge devra statuer sur cette demande<sup>1037</sup>. Avant d'ordonner la restitution d'un bien à la partie civile, le juge devra constater le bienfondé de sa demande et notamment constater son droit sur la chose<sup>1038</sup>.

**628.** A la différence de la restitution, l'attribution des choses confisquées sur pied de l'article 43*bis* C.P. à la partie civile parce qu'elles constituent des biens ou des valeurs substitués par le condamné à des choses lui appartenant ou parce qu'elles constituent une somme d'argent qui leur est équivalente<sup>1039</sup> n'est pas obligatoire. Selon la Cour de cassation en effet,

---

<sup>1029</sup> En réalité, si les biens ont été obtenus par la commission d'une infraction, ils n'ont jamais pu légalement intégrer les actifs du patrimoine de l'auteur de l'infraction. Sur la notion de « patrimoine » dans ce cadre, voy. *supra* I, A, 3, b, (3), (f).

<sup>1030</sup> Cette disposition doit être lue avec l'article 161 C.I.Cr. qui dispose que : « Si le prévenu est convaincu d'infraction relevant de sa compétence, le tribunal prononcera la peine, et statuera par le même jugement sur les demandes en restitution et en dommages-intérêt ».

<sup>1031</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 369.

<sup>1032</sup> *Ibid.*, p. 1220, note 7271.

<sup>1033</sup> Cass., 12 juin 2018, P.17.1215.N.

<sup>1034</sup> Cass., 3 septembre 2013, P.10.1836.N.

<sup>1035</sup> Ce sera notamment le cas si ces choses constituent des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction dont le ministère public n'aurait pas requis la confiscation par écrit. Dans cette mesure, la Cour constitutionnelle a répondu négativement aux questions préjudicielles relatives à une violation éventuelle des articles 10, 11 et 13 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par l'article 43*bis*, alinéa 1er, du Code pénal, en ce que, par l'effet de la disposition précitée, la partie civile pourrait être distraite contre son gré du juge compétent, impartial et indépendant que la loi lui assigne (première question préjudicielle) et en ce que l'attribution éventuelle à la partie civile des avantages patrimoniaux visés à l'article 42, 3<sup>o</sup>, du Code pénal dépend purement et simplement de considérations d'opportunité de la part du ministère public (C. Const., arrêt n<sup>o</sup> 190/2004 du 24 novembre 2004).

<sup>1036</sup> Cass., 8 mai 2012, P.11.0583.N. Selon la Cour constitutionnelle, la restitution devra être ordonnée d'office au profit de la partie civile (C. const., arrêt n<sup>o</sup> 65/2014 du 3 avril 2014, B.1.3).

<sup>1037</sup> Cass., 11 janvier 2005, P.04.1087.N.

<sup>1038</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 371.

<sup>1039</sup> Des choses qui ne sont pas le substitut ou la contrevaletur de choses qui appartiennent à la partie civile ne peuvent lui être attribuées (Cass., 11 avril 2006, P.06.0011.N.).

« contrairement à la restitution, qui est une mesure civile ayant un effet de droit réel que le juge est tenu d'infliger en cas de condamnation, la confiscation avec l'attribution de choses confisquées est une peine qui confère, à la partie civile à laquelle les choses sont attribuées, un droit d'action tendant à la remise des sommes attribuées ou du produit des choses attribuées de la part des Domaines qui, en vertu de l'article 197bis du Code d'instruction criminelle, exécutent cette peine; le juge peut, mais ne doit pas ordonner l'attribution des choses concernées, indépendamment du fait que ces choses correspondent ou non au dommage subi par la partie civile »<sup>1040</sup>.

Comme en matière de restitution, l'attribution ne pourra avoir lieu qu'après que le juge a constaté que les choses en cause constituent des biens ou des valeurs que le condamné a substitués à des choses appartenant à la victime ou, s'agissant de la confiscation par équivalent, que le juge a déterminé son préjudice et lui a attribué tout ou partie de la somme confisquée à concurrence du montant du dommage qu'il lui reconnaît<sup>1041</sup>. La Cour de cassation a récemment jugé en ce sens que si l'attribution de l'objet de la confiscation à la victime n'avait pas été ordonnée dans une décision devenue définitive, le préjudice de la victime n'ayant pas encore été définitivement établi, le juge ne pouvait après avoir établi ce dommage dans une décision ultérieure sur les intérêts civils, ordonner également l'attribution de la somme confisquée correspondante à la victime<sup>1042</sup>.

**629.** La possibilité d'obtenir la restitution ou l'attribution de la chose confisquée à son profit explique que la victime puisse dans ce cadre faire valoir ses prétentions sur la confiscation spéciale et son étendue en dépit du fait qu'il s'agisse d'une peine<sup>1043</sup>. La victime qui ne s'est pas constituée partie civile et n'est ainsi pas partie à la cause, pourra y intervenir<sup>1044</sup> ou, le cas échéant, mettre en œuvre la procédure prévue par l'arrêté royal du 9 août 1991 précité<sup>1045</sup> pour faire valoir ses droits sur la chose susceptible de confiscation ou confisquée.

**630.** Les biens confisqués seront recouverts, au nom du procureur du Roi, selon les indications du directeur de l'OCSC, par le fonctionnaire compétent du SPF FINANCES (art. 197bis C.I.Cr.), qui devra veiller à les remettre à la victime<sup>1046</sup>. En cas de confiscation avec attribution à la victime sur pied de l'article 43bis du Code pénal, cette dernière dispose d'un droit d'action à l'encontre de l'Etat belge pour obtenir la remise des biens en cause<sup>1047</sup>.

---

<sup>1040</sup> Cass., 10 juin 2014, P.14.0280.N.

<sup>1041</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 372.

<sup>1042</sup> Cass., 20 mars 2019, P.17.0730.F.

<sup>1043</sup> Cass., 9 mai 2007, P.06.1673.F et concl. de l'av. gen. VANDERMEERSCH. Il a toutefois été jugé que vu le caractère réel de la confiscation prononcée sur pied de l'article 505, § 3 C.P., la partie civile ne peut prétendre être préjudiciée par le fait que la confiscation soit prononcée à l'égard d'un prévenu, plutôt que d'un autre (Cass., 11 janvier 2005, P.04.1087.N), arrêt auquel M. KUTY confère une portée générale (KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 371).

<sup>1044</sup> Not. Cass., 17 juillet 1995, *Pas.*, 1995, p. 733 et plus généralement à propos des droits des tiers d'intervenir Cass., 5 décembre 2012, RG P.12.1235.F et Cass. 15 décembre 2015, RG P.15.1142.N. Voy. également BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, p. 42.

<sup>1045</sup> Voy. BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, pp. 42-43 et références citées en note 184.

<sup>1046</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 371.

<sup>1047</sup> Cass., 10 juin 2014, P.14.0280.N : « Contrairement à la restitution, qui est une mesure civile ayant un effet de droit réel que le juge est tenu d'infliger en cas de condamnation, la confiscation avec l'attribution de choses

**631.** Ce qui précède montre que le droit belge impose la restitution obligatoire à la victime des biens confisqués lui appartenant et permet que lui soient attribués les biens ou valeurs y substitués voire la contrevaletur de tels biens. A cet égard, il répond donc au prescrit de l'article 8.10 de la directive 2014/42/UE.

**632.** En revanche, la victime ne pourra obtenir l'attribution de biens confisqués qui ne lui appartiennent pas ou ne constituent pas le substitut ou la contrevaletur de biens qui lui appartenait. Cet état de fait implique que si d'autres biens que ceux qui peuvent être restitués ou attribués à la victime sont confisqués, ils ne pourront servir d'assiette à l'action civile visant à réparer son préjudice. Or, ils pourraient constituer les seuls actifs du patrimoine du prévenu, s'agissant par exemple de son véhicule, de biens provenant d'infractions semblables ou constituant le patrimoine d'une organisation criminelle confisqués sur pied de l'article 43*quater*. La victime ne pourrait donc *de facto* obtenir réparation de son préjudice étant donné que les seuls biens se trouvant dans le patrimoine du condamné seraient confisqués au profit de l'Etat.

**633.** Le législateur pourrait par conséquent envisager de permettre l'attribution à la victime du produit de la vente de toute chose confisquée au prévenu à concurrence du montant de son préjudice, pour ce qui excède la valeur des biens qui pourront effectivement lui être restitués<sup>1048</sup>. Dans cette mesure, la confiscation ne ferait effectivement jamais obstacle à la demande en réparation des victimes et en favoriserait au contraire la bonne exécution pour autant qu'elle soit fondée.

**634.** L'avant-projet de Code pénal ne va pas dans cette direction. En effet, tout en « fusionnant » les dispositions relatives à la restitution et à l'attribution figurant actuellement aux articles 43*bis* et 44 C.P., il ne nous paraît pas substantiellement en modifier la portée en disposant que :

« Lorsque les choses confisquées appartiennent à la partie civile, elles lui seront restituées. Les choses confisquées lui seront également attribuées lorsque le juge en aura prononcé la confiscation pour le motif qu'elles constituent des biens ou des valeurs substitués par le condamné à des choses appartenant à la partie civile. De même, lorsqu'il prévoit qu'en cas de non-exécution de la confiscation d'une des choses appartenant à la partie civile, l'auteur de l'infraction sera tenu au paiement d'une somme d'argent qui lui sera équivalente, le juge ordonne que cette somme sera attribuée à celle-ci.

Sans préjudice des dispositions relatives à la confiscation, la cour ou le tribunal ordonne d'office la restitution des biens dont le propriétaire a été dépouillé. La restitution vise en outre à annuler les conséquences matérielles de l'infraction déclarée établie, dans le but de rétablir la situation de fait telle qu'elle existait avant la commission de ladite infraction.

---

confisquées est une peine qui confère, à la partie civile à laquelle les choses sont attribuées, un droit d'action tendant à la remise des sommes attribuées ou du produit des choses attribuées de la part des Domaines qui, en vertu de l'article 197*bis* du Code d'instruction criminelle, exécutent cette peine; le juge peut, mais ne doit pas ordonner l'attribution des choses concernées, indépendamment du fait que ces choses correspondent ou non au dommage subi par la partie civile ».

<sup>1048</sup> En cas de « concours » entre victimes, il pourrait être imaginé de procéder à une répartition entre elles en cas de confiscation de valeur. S'il s'agit d'une confiscation en nature, il paraît en revanche plus problématique de procéder à un quelconque partage entre la victime à qui appartient en réalité ce qui a été confisqué et une ou plusieurs autres victimes.

La cour ou le tribunal refuse, par décision motivée, la restitution des biens dont la possession est contraire à l'ordre public, à la sécurité publique et aux bonnes mœurs et en ordonne la confiscation à titre de mesure de sûreté » (art. 66, al. 4 à 6).

Aussi, comme le prévoit aujourd'hui l'article 43*bis* C.P., seules les choses confisquées appartenant à la partie civile ou constituant l'équivalent de celles-ci pourront lui être attribuées. En outre, comme le prévoient les articles 43*bis* et article 44 C.P., devront nécessairement être restitués à leur propriétaire, à moins que leur possession soit illicite, les biens qui lui appartiennent « dont il a été dépouillé », sans que cette restitution ne puisse être apparentée à une peine – ce qui est déjà le cas actuellement. L'exposé des motifs indique d'ailleurs que le seul véritable changement apporté par l'avant-projet est de définir la notion de restitution<sup>1049</sup>, ce qui est utile mais à notre sens insuffisant pour garantir le respect des droits des victimes de la manière la plus étendue possible.

### (c) Les droits des tiers : une problématique complexe !

**635.** La garantie du respect des droits des tiers sur la chose susceptible de confiscation ou confisquée est sans aucun doute l'une des questions les plus épineuses du droit pénal belge. Pour tenter d'exposer l'état actuel de la question, nous devons tout d'abord déterminer ce qu'est un « tiers » (*i*) et la manière dont lui est reconnu le droit d'intervenir dans le débat sur la confiscation spéciale qui pourrait être prononcée à charge du condamné (*ii*). Ensuite, nous pourrions mettre en évidence les critères qu'il doit remplir pour faire obstacle à la confiscation de son bien : disposer d'un droit (*iii*) et être de bonne foi (*iv*). Nous examinerons enfin la compatibilité des mécanismes de confiscation obligatoire (*v*) et de destruction immédiate (*vi*) avec les droits des tiers, avant de nous pencher sur une évolution souhaitée par une part de la doctrine en la matière (*vii*) et de synthétiser nos constats à la lumière de l'avant-projet de Code pénal discuté devant le Parlement (*viii*).

#### (i) *Qu'est-ce qu'un tiers ?*

**636.** La notion de « tiers » n'est pas définie en droit pénal ou en droit de la procédure pénale, bien qu'elle y soit utilisée à de multiples reprises. Avant de pouvoir déterminer de quels droits dispose le tiers, il convient donc de définir les contours de cette qualité.

**637.** La Cour de cassation a assez récemment jugé que les tiers au sens de l'article 505 alinéa 3 du Code pénal, qui prévoit la confiscation de l'objet de l'infraction de blanchiment même s'il n'appartient pas au condamné, étaient les

« personnes qui n'ont pas été condamnées du chef du blanchiment ou d'une infraction lui servant de fondement »<sup>1050</sup>.

<sup>1049</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 215.

<sup>1050</sup> Cass. 4 mars 2014, P.13.1852.N et Cass., 15 décembre 2015, P.15.1142.N.

**638.** Cette conception rejoint celle de la Cour constitutionnelle. Dans un arrêt du n° 65/2014, la Cour a en effet jugé que l'article 4 § 6 de la loi du 24 février 1921 était contraire au principe de la personnalité des peines en ce qu'il

« autorise le juge à prononcer la confiscation de l'instrument de l'infraction, indépendamment de la bonne foi et de l'implication dans l'infraction du tiers à qui cet instrument appartient »<sup>1051</sup>.

Quelques années plus tard, elle a encore jugé que :

« La confiscation d'un véhicule qui a servi à commettre une infraction visée par l'article 8, alinéa 1er, de la loi du 8 juin 2006, mais qui appartiendrait à un tiers de bonne foi non impliqué dans l'infraction, n'atteint pas l'auteur de l'infraction, mais un tiers innocent, même si, formellement, la confiscation est prononcée à charge de l'auteur condamné »<sup>1052</sup>.

En dépit de son caractère quelque peu tautologique, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle met ainsi en évidence la nécessité distinguer non-implication dans l'infraction, caractéristique permettant de considérer une personne comme un « tiers », et la bonne foi, qualité que peut ou non revêtir le tiers.

**639.** C'est donc à raison que dans sa récente analyse, M. KUTY soutient que la notion de tiers désigne

« toute personne étrangère à l'infraction qui, du fait du caractère personnel de la confiscation, ne peut jamais être condamnée à cette peine mais peut néanmoins être préjudiciée par les effets de cette peine prononcée à l'encontre de l'auteur de l'infraction »<sup>1053</sup>.

La victime de l'infraction entre en conséquence également dans la catégorie des tiers, mais est un tiers auquel des droits particuliers ont été reconnus<sup>1054</sup>.

(ii) *La confiscation ne peut être prononcée à l'encontre du tiers mais peut-il concrètement éviter de la subir ?*

**640.** Comme nous l'avons relevé aux sections précédentes, l'objet et l'instrument de l'infraction ne seront en principe confisqués que s'ils sont la propriété de l'auteur de l'infraction (art. 42, 1° C.P.). Il existe néanmoins de nombreuses dispositions figurant tant dans le Code pénal que dans des lois particulières qui ne prévoient pas cette condition de propriété, de sorte que leur confiscation spéciale pourrait porter atteinte aux droits des tiers. Il en est de même de la confiscation spéciale des avantages patrimoniaux et des avantages patrimoniaux supplémentaires, qui présente un caractère réel et à laquelle ne s'attache aucune condition de propriété (art. 42, 3°, 43bis et 43quater).

**641.** Aussi, contrairement à ce que l'article 43bis C.P. peut *a priori* laisser penser, le fait que les biens visés à l'article 42, 3° C.P. ne se trouvent pas dans le patrimoine de l'auteur de l'infraction, ne doit pas nécessairement conduire le juge à prononcer une confiscation par

---

<sup>1051</sup> C. const., arrêt n° 65/2014 du 3 avril 2014, B.7.4.

<sup>1052</sup> C.const., arrêt n° 99/2018 du 19 juillet 2018, B.12.3.

<sup>1053</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 373 qui se fonde sur le Projet de loi portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale, Amendements, *Doc. parl.*, Ch., sess 2001-2002, doc. n° 1601/004, p. 4.

<sup>1054</sup> En ce sens, C. const., arrêt n° 99/2018 du 19 juillet 2018, B.5.2.



équivalent<sup>1055</sup>. Il nous semble en être de même en cas de mise en œuvre de l'article 43<sup>quater</sup> C.P. puisque cette disposition n'établit pas de règle à cet égard, laissant le choix au juge d'opter soit pour la confiscation en nature, soit pour la confiscation par équivalent. Enfin, la confiscation spéciale-mesure de sûreté et la destruction immédiate des biens saisis présentent également un caractère réel et seront ordonnées quel que soit le propriétaire de la chose en cause.

**642.** La jurisprudence de la Cour constitutionnelle est néanmoins établie en ce sens que :

« Le principe fondamental de la personnalité des peines requiert qu'une peine ne soit imposée qu'à celui qui a commis l'infraction ou qui y a participé (CEDH, 29 août 1997, *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse*, § 48).

Ce principe est enfreint lorsqu'une sanction pénale est infligée à un tiers qui ne peut pas être rendu responsable de l'infraction. Le principe de la personnalité des peines s'applique également aux peines accessoires »<sup>1056</sup>.

La confiscation spéciale ne peut donc être prononcée qu'à charge de l'auteur de l'infraction et non du tiers<sup>1057</sup>.

**643.** La Cour constitutionnelle estime par ailleurs que le tiers de bonne foi doit disposer de la possibilité d'obtenir la restitution des choses confisquées qui lui appartiennent, sans quoi

« la confiscation constitue également une privation de propriété sans compensation et n'est pas compatible avec l'article 16 de la Constitution et avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>1058</sup>.

**644.** Enfin, elle a jugé à plusieurs reprises que le tiers à l'infraction devait pouvoir « établir qu'il est étranger à l'infraction »<sup>1059</sup> susceptible de conduire à la confiscation d'un bien lui appartenant, sous peine de porter une atteinte disproportionnée à son droit de propriété, ou encore qu'il devait pouvoir « s'exprimer devant le juge pénal sur la confiscation éventuelle »<sup>1060</sup> en vertu de ses droits de la défense.

**645.** Il découle de ce qui précède que le tiers à l'infraction ne peut être condamné à la confiscation spéciale. Il doit pouvoir établir qu'il est étranger à l'infraction en s'exprimant devant le tribunal et, s'il est de bonne foi, doit pouvoir obtenir la restitution des choses confisquées. A défaut, le principe de la personnalité des peines, ainsi que le droit à un procès équitable et le droit au respect de la propriété privée seraient méconnus. Deux questions concrètes majeures se posent par conséquent : comment les tiers peuvent-ils intervenir dans une procédure de nature pénale qui ne les concerne pas d'une part, et à quelles conditions peuvent-

---

<sup>1055</sup> En ce sens, bien qu'il critique cet état de fait, KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 397.

<sup>1056</sup> C. const., arrêt n° 65/2014 du 3 avril 2014, B.7.2. et C.const., arrêt n° 99/2018 du 19 juillet 2018, B.12.2.

<sup>1057</sup> Contrairement à ce que pouvait laisser penser l'arrêt du 31 juillet 1995 de la Cour de cassation, P.95.0807.F.

<sup>1058</sup> C. const., arrêt n° 65/2014 du 3 avril 2014, B.8.1. et C.const., arrêt n° 99/2018 du 19 juillet 2018, B.13.1. Voy. également C.A., arrêt n° 162/2001 du 19 décembre 2001, B.5.3. et C.A., arrêt n° 38/2002 du 20 février 2002, B.27.3.

<sup>1059</sup> C. const., arrêt n° 162/2001 du 19 décembre 2001, B.5.3 et C. const., , arrêt n° 38/2002 du 20 février 2002, B.27.3.

<sup>1060</sup> C. const., arrêt n° 65/2014 du 3 avril 2014, B.9.

ils effectivement sauvegarder leur droit sur la chose susceptible de confiscation ou confisquée d'autre part.

**646.** Certaines dispositions du Code pénal autorisant la confiscation spéciale de biens qui n'appartiennent pas à l'auteur de l'infraction disposent qu'elle ne peut porter préjudice aux droits des tiers<sup>1061</sup>, d'autres non<sup>1062</sup>. Aucune d'entre elles ne prévoient expressément qu'ils peuvent intervenir à la cause pour faire valoir leur droit sur le bien. L'article 43*bis*, § 4 C.P., auquel renvoie l'article 43*quater* C.P., dispose en revanche à propos des avantages patrimoniaux primaires que « le tiers prétendant droit sur la chose pourra faire valoir ce droit dans un délai et selon des modalités déterminées par le Roi »<sup>1063</sup>. L'arrêté royal du 9 août 1991<sup>1064</sup> précise à cet égard que

« tout tiers prétendant droit sur l'une des choses dont la confiscation a été prononcée [sur pied de l'article 43*bis* C.P.] pourra porter sa prétention devant le juge compétent » (art. 3)

et ce dans un délai de nonante de jours « à compter du jour où la condamnation emportant confiscation sera passée en force de chose jugée » (art. 1).

**647.** Le droit d'intervention des tiers à la procédure est également expressément prévu à l'article XV.130 du Code de droit économique, qui dispose que

« lorsque l'objet de l'action en confiscation est la propriété d'un tiers, ce tiers est appelé à la cause et, si aucune preuve de sa mauvaise foi n'est apportée, la confiscation n'est pas prononcée ou est annulée ».

Suivant la même logique que celle de l'article 43*bis* C.P., l'article 45 de la loi du 22 décembre 2009 relative au régime général d'accise<sup>1065</sup> prévoit que

« la restitution des biens confisqués est accordée à la personne qui était propriétaire des biens au moment de la saisie et qui démontre qu'elle est étrangère à l'infraction ».

De plus, après que la Cour constitutionnelle a estimé qu'ils étaient contraires au droit de propriété en ce qu'ils ne permettaient pas au propriétaire des choses susceptibles de confiscation de démontrer qu'il était étranger à la commission de l'infraction<sup>1066</sup>, les articles 221 et 222 de la loi générale sur les douanes et accises ont été modifiés et disposent aujourd'hui, que le propriétaire des marchandises (au moment où elles sont saisies) importées ou exportées en fraude des droits du Trésor et des moyens de transports utilisés pour commettre cette fraude

---

<sup>1061</sup> Il s'agit des articles 382*ter*, 433*novies*, 433*novies*/11, 433*terdecies* et 505.

<sup>1062</sup> Il s'agit des articles 123*quinquies*, 135*bis*, 302, 457 et 503.

<sup>1063</sup> La Cour de cassation a indiqué à cet égard qu'« après que la condamnation emportant la confiscation est passée en force de chose jugée, le tiers prétendant droit sur un avantage patrimonial confisqué en vertu des articles 42, 3°, et 505, alinéa 1er, 3°, du Code pénal, et attribué à la partie civile conformément à l'article 43*bis*, alinéa 3, du même code, peut faire valoir ses droits en formant, en vertu du droit commun, une demande à cette fin devant le juge civil » (Cass., 5 décembre 2012, P.12.1235.F.)

<sup>1064</sup> Arrêté royal du 9 août 1991 réglant le délai et les modalités du recours des tiers prétendant droit sur une chose confisquée, *M.B.*, 17 octobre 1991, p. 23190.

<sup>1065</sup> *M.B.*, 31 décembre 2009, p. 82713.

<sup>1066</sup> C. const., arrêt n° 162/2001 du 19 décembre 2001, B.5.3 et C. const., arrêt n° 38/2002 du 20 février 2002, B.27.3.

pourra obtenir leur restitution s'il démontre qu'il est étranger à la commission de l'infraction<sup>1067</sup>.

**648.** Le législateur est cependant également à d'autres occasions resté muet à propos des droits des tiers comme à l'article 4 § 6 de la loi du 24 février 1921 ou à l'article 8 de la loi 8 juin 2006.

**649.** En dépit du manque de clarté de la loi en la matière, la Cour de cassation a depuis de nombreuses années déjà<sup>1068</sup>, une position claire sur le droit des tiers d'intervenir dans la procédure pouvant conduire à la confiscation d'un bien n'appartenant pas à l'auteur de l'infraction. Son raisonnement exposé dans un arrêt du 31 juillet 1995<sup>1069</sup> mérite d'être reproduit ici :

« Attendu que, sauf dérogation résultant d'une loi spéciale, les dispositions du Code judiciaire relatives à l'intervention ne sont pas applicables aux juridictions répressives ; que le Code d'instruction criminelle et les lois relatives à la procédure pénale précisent quelles sont les parties qui peuvent porter une demande et contre lesquelles une demande peut être portée devant ces juridictions ;

Qu'il s'en déduit que l'intervention volontaire ou forcée d'un tiers devant le juge pénal n'est recevable qu'à la condition qu'une loi particulière le prévoie expressément ou qu'en vertu de la loi, ce juge soit autorisé exceptionnellement à prononcer une condamnation, une sanction ou une autre mesure à charge d'un tiers qui, en ce cas, doit être admis à comparaître dans l'instance ou peut y être appelé ;

Attendu qu'en l'espèce, en vertu de l'article 42, 3<sup>o</sup>, du Code pénal, le juge est autorisé à confisquer les avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, aux biens et valeurs qui leur ont été substitués et aux revenus de ces avantages investis ;

Qu'il s'ensuit qu'en présence d'une loi autorisant exceptionnellement le juge à prononcer une mesure de confiscation à charge d'un tiers, les juges d'appel se sont légalement déclarés compétents pour connaître de l'action en intervention volontaire du quatrième défendeur ;

Que les dispositions de l'article 43bis du Code pénal, selon lesquelles tout tiers prétendant droit sur la chose confisquée pourra faire valoir ce droit dans un délai et selon les modalités déterminées par le Roi, et l'arrêté royal du 9 août 1991 réglant le délai et les modalités du recours des tiers prétendant droit sur une chose confisquée, ne sont pas incompatibles avec l'action en intervention volontaire du quatrième défendeur devant les juges d'appel, dès lors que le recours des tiers prétendant droit sur une chose confisquée ne peut s'exercer que lorsque la condamnation emportant confiscation sera passée en force de chose jugée ».

---

<sup>1067</sup> Cette modification est intervenue grâce à la loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses (*M.B.*, 28 juillet 2005, p. 33411). *Voy. Doc. parl.*, Ch., 2004-2005, doc. 51-1811/001.

<sup>1068</sup> Cass., 24 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 123, conclusions conformes du premier avocat général Hayoit de Termicourt, Cass., 31 juillet 1995, RG n° P.95.0807.F, *Pas.*, 1995, I, p. 733, *R. Cass.*, 1996, p. 140, obs. VAN CAENEGEM, P. et *J.L.M.B.*, 1996, p. 578, obs. KLEES, O. et MONVILLE, P. (il est aussi disponible sur [www.juridat.be](http://www.juridat.be)); Cass., 7 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 688 ; Cass., 14 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 416 ; Cass., 18 juin 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 1137 *Voy. également à cet égard, BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch.*, « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », *op. cit.*, p. 44 et références citées en note 190 ; DE NAUW, A., « De voordeelsontneming van zaken van derden », *R.W.*, 1995-1996, p. 1371 ; KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 399 (références en note 2406) ; LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 90.

<sup>1069</sup> Cass. 31 juillet 1995, P.95.0807.F.

**650.** Suivant les enseignements de la Cour de cassation, le tiers doit donc pouvoir intervenir dans la procédure et éventuellement exercer des voies de recours contre la décision de confiscation spéciale d'un bien sur lequel il dispose d'un droit, dans deux hypothèses : une loi particulière le prévoit expressément ou la loi autorise exceptionnellement le juge à prononcer une condamnation, une sanction ou une autre mesure à sa charge.

**651.** Comme nous l'avons relevé ci-dessus, la confiscation est cependant en réalité prononcée à charge du condamné et non du tiers, sans quoi le principe de la personnalité des peines serait violé. Plus récemment, sans plus faire mention d'une confiscation éventuelle à charge du tiers, la Cour de cassation a dès lors opportunément affirmé à propos du régime de confiscation de l'objet de l'infraction de blanchiment, que

« pour faire valoir ses droits sur des biens susceptibles de confiscation et démontrer la légalité de sa possession de ces biens, un tiers peut intervenir à tout stade de la procédure et exercer, qu'il soit ou non déjà partie au procès, des voies de recours contre la décision confisquant un bien sur lequel il a un titre »<sup>1070</sup>.

Le droit du tiers d'intervenir à la procédure découle donc de celui de faire valoir ses prétentions sur les biens susceptibles de confiscation, ce qui rejoint la position exprimée par la Cour constitutionnelle dans plusieurs décisions comme nous le verrons ci-dessous.

**652.** Relevons encore que selon la Cour de cassation, le tiers doit avoir la possibilité d'intervenir ou d'exercer des voies de recours dans la procédure de confiscation, ainsi que de solliciter la restitution du bien confisqué, mais ne doit pas l'avoir effectivement fait pour que la procédure de confiscation respecte son droit de propriété<sup>1071</sup>.

**653.** Il découle de ce qui précède que lorsqu'un bien est susceptible d'être confisqué à charge de la personne poursuivie, les tiers intéressés peuvent intervenir à la cause et, le cas échéant, exercer des recours contre la décision de confiscation. Pour être en mesure de le faire le tiers doit néanmoins nécessairement avoir connaissance de l'existence de la procédure pénale qui « menace » son bien.

**654.** L'article 5<sup>ter</sup> du titre préliminaire du Code de procédure pénale prévoit à cette fin que toute personne étrangère à la commission de l'infraction – tout « tiers » – qui

« peut suivant les indications fournies par la procédure et en vertu de sa possession légitime faire valoir des droits sur les avantages patrimoniaux visés aux articles 42, 3°, 43<sup>bis</sup> et 43<sup>quater</sup> du Code pénal ou qui peut faire valoir des droits sur les choses visées à l'article 42, 1, ou sur les choses visées à l'article 505 du Code pénal, est informé de la fixation de l'audience devant la juridiction qui jugera sur le fond de l'affaire »,

afin d'y exposer ses arguments<sup>1072</sup>. Ce droit d'être informé de l'existence de la procédure de confiscation est le préalable à l'exercice effectif par les « tiers intéressés »<sup>1073</sup> de leurs droits de

---

<sup>1070</sup> Cass., 15 décembre 2015, P.15.1142.N. Voy. également de manière moins claire toutefois Cass., 5 décembre 2012, P.12.1235.F.

<sup>1071</sup> Cass., 5 décembre 2012, P.12.1235.F.

<sup>1072</sup> Sur cette disposition voy. KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 399.

<sup>1073</sup> La Cour constitutionnelle les qualifie ainsi, voy. C. const., arrêt n° 65/2014 du 3 avril 2014, B.9.

la défense<sup>1074</sup>. Sans être avertis de la date de l'audience, on n'aperçoit en effet pas comment les tiers pourraient intervenir à la cause et y exposer leurs prétentions, comme ils en ont le droit.

**655.** L'article 2 de l'arrêté royal du 9 août 1991 qui impose au greffier, lorsqu'une décision de confiscation prononcée en vertu de l'article 43*bis* du Code pénal est passée en force de chose jugée, d'aviser les personnes qui avaient fait opposition à la restitution du bien faisant l'objet de la décision de confiscation ainsi que « toutes les autres personnes qui lui sont indiquées par le ministère public comme pouvant, suivant les indications fournies par la procédure, prétendre des droits sur l'une de ces choses » vise également à garantir aux tiers la possibilité de faire valoir leurs droits sur la chose confisquée.

**656.** Le champ d'application limité de ces deux dispositions ne permet cependant pas de garantir à tous les tiers intéressés<sup>1075</sup>, la possibilité de faire valoir leurs prétentions devant le juge compétent. L'article 5*ter* du Titre préliminaire du Code de procédure pénale et l'article 2 de l'arrêté royal du 9 août 1991 constituent en réalité selon nous des expressions du droit plus large dont doit disposer toute personne étrangère à la commission d'une infraction – c'est-à-dire tout « tiers » – qui peut prétendre disposer d'un droit sur une chose, d'être informée d'une part de la fixation de l'audience devant la juridiction de fond qui pourrait en prononcer la confiscation, et d'autre part de la confiscation passée en force de chose jugée de ladite chose, afin de pouvoir faire valoir ses prétentions. Ce droit devrait être garanti non seulement dans le cadre de la confiscation fondée sur les articles 42, 1<sup>o</sup>, 42, 3<sup>o</sup>, 43*bis*, 43*quater* ou 505 du Code pénal mais encore plus largement dès qu'une confiscation spéciale est susceptible d'être ordonnée ou est ordonnée sur un bien qui n'appartient pas au condamné.

**657.** Reconnaître de manière transversale un tel droit d'information aux tiers nous paraît nécessaire afin que leur droit à un procès équitable et leur droit à la propriété privée, ainsi que le droit que leur reconnaît l'article 8.9 de la directive 2014/42/UE<sup>1076</sup>, soient effectivement garantis. En l'état actuel du droit, l'article 5*ter* du titre préliminaire du code de procédure pénale ne doit en effet être mis en œuvre que dans l'hypothèse où une chose pourrait être confisquée sur pied de l'un des articles qui y est cité. La procédure prévue par l'arrêté royal du 9 août 1991 ne peut par ailleurs mobilisée que si la confiscation devenue définitive est prononcée sur pied de l'article 43*bis* du Code pénal<sup>1077</sup>. Il en est de même des mécanismes prévus aux articles 221 et 222 de la LGDA, à l'article 45 de la loi générale sur les accises ou de l'article XV.130 du Code de droit économique qui ne s'appliquent que dans des procédures spécifiques de confiscation. Sans intervention législative, en cas de confiscation spéciale n'entrant pas dans le champ d'application d'une de ces procédures de restitution, la seule voie nous semble être une action civile contre l'Etat basée sur le droit dont le tiers prétend disposer sur la chose confisquée

---

<sup>1074</sup> Il incombera ensuite au juge du fond de déterminer si les prétentions du tiers sont fondées ou non, de sorte qu'au moment de la mise en œuvre de l'article 5*ter*, le ministère public doit informer tous les tiers qui peuvent faire valoir des droits sur les biens susceptibles de confiscation sans, à notre sens, pouvoir renoncer à en informer certains en préjugant du caractère mal fondé de leurs prétentions éventuelles.

<sup>1075</sup> Notamment ceux qui sont susceptibles de subir les effets de la confiscation fondée sur l'article 8 de la loi du 8 juin 2006 et sur l'article 4 § 6 de la loi sur les stupéfiants comme la Cour constitutionnelle l'a mis en évidence (C.const., arrêt n° 99/2018 du 19 juillet 2018, B.14. et C. const., arrêt n° 65/2014 du 3 avril 2014, B.9).

<sup>1076</sup> Voy. précédemment I, A, 2, c, (3), (b).

<sup>1077</sup> Not. C.const., arrêt n° 99/2018 du 19 juillet 2018, B.13.3 et C. const., arrêt n° 65/2014 du 3 avril 2014, B.8.3.

en vue d'en obtenir la restitution ou d'être indemnisé du préjudice subi du fait de sa confiscation<sup>1078</sup>.

**658.** Le droit interne n'est au vu de ces éléments que partiellement conforme à la directive 2014/42/UE quant aux droits des tiers.

(iii) *Le tiers doit prétendre disposer d'un droit réel sur la chose*

**659.** La directive 2014/42/UE consacre le droit des tiers d'invoquer « leur titre de propriété ou d'autres droits de propriété » (art. 8.9).

**660.** Il ressort de l'analyse de M. KUTY qu'en droit interne, le tiers peut plus précisément<sup>1079</sup> invoquer le bénéfice de tout droit réel principal (propriété, usufruit, usage, ...) ou accessoire, c'est-à-dire de sûretés réelles garantissant une créance et assorties d'un droit de suite (hypothèque, nantissement notamment), mais non une simple détention sur le bien en cause<sup>1080</sup> ou un droit personnel de créance dépourvu de sûreté réelle<sup>1081</sup>. Ce droit peut avoir été acquis avant la commission de l'infraction auprès du propriétaire légitime de la chose, ou après pour autant que le tiers ait pu raisonnablement ignorer que ledit droit n'a pu lui être concédé qu'à la suite de la commission d'une infraction<sup>1082</sup>.

(iv) *Le tiers doit également être de bonne foi*

**661.** Dans ses arrêts n° 99/2018 et n° 65/2014 précités la Cour constitutionnelle affirme que le principe de la personnalité des peines s'oppose à ce qu'un tiers innocent ou de bonne foi puisse faire l'objet d'une sanction, même si elle est formellement prononcée à l'égard du condamné<sup>1083</sup>. Elle y juge également que le droit au respect de la propriété privée implique que le tiers de bonne foi puisse obtenir la restitution du bien confisqué qui lui appartient. Dans deux arrêts plus anciens rendus à titre préjudiciel relativement à des dispositions de la loi générale sur les douanes et accises, la Cour s'était interrogée sur la compatibilité de la confiscation de marchandises transportées en fraude des droits du Trésor et des moyens de transport utilisés à cette fin ou destinés à l'être, indépendamment du fait qu'ils appartiennent ou non à l'auteur de

---

<sup>1078</sup> En ce sens, Anvers, 20 juillet 2004, *T. Strafr.*, 2005, liv. 1, p. 56 note ROZIE, J. Voy. également Anvers, 16 décembre 2015, *T. Strafr.* 2017, liv. 1, p. 50, note VERMEULEN, E. La Cour d'appel indique qu'un nouveau régime est nécessaire et qu'elle ne peut appliquer par analogie celui de l'article 43bis C.P. Ce faisant elle n'écarte néanmoins pas un recours civil qui ne soit pas fondé par analogie sur la procédure spécifique découlant de l'article 43bis C.P. comme c'était le cas dans l'affaire qui lui était soumise.

<sup>1079</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 375 et s.

<sup>1080</sup> *Ibid.*, p. 376.

<sup>1081</sup> *Ibid.*, pp. 379-381, voy. spécialement la controverse sur le droit du créancier qui ne dispose pas d'une sûreté réelle assortie du droit de suite mais qui a diligenté une procédure de saisie conservatoire ou exécutoire non encore aboutie lors de la condamnation de l'agent à la peine de confiscation spéciale (n° 2571).

<sup>1082</sup> *Ibid.*, p. 379. Voy. également *infra* sur cette question.

<sup>1083</sup> Voy. également l'arrêt n° 73/2010 du 23 juin 2010, dans lequel la Cour répond négativement à la question préjudicielle qui lui avait été posée relativement à l'inconstitutionnalité éventuelle de l'article 433terdecies, alinéa 2, en ce « qu'il rend obligatoire la confiscation de l'immeuble ou du meuble, ce même s'il appartient à un tiers de bonne foi, sans permettre au magistrat siégeant au fond d'ordonner la restitution de ce meuble ou de cet immeuble ». Elle jugea en effet, à la lumière des travaux parlementaires et de questions parlementaires, que cette disposition n'imposait pas la confiscation de l'immeuble ou du meuble appartenant à un tiers de bonne foi, de sorte que la question préjudicielle se fondait sur une lecture erronée de la disposition en cause.

la fraude<sup>1084</sup>. Bien que la question de la bonne foi du propriétaire fût invoquée dans l'une des questions préjudicielles<sup>1085</sup>, la Cour s'est limitée à considérer que l'impossibilité pour le propriétaire de pouvoir établir son « innocence » en vue de préserver ses droits sur les choses en cause portait atteinte à son droit de propriété. Notons que dans toutes les affaires soumises à la Cour, le tiers disposait d'un droit né antérieurement à la commission de l'infraction, de sorte que la problématique d'une éventuelle acquisition postérieure à la commission de l'infraction du bien susceptible de confiscation ne se posait pas<sup>1086</sup>.

**662.** Ces décisions font échos à la jurisprudence de la Cour EDH relativement à l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel à la CEDH, rappelée par la Cour constitutionnelle dans un arrêt n° 12/2017<sup>1087</sup> en ces termes :

« B.8. La confiscation d'un bien ordonnée par un tribunal constitue une ingérence dans la jouissance du droit de son propriétaire au respect de ses biens (CEDH, décision, 12 mai 2009, *Tas c. Belgique*).

Lorsqu'une telle confiscation frappant un bien qui a fait l'objet d'un usage illégal, a pour but d'éviter que ce bien soit utilisé pour commettre d'autres infractions au préjudice de la

---

<sup>1084</sup> C. const., arrêt n° 162/2001 du 19 décembre 2001, et C. const., arrêt n° 38/2002 du 20 février 2002. De manière assez surprenante, dans l'affaire 38/2002 où la Cour déclare l'article 221 LGDA non conforme au droit de propriété, c'était en réalité l'article 222 qui paraissait davantage en question étant donné que le tiers impliqué était propriétaire du camion ayant servi à commettre la fraude et non des marchandises transportées frauduleusement. La question préjudicielle visait toutefois les articles 220, 221 et 224 de la LGDA mais non l'article 222, implicitement en cause toutefois selon la Cour par le renvoi y effectué par l'article 224.

<sup>1085</sup> Arrêt n° 162/2001 du 19 décembre 2001.

<sup>1086</sup> Lorsqu'il a modifié les dispositions la LGDA en vue de se conformer aux arrêts de la Cour, le législateur a cependant expressément considéré que les marchandises devaient être restituées à la personne innocente qui en était propriétaire au moment de la commission de l'infraction (art. 221, § 4 LGDA). Le projet de loi indique à cet égard de manière pertinente : « La situation ne peut pas être appréciée autrement qu'au moment de la saisie, qui en pratique coïncide avec la constatation des faits délictueux, dans la plupart des cas en flagrant délit. C'est à la personne qui est propriétaire des biens à ce moment que l'occasion de démontrer qu'elle est étrangère à l'infraction doit être offerte. Le fait d'étendre cette possibilité aux personnes qui après la saisie acquerraient la propriété, n'octroierait aucun avantage supplémentaire au propriétaire de bonne foi au moment de la saisie, étant donné que ce dernier est autorisé à tout moment à démontrer qu'il est étranger à l'infraction, et peut ainsi obtenir la restitution des biens et les livrer à son tour au nouveau propriétaire. Cette extension aurait cependant bien pour conséquence d'offrir au propriétaire qui est impliqué dans la fraude la possibilité d'échapper à la confiscation des biens, en revendant le bien après la saisie. La vente sur document commercial, par exemple sur connaissance, est une pratique commerciale courante et fréquente à l'heure actuelle. Le nouveau propriétaire, même s'il sait déjà que les biens qu'il achète ont été saisis, invoquera qu'il est étranger à l'infraction commise antérieurement par son vendeur. Par la mise en place de ce type de construction, et en l'absence de limitation concernant la possibilité de restitution à la personne qui est le propriétaire du bien au moment de la saisie et qui à ce moment est étranger à l'infraction, on viderait complètement la portée de la saisie et la confiscation de l'article 221 et compromettrait les droits du Trésor et la protection du public contre des biens prohibés ou soumis à des mesures de contrôle. La confiscation est une perte de propriété définitive, qui est prononcée par le tribunal et qui découle immédiatement des dispositions de la loi. La possession des biens est transférée à compter du jour de l'infraction. Si l'auteur des faits, qui est également propriétaire des biens saisis, les vendait après la saisie et que le tribunal prononçait la confiscation, il en résulterait qu'aussi bien le Trésor (transmission de la propriété au jour de l'infraction) que l'acquéreur postérieur seraient propriétaires des biens. Pour éviter que la mesure pertinente de confiscation de l'article 221 soit contournée et vidée de sa substance par ceux qui ont commis l'infraction ou y ont participé, et pour éviter les contestations ultérieures concernant le droit de propriété, la possibilité de démontrer que le propriétaire est étranger à l'infraction doit rester limitée à la situation de fait au moment de la commission de l'infraction et la saisie » (*Doc. parl.*, Ch., 2004-2005, doc. 51-1811/001, pp. 13-14, nous soulignons). Selon le législateur (*Ibid.*, p. 14), les mêmes observations valent en matière de moyen de transports, sans toutefois que la condition de propriété au moment de la commission de l'infraction n'ait été expressément reproduite (art. 222, § 4 LGDA).

<sup>1087</sup> C. const., arrêt n° 12/2017 du 9 février 2017.

collectivité, elle relève de la réglementation de l'usage des biens conformément à l'intérêt général au sens du deuxième alinéa de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 26 février 2009, *Grifhorst c. France*, § 85 ; décision, 12 mai 2009, *Tas c. Belgique*).

B.9. Une telle réglementation doit être prévue par la loi et poursuivre un ou plusieurs buts légitimes (CEDH, décision, 12 mai 2009, *Tas c. Belgique*).

Une réglementation de l'usage des biens conforme à l'intérêt général doit aussi ménager un "juste équilibre" entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu : il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. L'Etat dispose d'une large marge d'appréciation tant pour choisir les modalités de mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause (CEDH, 26 février 2009, *Grifhorst c. France*, § 94 ; décision, 12 mai 2009, *Tas c. Belgique*; grande chambre, 26 juin 2012, *Herrmann c. Allemagne*, § 74).

Parmi les éléments à prendre en compte pour apprécier ce « juste équilibre » à propos de la confiscation frappant un bien qui a fait l'objet d'un usage illégal figurent l'attitude du propriétaire de ce bien et la procédure suivie (CEDH, décision, 12 mai 2009, *Tas c. Belgique* ; 13 octobre 2015, *Ünspeđ Paket Servisi SaN. Ve TiC. A.Ş. c. Bulgarie*, § 38) ».

**663.** La confiscation spéciale ne peut ainsi être ordonnée sans avoir égard à l'éventuelle « innocence » de la personne qui est titulaire d'un droit réel principal ou accessoire sur la chose visée, ainsi plus largement qu'au « rapport entre sa conduite et l'infraction qui a eu lieu ».

**664.** Il est évident que cet examen aura lieu relativement à l'auteur de l'infraction, appelé à s'expliquer tant sur sa culpabilité que sur la confiscation éventuelle de ses biens. Dans ce cadre, il sera également tenu compte du caractère (dis)proportionné d'une confiscation éventuelle future<sup>1088</sup>. Aucune question ne se pose par ailleurs à cet égard en ce qui concerne la victime de l'infraction qui est par essence innocente, de sorte que l'intérêt général tend également à la restitution des biens qui lui appartiennent ou à l'attribution des biens ou des valeurs substitués par le condamné à des choses lui appartenant ou en constituant l'équivalent (art. 43*bis* et 44 C.P.). En ce qui concerne les autres tiers, bien que la loi ne soit pas très précise sur les qualités qu'ils doivent présenter pour que leur droit sur la chose prime sur le droit de l'Etat d'en obtenir la confiscation<sup>1089</sup>, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle montre qu'ils doivent être « innocents » ou « de bonne foi »<sup>1090</sup>, notions que la Cour utilise comme des synonymes<sup>1091</sup>.

**665.** La deuxième chambre francophone de la Cour de cassation a jugé en ce sens le 23 janvier 2013 que la confiscation spéciale de l'objet de l'infraction prévue à l'article

---

<sup>1088</sup> Voy. les articles 43, 43*bis*, 43*quater* et 505 du Code pénal.

<sup>1089</sup> Les articles 43*bis*, al. 4 et 43*quater*, § 4 C.P. ainsi que 5*ter* du titre préliminaire du code de procédure pénale visent les « tiers » mais ne sont en effet pas unanimes sur les « tiers » dont les droits sur la chose susceptible de confiscation doivent être garantis. Le premier parle de « tiers prétendant droit sur la chose confisquée », le second de « tiers de bonne foi » et le troisième de tiers pouvant invoquer « sa possession légitime ». Dans certains régimes spécifiques de confiscation, le législateur n'a d'ailleurs pas défini plus amplement la qualité du tiers dont les droits devaient être préservés en cas de confiscation de biens n'appartenant pas au condamné (not. arts. 382*ter*, 433*novies*, 433*terdecies* et 505, al. 3 C.P.). Il en est de même à l'article 2 de l'arrêt royal du 9 août 1991.

<sup>1090</sup> Not. KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 374 et LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 93.

<sup>1091</sup> Voy. notamment en ce sens les paragraphes B.7.3 de l'arrêt n° 65/2014 et B.12.3 de l'arrêt n° 99/2018 précités.



433terdecies, alinéa 2 C.P. pouvait certes porter sur un bien n'appartenant pas au condamné mais que :

« Conforme à l'article 1er du Protocole précité, cette disposition implique qu'une telle confiscation ne peut être imposée lorsqu'elle vise un bien qui est la propriété d'un tiers de bonne foi »<sup>1092</sup>.

**666.** Dans un arrêt ultérieur du 4 mars 2014<sup>1093</sup>, rendu par la 2<sup>ème</sup> chambre néerlandophone de la Cour cette fois, elle juge à propos de l'article 505, al. 3 (ancien) C.P. qu'il

« ne requiert pas que les biens à confisquer figurent au patrimoine du condamné, mais admet uniquement que des tiers, à savoir des personnes n'ayant pas été condamnées du chef de l'infraction de blanchiment ou de l'infraction sous-jacente, puissent faire valoir leurs droits sur ces choses en vertu de leur possession légitime ».

La Cour précise à cette occasion que

« le juge apprécie souverainement en fait le caractère légitime de la possession dont se prévalent des tiers sur ces biens »,

et

« peut, en outre, tenir compte de toutes les circonstances en présence, telle que la légitimité de la prétendue possession et la bonne foi du tiers qui fait valoir ses droits sur ces biens ou dont les droits sont exercés sur ceux-ci ».

Elle affirme encore que

« cette bonne foi est attestée si ce tiers peut se fier à la régularité de la nature et de l'origine des biens ».

**667.** Un arrêt du 15 décembre 2015, rendu par la même chambre va également en ce sens en indiquant que la possession légitime

« peut notamment découler de la bonne foi de ces tiers, lorsqu'ils peuvent croire à la légalité de la nature et de l'origine des biens »<sup>1094</sup>.

**668.** Cette jurisprudence s'inscrit en réalité dans le prolongement de l'arrêt du 29 mai 2001, également rendu par la 2<sup>ème</sup> chambre néerlandophone de la Cour, et qui juge que :

« Attendu qu'aux termes de l'article 42, 3°, du Code pénal, la confiscation spéciale s'applique aux avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, aux biens et valeurs qui leur ont été substitués et aux revenus de ces avantages investis ; que, contrairement aux cas prévus par l'article 42, 1°, du Code pénal, cette disposition ne subordonne pas cette confiscation spéciale à la condition que la propriété appartienne au condamné ; qu'en vertu de l'article 43bis, alinéa 1er, du Code pénal, la confiscation spéciale s'appliquant aux choses visées au 3° de l'article 42, du Code pénal, pourra toujours être prononcée par le juge ; qu'ainsi, en raison de leur origine délictueuse, ces choses peuvent être confisquées sans qu'elles doivent pour cela appartenir à la

---

<sup>1092</sup> Cass., 23 janvier 2013, P.12.1448.F. La Cour juge ensuite que la qualité de tiers de bonne foi ne peut être reconnue à la demanderesse en cassation étant donné qu'elle a été condamnée pour avoir commis l'infraction sur base de laquelle la confiscation spéciale contestée a été ordonnée et ce, en dépit de fait que ladite confiscation a été ordonnée par un jugement passé en force de jugée rendu sur opposition à l'encontre d'un coprévenu sans qu'elle ne soit elle-même partie à la procédure.

<sup>1093</sup> Cass., 4 mars 2014, P.13.1852.N publié également dans *R.W.*, 2015-2016, p. 690, obs. VAN DEN STEEN, L.

<sup>1094</sup> Cass. 15 décembre 2015, P.15.1142.N.

personne condamnée et sans préjudice des droits que les tiers peuvent faire valoir sur ces choses en vertu de leur possession légitime ».

**669.** Il découle de ces arrêts que les droits dont disposent les tiers sur une chose susceptible d'être confisquée ou saisie ne doivent être garantis que s'ils sont de bonne foi ou, suivant la terminologie retenue par la deuxième chambre néerlandophone de la Cour de cassation, s'ils peuvent se prévaloir d'une possession légitime. Avant de préciser les critères sur base desquels le juge du fond appréciera en fait la bonne foi ou le caractère légitime la possession du tiers, il nous paraît utile de clarifier la portée de l'utilisation de ces concepts *a priori* distincts.

**670.** Après avoir rappelé que le législateur renvoyait également tantôt à la « possession légitime » du tiers (5<sup>ter</sup> du titre préliminaire du code de procédure pénale), tantôt à sa « bonne foi » (43<sup>quater</sup> C.P.) pour lui reconnaître des droits, F. KUTY soutient qu'il semble en réalité s'attacher à l'état d'esprit du tiers lorsqu'il évoque sa bonne foi et à la légalité de son intervention lorsqu'il évoque sa possession légitime<sup>1095</sup>. Le législateur rejoint donc l'arrêt précité du 4 mars 2014, à l'occasion duquel la Cour de cassation évoque parmi les éléments à prendre en compte par le juge du fond pour apprécier en fait le caractère légitime de la possession du tiers, la... « légitimité de la prétendue possession et la bonne foi du tiers », bonne foi qui est « attestée si ce tiers peut se fier à la régularité de la nature et de l'origine des biens ».

**671.** F. KUTY indique par ailleurs que

« le recours à la notion de possession légitime, à l'article 5<sup>ter</sup> du titre préliminaire du Code de procédure pénale, s'explique par la volonté de s'aligner sur la terminologie utilisée par la Cour de cassation en 2001<sup>1096</sup> lorsqu'elle restreint la faculté de confiscation des choses pour lesquelles la loi ne pose aucune condition de propriété dans le chef du condamné à l'hypothèse où aucun tiers ne fait valoir de droits en vertu de sa possession légitime de celles-ci »<sup>1097</sup>.

Il affirme néanmoins, en s'appuyant sur les travaux préparatoires des lois du 17 juillet 1990 et du 19 décembre 2002<sup>1098</sup> – dont il regrette le manque de cohérence – que les notions de bonne foi et de possession légitime doivent en réalité être considérées comme des synonymes<sup>1099</sup>.

---

<sup>1095</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 381-382.

<sup>1096</sup> Cass., 29 mai 2001, P.001434.N.

<sup>1097</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 382.

<sup>1098</sup> *Ibid.*, p. 382. M. KUTY se réfère au rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Projet de loi modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43<sup>bis</sup> dans ce même code, (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 1989-1990, n° 890/2, p. 27), à l'exposé des motifs du Projet de loi portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2001-2002, n° 1601/1, pp. 28-29), ainsi qu'à l'examen de certains amendements au Projet de loi portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale, (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2001-2002, n° 1601/4, p. 6).

<sup>1099</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2001-2002, n° 1601//6, pp. 36-37. Commentant l'arrêt du 29 mai 2001 de la Cour de cassation, sur base duquel il a été décidé de parler de possession légitime à l'article 5<sup>ter</sup> du titre préliminaire du Code pénal, le Gouvernement indique que « En bref, l'arrêt peut être résumé comme suit : en application des articles 42, 3°, et 43<sup>bis</sup> du Code pénal (qui ne posent pas de condition de propriété, contrairement à l'article 42, 1°, du Code pénal), le juge peut procéder à la confiscation de tous les avantages patrimoniaux provenant de l'infraction, sous réserve des droits que des tiers peuvent faire valoir sur ces choses en vertu de leur possession légitime.

Il convient de lire cet arrêt en parallèle avec les dispositions des articles 2279 et 2280 du Code civil, selon lesquelles en fait de meubles, la possession vaut titre. Des tiers peuvent donc s'opposer à la confiscation de biens qu'ils possèdent légitimement. Cette possession est plus amplement définie aux articles 2228 et 2235 du Code civil. L'article 2228 du Code civil prévoit que : « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un

**672.** Aussi, la notion de bonne foi et celle de légitime possession renvoient en réalité toutes deux à la notion civile de bonne foi en ce qui concerne l'état d'esprit du tiers<sup>1100</sup>. F. KUTY affirme à cet égard que :

« La possession légitime d'une chose susceptible de confiscation est subordonnée à deux conditions. La première consiste dans l'absence de commission de toute infraction par le tiers lors de l'entrée en possession de cette chose ou de l'octroi d'un droit réel principal ou accessoire sur celle-ci. La seconde réside dans la conviction, concomitante à la prise de possession, de la qualité de propriétaire de celui qui la lui a transférée ou de l'habilitation à lui conférer un droit réel déterminé sur celle-ci dans le chef de celui qui le lui a effectivement consenti. Ces conditions sont identiques à celles requises par l'article 2279 du Code civil. Le tiers n'est dès lors pas fondé à invoquer le caractère légitime de sa possession pour s'opposer à la confiscation de la chose qu'il possède ou sur laquelle il exerce un droit réel lorsqu'il avait connaissance, ou du moins avait un doute, lors de la prise de possession de celle-ci ou de l'obtention d'un droit réel principal ou accessoire sur celle-ci, de l'absence soit de qualité de propriétaire dans le chef de son auteur, soit d'habilitation dans le chef de la personne qui lui a concédé ce droit réel »<sup>1101</sup>.

**673.** Les prétentions du tiers sur un bien susceptible d'être confisqué ou confisqué devront par conséquent être examinées par le juge à l'aune du comportement du tiers, à la lumière de toutes les circonstances de l'espèce<sup>1102</sup>. Dans ce cadre, l'origine illicite des biens susceptibles de confiscation ne suffit pas à rejeter ses prétentions, sans quoi aucun tiers ne pourrait espérer obtenir gain de cause à propos de biens qui constituent, par exemple, en des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction qui ont tous par essence une telle origine<sup>1103</sup>. Cependant, si le tiers de bonne foi au sens de l'article 2279 du Code civil est nécessairement innocent sur le plan pénal,

« l'inverse n'est pas vrai. Le prévenu acquitté du chef d'une infraction pénale peut en effet être de mauvaise foi au sens civil du terme dès lors que la bonne foi du possesseur de la chose volée ou perdue qui l'a achetée dans les circonstances visées à l'article 2280 du Code civil exige qu'il ait eu la conviction que celui qui la lui a transmise en était le propriétaire. C'est ainsi que l'acquiescement du chef de recel n'implique pas nécessairement la possession de bonne foi au sens des articles 2279 et 2280 du Code civil, de même que le fait de ne pas être condamné du

---

droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ». En vertu des articles 2232 et 2233 du Code civil, ni les actes de pure faculté ou de simple tolérance (tels que la mise en dépôt, le commodat, le dépôt d'argent, le bail, etc.) ni les actes de violence ne peuvent apporter une possession utile. Lorsqu'une personne possède matériellement un bien meuble et que cette possession ne repose pas au moins *prima facie* sur un acte de faculté, de tolérance ou de violence, c'est la personne qui conteste cette possession – il s'agit en général dans ce contexte du ministère public – qui doit apporter la preuve de l'illégitimité de la possession (cf. article 2230 du Code civil).

En ce qui concerne les biens immeubles, aucun problème ne se pose bien entendu, vu la publicité hypothécaire. Conclusion : tout compte fait, dans l'arrêt en question, la Cour de cassation n'a pas élargi de manière substantielle les possibilités de confiscation à l'égard de tiers. La confiscation reste (naturellement) une peine personnelle qui ne peut être imposée qu'à l'auteur ou aux auteurs et non pas à des tiers. Actuellement, on attend toutefois de ces tiers qu'ils possèdent les biens de manière légitime, en d'autres termes, qu'ils soient de bonne foi. La Cour a précisé sa jurisprudence antérieure (interprétée de manière diverse) en ce qui concerne ce point et apporté un instrument efficace à la pratique judiciaire » (nous soulignons)

<sup>1100</sup> *Ibid.*, p. 383 et 387.

<sup>1101</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine*, op. cit., p. 388.

<sup>1102</sup> Voy. à cet égard également LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., op. cit., p. 93.

<sup>1103</sup> Cass., 4 mars 2014, P.13.1852.N. à propos des avantages patrimoniaux qui forment l'objet de l'infraction de blanchiment au sens de l'article 505 C.P.

chef de blanchiment d'un avantage patrimonial n'entraîne pas nécessairement sa possession légitime de celui-ci »<sup>1104</sup>.

En d'autres termes, bien que la bonne foi du tiers implique son innocence sur le plan pénal, l'innocence sur le plan pénal n'implique pas *de facto* la bonne foi<sup>1105</sup>.

**674.** Au vu de ce qui précède, tout tiers prétendant disposer d'un droit réel principal ou accessoire sur la chose susceptible de confiscation ou déjà définitivement confisquée peut faire valoir ses arguments devant le juge pénal ou le juge civil<sup>1106</sup>, mais qu'*in fine* seul le tiers de bonne foi – ou en d'autres termes qui peut se fonder sur une possession légitime, pourra faire obstacle à la confiscation spéciale de la chose en cause.

**675.** Suivant la terminologie de la Cour EDH à propos du droit au respect de la propriété privée, telle que rappelée par la Cour constitutionnelle, nous pouvons en conséquence affirmer qu'en droit belge, l'intérêt particulier d'une personne étrangère à la commission de l'infraction au respect de son droit sur la chose liée à la commission d'une infraction, ne peut surpasser l'intérêt général de l'Etat à sa confiscation que si cette personne est de de bonne foi. Pour déterminer si le tiers est de bonne foi, le juge devra avoir égard tant à son état d'esprit au moment de l'obtention de son droit qu'à la légalité de celui-ci, à la lumière des dispositions civiles relatives à la notion de bonne foi.

**676.** En pratique, le tiers qui prétend disposer d'un droit sur la chose susceptible de confiscation pourra faire obstacle à la confiscation devant le juge pénal, d'une part, en contestant l'infraction mise à charge du prévenu et le lien entre la chose et ladite infraction, et d'autre part, en invoquant son propre droit sur la chose et sa bonne foi. Il devra prouver l'existence de son droit ainsi que sa bonne foi<sup>1107</sup>, sauf disposition contraire<sup>1108</sup>. Pour déterminer s'il est effectivement de bonne foi, le juge devra examiner l'ensemble des circonstances de l'espèce et dans ce cadre avoir égard tant à la légalité de sa prise de possession de la chose ou de son droit sur la chose, qu'à son état d'esprit. Devant le juge civil, si la confiscation a déjà été définitivement ordonnée, il nous semble qu'il ne pourra plus invoquer que son droit sur la chose et sa bonne foi, le bienfondé de la condamnation ne pouvant plus être remis en cause.

(v) *Le caractère obligatoire d'une mesure de confiscation spéciale est-il compatible avec les droits des tiers ?*

**677.** Nous avons mis en évidence l'existence de plusieurs dispositions imposant au juge de prononcer la confiscation d'une chose quel qu'en soit le propriétaire. C'est le cas par exemple du patrimoine de l'organisation criminelle (art. 43*quater*, § 4 C.P.), de l'instrument de

---

<sup>1104</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 384-385 et références citées.

<sup>1105</sup> Cass., 4 mars 2014, P.13.1852.N publié également dans *R.W.*, 2015-2016, p. 690, obs. VAN DEN STEEN, L. et Cass., 15 décembre 2015, P.15.1142.N.

<sup>1106</sup> Not. Cass., 5 décembre 2012, P.12.1235.F/1.

<sup>1107</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 391. Voy. également les articles 221 et 222 de la LGDA ainsi que l'article 45 de la loi générale sur les accises qui indiquent expressément que le propriétaire doit démontrer qu'il est étranger à l'infraction.

<sup>1108</sup> L'article XV.130 du Code de droit économique présume ainsi la bonne foi du tiers en indiquant que si la preuve de sa mauvaise foi n'est pas rapportée, la confiscation ne sera pas prononcée ou sera annulée.

l'infraction en matière de stupéfiants conformément à l'article 4 § 6 de la loi du 24 février 1921, d'engins explosibles au sens de la loi du 28 mai 1956 ou d'armes prohibées au regard de la loi du 8 juin 2006.

**678.** La jurisprudence de la Cour constitutionnelle ne s'y oppose pas mais impose de s'interroger sur l'effet potentiellement disproportionné de la confiscation spéciale en cause au regard de l'objectif qu'elle poursuit<sup>1109</sup>.

**679.** Si la confiscation spéciale concernée ne poursuit pas un objectif répressif mais vise uniquement à protéger l'intérêt général en retirant de la circulation des biens dangereux ou illicites, nous apercevons néanmoins mal comment l'intérêt de l'Etat à confisquer pourrait être surpassé par celui du tiers, qui aura par ailleurs des difficultés à justifier son droit sur la chose et sa bonne foi vu la nature du bien. En revanche, lorsque la confiscation spéciale ne porte pas sur une chose dangereuse ou nuisible par nature et ne peut alors qu'avoir un objectif mixte, son caractère obligatoire en ce compris à l'égard des tiers paraît difficilement conciliable avec le principe de la personnalité des peines ainsi qu'avec le droit de propriété<sup>1110</sup>.

*(vi) Le tiers face à la destruction immédiate de biens saisis*

**680.** La destruction immédiate de biens saisis n'est pas qualifiée de mesure de confiscation spéciale en droit interne, en dépit du fait qu'elle conduise à la privation permanente d'un bien, en lien avec une infraction pénale, par décision d'une autorité judiciaire – mais non juridictionnelle. Elle sera ordonnée indépendamment du fait que la chose appartienne ou non à la personne faisant l'objet des poursuites. Nous estimons donc opportun d'examiner ici les droits des tiers en la matière.

**681.** Seul le dispositif général de destruction immédiate de biens saisis figurant à l'article 28<sup>novies</sup> C.I.Cr. traite en réalité de leurs droits<sup>1111</sup>. Il impose au procureur du Roi d'informer le « propriétaire légitime » de la chose de son intention d'en ordonner la destruction en l'invitant à en faire abandon (§ 1<sup>er</sup>). Sous réserve de l'abandon volontaire de la chose, le procureur du Roi devra ensuite communiquer sa décision de destructions à la personne à charge de qui la saisie a été pratiquée ainsi qu'aux personnes qui, suivant les indications fournies par la procédure, paraissent habilitées à faire valoir des droits sur les biens à détruire ou, le cas échéant, leur avocat (§ 7). Grâce à cette communication, ces personnes intéressées pourront introduire un recours contre la décision de destruction immédiate, recours qui ne sera néanmoins pas suspensif si la chose constitue un danger grave pour la sécurité ou la santé publique selon le procureur. Une indemnisation est également prévue dans l'hypothèse où après la destruction du bien, le procureur du Roi classe sans suite ou si la procédure pénale est clôturée définitivement par un acquittement basé sur le non-fondement de l'action publique, ou par un non-lieu pour cause d'absence de charges, dans la mesure où le bien aurait pu être remis en circulation de manière régulière (§ 8). Le montant de l'indemnité correspond à la valeur du bien détruit au moment de la destruction.

---

<sup>1109</sup> C. const., arrêt n° 99/2018 du 19 juillet 2018, B.11.2.

<sup>1110</sup> *Ibid.* ainsi que C. const., arrêt n° 12/2017 du 9 février 2017 et C. const., arrêt n° 65/2014 du 3 avril 2014.

<sup>1111</sup> *Voy. Doc. parl.*, Ch., session 2013-2014, doc. 53-3149/001, p. 15 et s.

**682.** Ce dispositif offre donc au « propriétaire légitime » et aux personnes qui « paraissent habilitées à faire valoir des droits sur les biens à détruire » la possibilité d'intervenir à la procédure pour sauvegarder leurs intérêts. Ils ne pourront néanmoins pas en obtenir la restitution par ce biais, l'article 28*novies* ne traitant que de la faculté de destruction dont dispose le procureur du Roi. Dans cette mesure, si leur bonne foi n'entre pas en ligne de compte pour l'exercice de leur recours, le droit d'indemnisation n'est reconnu qu'au propriétaire légitime en l'absence d'infraction. L'absence de condamnation pour une raison autre que le non-fondement de l'action publique, comme la prescription, ne pourra ainsi pas conduire à une indemnisation.

**683.** Il est à notre estime peu opportun d'avoir prévu que la destruction pourrait avoir lieu pour certains biens en dépit de l'introduction d'un recours, ce qui ne permet en réalité pas à la personne intéressée de contester utilement la position adoptée par le ministère public. Il faut par ailleurs constater que si le bien relève de l'une des catégories visées par l'article 28*novies*, la personne intéressée ne pourra pas faire obstacle à sa destruction. Le législateur a en effet considéré que l'intérêt public à détruire et donc *de facto* à confisquer surpassait nécessairement l'intérêt du propriétaire au respect de son droit sur la chose. Cette prise de position ne nous paraît pas contraire à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relativement au droit de propriété lorsqu'il s'agit d'un bien dangereux ou illicite par nature. C'est en revanche plus discutable dans les hypothèses où seul le coût de conservation du bien est en cause. Le droit d'indemnisation prévu par le législateur tend certes à préserver l'équilibre entre intérêt général et intérêt privé, mais l'exigence d'un constat clair d'absence d'infraction peut en pratique susciter des difficultés, comme la Section de législation du Conseil d'Etat l'avait d'ailleurs soulevé<sup>1112</sup>.

**684.** Enfin, les autres dispositifs de destruction immédiate de biens saisis ne prévoyant pas de garanties semblables à celles figurant à l'article 28*novies* paraissent difficilement conciliables avec le droit de propriété ainsi le cas échéant qu'avec le principe de la personnalité des peines s'il devait être considéré qu'ils poursuivent en réalité un objectif répressif.

(vii) *Un nouveau critère d'appréciation des droits des tiers est-il nécessaire ?*

**685.** Il découle de l'ensemble de ces développements que lorsqu'une mesure de confiscation spéciale est susceptible d'être prononcée,

- la personne étrangère à la commission de l'infraction qui prétend disposer d'un droit réel principal ou accessoire sur le bien visé
  - o doit pouvoir intervenir à la procédure pouvant conduire à la confiscation ou, si elle ne l'a pas fait, solliciter la restitution du bien ;
  - o doit être informée de l'existence d'une telle procédure et le cas échéant de la confiscation du bien afin de pouvoir mettre en œuvre son droit d'intervenir ou de solliciter la restitution du bien ;

---

<sup>1112</sup> Voy. *supra* I, A, 3, c, (3).

- la confiscation du bien ne doit pas être ordonnée ou le bien confisqué être restitué à la personne étrangère à la commission de l'infraction qui dispose d'un droit réel ou accessoire sur la chose et est de bonne foi, qualité qu'elle devra en principe démontrer, sous réserve de l'éventuelle dangerosité ou illicéité intrinsèque du bien qui entraîneront en principe sa confiscation, voire sa destruction immédiate, comme mesure de sûreté ;
- la bonne foi ou la possession légitime du tiers sera examinée à la lumière des circonstances de l'espèce par le juge, suivant les conditions civiles de la bonne foi, en ayant égard tant à la légitimité de la possession invoquée par le tiers ainsi qu'au fait qu'il pouvait ou non se fier à régularité de la nature et de l'origine du bien ;
- vu ses effets semblables à une confiscation spéciale, toute procédure de destruction immédiate des biens saisis devrait également à tout le moins permettre aux tiers prétendant disposer d'un droit sur la chose de s'opposer à sa destruction et d'obtenir une indemnisation en cas de destruction si aucune infraction n'avait en réalité été commise.

**686.** Comme nous l'avons déjà souligné, le législateur n'a pas nécessairement prévu de telles garanties dans tous les régimes de confiscation spéciale susceptibles de toucher des biens n'appartenant pas au condamné. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs déjà jugé certains de ces régimes contraires aux droits de la défense et au droit de propriété. Gageons qu'elle rendra d'autres décisions de ce type si elle est interrogée relativement à d'autres régimes de confiscation spéciale particuliers incompatibles avec les principes énoncés au point précédent.

**687.** D'éminents auteurs<sup>1113</sup> jugent ce dispositif insatisfaisant et appellent à la consécration d'un nouveau critère pour apprécier les droits des tiers sur la chose susceptible d'être confisquée ou déjà confisquée : l'existence ou non d'une contrepartie à l'enrichissement du tiers intéressé.

**688.** M. LUGENTZ et M. VANDERMEERSCH soutiennent ainsi que lorsqu'un avantage patrimonial tiré de l'infraction a été cédé gratuitement à un tiers de bonne foi, ce dernier devrait pouvoir solliciter que la confiscation facultative ne soit pas prononcée, mais non y faire obstacle en invoquant son droit et sa bonne foi. En effet, le tiers ayant pris connaissance à l'occasion de la procédure pénale de l'origine délictueuse du bien en cause, auquel aucun autre bien ou valeur n'a été substitué dans le patrimoine de l'auteur de l'infraction, toute opération future effectuée relativement bien « serait à considérer comme une opération de blanchiment », l'intéressé ne pouvant plus soutenir qu'il ne connaissait pas ou n'était censé connaître son origine<sup>1114</sup>. Le tiers deviendrait ainsi de mauvaise foi dès qu'il prendrait connaissance de l'origine du bien et ne pourrait donc plus revendiquer de rester en sa possession, sous peine d'être poursuivi pour

---

<sup>1113</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 388-390 et LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, pp. 94-95.

<sup>1114</sup> LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 95. En ce sens, CEDH, arrêt *Balsamo c. Saint-Marin* du 8 octobre 2019, reqs. 20319/17 et 21414/17, § 73.

blanchiment<sup>1115</sup>. Ils soutiennent en outre que si les avoirs à confisquer sont destinés à être restitués à la partie civile, il serait « peu cohérent » de les laisser en possession des tiers<sup>1116</sup>.

**689.** M. KUTY propose quant à lui, pour un motif d'équité, de s'écarter de la notion civile de bonne foi en matière pénale et d'ajouter le critère de l'existence ou non d'une contrepartie à l'enrichissement du tiers pour apprécier le bienfondé de ses prétentions<sup>1117</sup>. Il fonde sa réflexion sur l'arrêt précité du 4 mars 2014 de la Cour de cassation. Dans cette affaire, les demanderessees avaient hérité de fonds blanchis par leur père et leur belle-mère, après le décès de ce dernier en cours de procédure. La Cour d'appel les avait confisqués à charge de leur belle-mère, condamnée quant à elle sur pied de l'article 505, al. 3 C.P. La Cour d'appel avait en outre refusé de libérer les fonds au profit des héritières. Elle soutenait que si leur père devait être considéré comme un tiers à l'infraction de blanchiment, n'ayant pas été condamné de ce chef, il ne pouvait prétendre disposer à leur égard de droits légitimes vu leur origine illicite qui, au vu des faits de la cause, ne pouvait lui être inconnue. Les fonds blanchis ne se trouvaient ainsi pas légalement dans son patrimoine. Or, les demanderessees, subrogées dans les droits de leur père, ne pouvaient prétendre disposer sur lesdits fonds d'autres droits que les siens, de sorte que « leurs prétendus droits ne peuvent être considérés comme des droits légitimes de tiers que l'article 505 du Code pénal entend préserver ». La Cour de cassation ne censura pas cette décision.

**690.** Selon M. KUTY, le raisonnement de la Cour d'appel ne convainc pas sur le plan des principes bien qu'il conduise à une solution juste. Il montrerait en réalité les limites du régime actuel d'appréciation des revendications des tiers<sup>1118</sup> et justifierait la nécessité d'avoir égard à

---

<sup>1115</sup> *Ibid.* Ce raisonnement nous paraît contraire à l'enseignement de la Cour de cassation dans son arrêt du 4 mars 2014 puisqu'elle indique expressément que : « L'origine illicite des biens qui entrent en considération pour la confiscation et forment l'objet de l'infraction de blanchiment ne suffit pas à rejeter sans plus les droits de tiers sur ces biens. Dans ce cas, aucun tiers ne saurait, en effet, faire valoir ses droits sur ces biens, lesquels ont tous une origine illite en vertu de la disposition précitée » (Cass., 4 mars 2014, P.13.1852.N). Par ailleurs, nous avons montré à la lumière de l'analyse de M. KUTY que la bonne foi ou la légitimité de la possession du tiers dépendait d'une part du fait qu'il n'ait pas commis d'infraction pour entrer en possession du bien et d'autre part qu'il ait pu penser au moment de la prise de possession que l'origine et la nature du bien étaient régulières. Le fait qu'il ait ensuite appris que le bien était d'origine illicite ne nous paraît donc pas de nature à remettre en question sa bonne foi et *a fortiori* à le rendre coupable de blanchiment.

<sup>1116</sup> Il semble pourtant que ce soit le choix qui a été réalisé par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 janvier 2007 (RG n° P.07.0210.F), en validant le raisonnement de la Cour d'appel de Liège qui avait privilégié le droit à la restitution des bons de caisse frauduleusement détournés par prévenu à un créancier gagiste qui était en leur possession à celui de son propriétaire, légataire universel de la victime de l'infraction.

<sup>1117</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 388.

<sup>1118</sup> M. KUTY indique également à l'appui de ce constat que : « Nul doute que la question se posera à nouveau lorsqu'une personne condamnée du chef d'une infraction procédera à une donation au bénéfice d'un tiers de bonne foi ou décèdera postérieurement à sa condamnation, que l'avantage patrimonial tiré de la commission de celle-ci constituera l'objet de la donation ou sera retrouvé dans son patrimoine et que les circonstances concrètes de la cause ne seront pas de nature à éveiller les soupçons du donataire ou de l'héritier quant à la qualité de propriétaire de leur auteur » (*Ibid.*, p. 390). Dans l'hypothèse d'une donation, il nous semble néanmoins que le tiers de bonne foi pourrait avoir des difficultés à démontrer qu'il est effectivement titulaire d'un droit. En effet, comme toute convention, la donation ne peut avoir un objet ou une cause illicite (arts. 6, 1131 et 1133 C. civ.). Or, les dispositions contractuelles dont l'objet est contraire à l'ordre public sont frappées de nullité absolue, de sorte qu'une donation portant sur des avantages patrimoniaux tirés de la commission d'une infraction et ayant notamment par exemple pour but de faire obstacle à une confiscation pénale, devrait à notre sens être frappée de nullité absolue car contraire à l'ordre public. Cette nullité devrait dans ce cas être soulevée d'office par le juge. Dans cette mesure, le tiers même de bonne foi, ne pourrait démontrer qu'il dispose effectivement d'un droit sur la chose susceptible de confiscation ou confisquée, et ne pourrait dès lors y faire obstacle. Dans ce cadre, il est établi



un troisième critère d'appréciation de la notion de possession légitime – outre l'absence de commission d'infraction lors de l'obtention du droit sur la chose et la conviction au moment de la prise de possession de la régularité de la nature et de l'origine du bien – consistant dans l'appauvrissement corrélatif à la prise de possession de ce bien ou à la titularité d'un droit réel principal ou accessoire sur celui-ci conforme aux usages et pratiques honnêtes<sup>1119</sup>. Ce critère permettrait « de rendre une solution conforme au sentiment de justice »<sup>1120</sup>. Il permettrait en outre d'éviter de devoir

« nécessairement émettre un jugement de valeurs sur l'honnêteté et la bonne foi du tiers, avec l'obligation corrélatrice de le stigmatiser pour rejeter ses prétentions, puisqu'il suffira de relever qu'il en a bénéficié en l'absence de toute contrepartie dans son chef »,

de sorte que

« si la contrepartie consentie est sans commune mesure avec l'avantage qu'il en a retiré, les cours et tribunaux pourront, selon les circonstances concrètes de la cause, considérer que si son honnêteté n'est pas mise en doute, sa possession n'est toutefois pas légitime à défaut d'un appauvrissement corrélatif conforme aux usages et pratiques honnêtes »<sup>1121</sup>.

Cette solution serait enfin conforme à l'idée selon laquelle le crime ne doit pas payer et permettrait de

« distinguer clairement l'exigence de bonne foi, au sens de l'article 2279 du Code civil, de l'exigence de légitimité de la possession au sens de l'article 5<sup>ter</sup> du titre préliminaire du Code de procédure pénale »<sup>1122</sup>.

**691.** Le critère de l'existence d'une contrepartie lors du transfert d'un bien du suspect au tiers est expressément visé par le législateur européen à l'article 6 de la directive 2014/42/UE. Il y est néanmoins appréhendé comme un indice de son éventuelle connaissance du fait que l'objectif du transfert de la chose à son profit était d'éviter une confiscation future, et donc en d'autres termes de sa mauvaise foi – ou de son absence de bonne foi. Il s'agit par conséquent d'un élément permettant d'analyser le comportement du tiers, dont les actions doivent être appréciées par le juge lorsqu'il s'interroge sur l'équilibre devant exister entre l'intérêt général de l'Etat à confisquer les biens d'origine illicite ou utilisés (ou destinés à l'être) à des fins illicites, et l'intérêt particulier du tiers à conserver son bien.

**692.** Il ne nous paraît pas pertinent de considérer que les prétentions du tiers de bonne foi sur la chose susceptible d'être confisquée ou saisie devraient nécessairement être écartées s'il n'existe aucune contrepartie à son enrichissement. Cela conduirait en effet à considérer que son intérêt particulier doit dans une telle hypothèse toujours s'effacer devant l'intérêt général de

---

que la convention peut être annulée même s'il l'une des parties seulement est animée d'une intention illicite (VAN OMMESLAGHE, P., *Tome II – Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 378 et s.) Dans l'hypothèse du décès postérieur à la condamnation, le bien aura en toute logique été confisqué même si l'exécution de la confiscation n'a pas encore eu lieu. En outre, les héritiers ne pourront avoir plus de droits sur la chose que la personne dont elles héritent, de sorte que la solution appliquée par la Cour d'appel dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 2014 pourrait être mise en œuvre pour éviter que les biens ne soient pas confisqués et éventuellement restitués à la victime ou à son propriétaire légitime.

<sup>1119</sup> KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine*, op. cit., p. 390.

<sup>1120</sup> *Ibid.*

<sup>1121</sup> *Ibid.*

<sup>1122</sup> *Ibid.*

l'Etat à la confiscation, sans avoir concrètement égard à son propre comportement. Ce critère pose également question au regard du principe de la personnalité des peines puisqu'il peut conduire à priver une personne « innocente » de son bien. Il est toutefois certain que l'absence de contrepartie à l'enrichissement du tiers peut démontrer un manque de prudence dans son chef ou qu'il ne pouvait raisonnablement se fier à la nature et à la régularité de l'origine du bien acquis. Cette absence de contrepartie pourrait également conduire le juge à considérer, à la lumière des faits de la cause, que la confiscation ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit du tiers en cause dont l'intérêt particulier à la conservation du bien ne devrait pas l'emporter sur l'intérêt général de l'Etat à la confiscation.

**693.** Nous considérons par conséquent que le critère de l'existence d'une contrepartie conforme aux pratiques et usages honnêtes à l'enrichissement du tiers doit, au vu de l'article 6 de la directive ainsi que de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, être pris en compte par le juge chargé d'apprécier le bienfondé des prétentions du tiers mais que son absence ne peut *de facto* entraîner leur rejet. Certes, considérer qu'en l'absence de contrepartie ou en présence d'une contrepartie sensiblement inférieure au prix de la chose, la confiscation doit être prononcée en dépit de la bonne foi du tiers ne constituerait pas nécessairement une violation de son droit de propriété tel qu'appréhendé par la Cour constitutionnelle. Il pourrait en effet être considéré dans ce cas, que l'intérêt général de l'Etat à la confiscation l'emporte sur l'intérêt particulier du tiers à conserver son bien. En revanche, une véritable difficulté se pose à notre sens relativement au principe de personnalité des peines, puisqu'un tiers innocent pourrait ainsi se voir infliger une sanction.

*(viii) Tentative de synthèse d'un régime qui ne devrait pas être substantiellement modifié en cas de réforme du Code pénal*

**694.** Vu la complexité de la matière et les discordances apparentes ou réelles existant au sein de la législation et de la jurisprudence à propos des droits des tiers sur la chose confisquée ou susceptible de l'être, il nous paraît nécessaire de proposer une synthèse claire et didactique de la question. Pour ce faire, il est nécessaire, d'une part, d'opérer des distinctions suivant la nature du bien en cause – objet, instrument, produit ou avantage patrimonial tiré de l'infraction – et, d'autre part, de tenir compte du moment où est né le droit sur la chose invoqué par le tiers.

**695.** Le produit de l'infraction est par nature illégal et ne peut en aucun cas être conservé par qui que ce soit. Le bienfondé de sa confiscation spéciale ne se discute donc pas et l'intérêt éventuel d'un tiers à le conserver ne peut l'emporter sur l'intérêt général de l'Etat de le confisquer.

**696.** L'objet et l'instrument de l'infraction ne doivent en principe être confisqués que s'ils appartiennent à l'auteur de l'infraction (art. 42, 1<sup>o</sup> C.P.). Différents régimes spécifiques de confiscation, figurant dans le Code pénal ou dans des lois particulières, prévoient toutefois qu'ils peuvent ou doivent être confisqués que le condamné en soit ou non le propriétaire. La confiscation présente dans ce cas un caractère réel et doit être prononcée même si le bien se trouve dans le patrimoine d'un tiers, sans toutefois qu'elle puisse constituer une sanction à son encontre et violer son droit de propriété. Dans ces hypothèses, il convient d'avoir égard au

moment où le tiers a acquis son droit sur la chose. Si son acquisition est antérieure à la commission de l'infraction, l'innocence du tiers doit suffire à lui permettre de le conserver et ainsi faire obstacle à la confiscation. Pour apprécier cette innocence, le juge devra examiner l'attitude du tiers par rapport aux faits sans se limiter à constater l'absence de poursuites voire même à son acquittement. Si le tiers a acquis son droit postérieurement à la commission de l'infraction, il devra non seulement être innocent mais encore démontrer, sauf exception prévue par la loi, qu'il est de bonne foi. Ceci implique qu'il ait pu se fier à la régularité de l'origine et de la nature du bien, ce qui sera plus difficile à démontrer s'il a acquis ce bien à titre gratuit ou à vil prix. Par ailleurs, son droit sur la chose pourrait être remis en cause en raison du caractère potentiellement illicite de la convention sur base de laquelle il l'a acquis, notamment si l'objectif de l'auteur de l'infraction était de faire obstacle à la confiscation. Dans un tel cas de figure, la convention sur base de laquelle le tiers aurait acquis son droit pourrait en effet être frappée de nullité absolue de sorte qu'on n'aperçoit mal comment la possession du tiers pourrait être considérée comme légitime. Suivant la même logique, dans l'hypothèse où le bien aurait été obtenu par suite du décès de la personne poursuivie avant qu'elle puisse être condamnée, les héritiers ne pourront vraisemblablement pas prétendre disposer d'une possession légitime<sup>1123</sup>.

**697.** Les avantages patrimoniaux et les avantages patrimoniaux supplémentaires primaires et secondaires peuvent être confisqués indépendamment du fait qu'ils se trouvent ou non dans le patrimoine de l'auteur de l'infraction (arts. 42, 3°, 43bis, 43quater C.P.)<sup>1124</sup>. En toute logique, ils ne pourraient se trouver dans le patrimoine d'un tiers – autre que la victime – qu'après la commission de l'infraction. Pour faire obstacle à leur confiscation, le tiers devra dès lors non seulement être innocent, mais encore démontrer qu'il est titulaire d'un droit sur la chose et est de bonne foi. Ceci implique notamment qu'il ait pu se fier à la régularité de l'origine et de la nature du bien au moment de son acquisition, ce qui sera difficile à démontrer s'il a acquis ce bien à titre gratuit ou à vil prix. L'existence d'un droit dans son chef pourrait par ailleurs être remise en cause s'il ressort des circonstances de la cause que l'objectif de l'auteur de l'infraction en lui cédant un droit sur la chose était d'échapper à une peine de confiscation, ce qui rendrait *a priori* la convention illicite et donc nulle.

**698.** En toute hypothèse, refuser de faire droit aux prétentions du tiers de bonne foi en raison de l'absence de contrepartie ou d'une contrepartie sensiblement inférieure à son propre enrichissement, comme le préconisent certains auteurs, ne constituerait pas nécessairement une violation de son droit de propriété. L'intérêt général à la confiscation pouvant dans ces circonstances être considéré comme supérieur à l'intérêt particulier du tiers à conserver son bien. Il nous semble néanmoins que cette circonstance ne devrait pas nécessairement faire obstacle aux prétentions des tiers, au risque de méconnaître le principe de la personnalité des peines, mais être appréciée avec les autres circonstances de la cause.

**699.** Lorsque la chose concernée est dangereuse ou illicite par nature, sa confiscation ou sa destruction pourrait constituer une mesure de sûreté et non une peine. Dans ce cas, le principe

---

<sup>1123</sup> Voy. en ce sens Cass., 4 mars 2014, P.13.1852.N.

<sup>1124</sup> Rappelons que le juge peut également, si ces biens ne peuvent être trouvés, prononcer leur confiscation par équivalent à charge de l'auteur de l'infraction.

de la personnalité des peines ne trouve pas à s'appliquer et l'intérêt public à la confiscation sera plus important que celui de son propriétaire, si tant est que ce dernier puisse effectivement justifier d'un droit sur la chose.

**700.** Au vu de ce qui précède, le conflit entre l'intérêt de l'Etat à la confiscation et celui du tiers de bonne foi devrait en principe se solder par la prévalence du droit du tiers, à moins que la chose soit dangereuse ou illicite par nature. Il faudra toutefois que son droit implique la possession matérielle de la chose, à défaut de quoi la confiscation sera prononcée à charge pour l'Etat de respecter le droit réel du tiers<sup>1125</sup>. La solution devrait être identique dans le cadre de la procédure organisée par l'arrêté royal du 9 août 1991 en application de l'article 43*bis* du Code pénal. Pour les procédures de confiscations n'entrant pas dans le champ d'application de cet arrêté royal, aucun dispositif de sauvegarde des droits des tiers sur la chose confisquée n'est en revanche prévu, ce qui nous paraît contraire à leur droit de propriété et pourrait entraîner un constat d'inconstitutionnalité de la disposition en cause<sup>1126</sup>. Il en est de même des mécanismes de destruction immédiate des biens saisis autres que celui prévu à l'article 28*novies* C.I.Cr.

**701.** Un conflit peut également survenir entre le tiers de bonne foi et la victime, invoquant tous deux un droit sur la chose susceptible de faire l'objet d'une confiscation spéciale. Dans ce cas, leur droit prévaut sur celui de l'Etat à la confiscation. Néanmoins la restitution ou l'attribution à la victime n'ont lieu en vertu de l'article 43*bis* C.P. qu'après la confiscation. Or, si le tiers de bonne foi se prévaut d'un droit réel principal ou accessoire sur la chose, la confiscation ne pourra être prononcée. Dans cette mesure, la bien ne pourra donc pas être attribué ou restitué à la partie civile, qui verra donc le droit du tiers de bonne foi prévaloir<sup>1127</sup>. En matière d'avantages patrimoniaux, cette solution n'implique pas que la victime ne pourrait pas obtenir l'attribution d'un montant équivalent audit avantage, étant donné qu'il n'a pas pu être retrouvé dans le patrimoine du condamné (art. 43*bis* C.P.)<sup>1128</sup>. Toutefois, comme évoqué au point précédent, si le droit du tiers n'implique pas la possession matérielle de la chose, elle pourrait être attribuée ou restituée à la victime, grevée du droit du tiers de bonne foi<sup>1129</sup>. Le condamné pourrait dans ce cas être tenu d'indemniser la victime sur pied de l'article 1382 C.civ. pour la perte de valeur de la chose<sup>1130</sup>.

**702.** L'avant-projet de Code pénal n'apporte pas de modification, ni de réelle clarification à ce régime. Il se borne en effet à indiquer que :

« Tout tiers prétendant droit sur la chose confisquée peut faire valoir ce droit dans un délai et suivant les modalités déterminées par le Roi » (art. 52, § 4).

---

<sup>1125</sup> KUTY, F., *op. cit.*, pp. 405-406.

<sup>1126</sup> Voy. en ce sens, C. Const., arrêt n° 2014/65 du 3 avril 2014. Voy. également C. const., arrêt n° 162/2001 du 19 décembre 2001, et C. const., , arrêt n° 38/2002 du 20 février 2002.

<sup>1127</sup> Cass., 11 janvier 2005, P.04.1087.N. Voy. en ce sens, KUTY F., *op. cit.*, p. 406-407. Comme le relève M. KUTY, il existe une exception à cette règle en cas de vol ou de perte de la chose, dans la mesure où l'article 2279, al. 2 reconnaît au propriétaire de la chose le droit de la revendiquer dans les trois ans de la perte ou du vol entre les mains de celui qui la possède.

<sup>1128</sup> KUTY F., *op. cit.*, p. 406-407.

<sup>1129</sup> *Ibid.*, pp. 408-409. M. KUTY se réfère à Civ. Bruxelles (saisies), 29 novembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 835

<sup>1130</sup> *Ibid.*, pp. 408-409.

L'exposé des motifs<sup>1131</sup> renvoie quant à lui à l'arrêté royal du 9 août 1991 précité et à l'article 5ter du titre préliminaire du Code de procédure pénale. Il est néanmoins difficile d'anticiper l'impact sur les droits des tiers de l'obligation pour le juge de prononcer une peine subsidiaire de confiscation par équivalent dès que le condamné n'est pas en possession de la chose confisquée et qu'elle n'a pas été saisie. En revanche, cette disposition devrait permettre de mettre fin aux difficultés actuelles nées de la multiplicité de régimes particuliers de confiscation ne prévoyant pas de réserve en faveur des tiers vu son caractère général. Il conviendra cependant d'adapter les dispositions de l'arrêté royal du 9 août 1991 et de l'article 5ter du titre préliminaire du code de procédure pénale en ce sens également. Enfin le nouveau critère d'appréciation de sa bonne ou mauvaise foi, souhaité comme nous l'avons relevé par une part de la doctrine, n'a pas été intégré à l'avant-projet.

### **(5) Conclusion de synthèse de la sous-section c : des règles éparses d'une (trop) grande complexité**

**703.** Les conditions de mise en œuvre de la confiscation spéciale en droit belge se caractérisent par leur absence d'uniformité et leur complexité. Elles reposent sur un droit commun figurant aux articles 42 à 43*quater* du Code pénal et de multiples dispositions spécifiques figurant dans le Code pénal ou dans des lois particulières. Cette fragmentation rend leur étude extrêmement périlleuse.

**704.** Le droit belge impose en règle la confiscation en nature de l'objet, de l'instrument et du produit du crime ou du délit. En cas de contravention, ces choses ne devront en revanche être confisquées que si la loi le prévoit. La confiscation des avantages patrimoniaux et des avantages patrimoniaux supplémentaires est quant à elle possible quelle que soit la nature de l'infraction mais présente un caractère facultatif. Le juge doit donc veiller à motiver sa décision de la prononcer.

**705.** La confiscation spéciale des avantages patrimoniaux et des avantages patrimoniaux supplémentaires devra nécessairement être requise par le ministère public. L'article 43*bis* du Code pénal impose à cet égard un écrit, obligation néanmoins interprétée de manière très peu contraignante par la Cour de cassation. Bien que l'article 43*quater* du Code pénal n'exige pas de réquisitions écrites préalables, il paraît indispensable que la demande du ministère public soit constatée dans un écrit.

**706.** La confiscation spéciale sera tantôt obligatoire, tantôt facultative mais ne pourra en règle pas avoir d'effet déraisonnablement lourd pour le condamné. A l'exception de l'objet et de l'instrument de l'infraction qui doivent principe être la propriété du condamné, elle pourra être ordonnée sans que le condamné ne soit propriétaire des choses concernées. Contrairement à ce que soutient la Cour de cassation, nous pensons que les avantages patrimoniaux tirés de l'infraction devront néanmoins avoir enrichi le condamné pour pouvoir être confisqués à sa charge. Ceci implique que bien que ne lui appartenant légalement pas, le condamné doit en avoir eu le contrôle, de sorte que les avantages patrimoniaux ont en ce sens intégré son patrimoine. Selon nous également, en cas de pluralité d'auteurs, le juge devrait chercher à

---

<sup>1131</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 174.

déterminer dans quelle mesure chacun d'eux s'est enrichi et répartir entre eux le montant de la confiscation sur cette base. La Cour de cassation n'impose pas cette manière de procéder et n'exclut pas que le juge opère la répartition selon le degré d'implication dans la commission de l'infraction. Cette manière de procéder n'a néanmoins selon nous de sens que s'il n'est pas possible de déterminer comment les auteurs de l'infraction se sont effectivement partagé les avantages patrimoniaux.

**707.** Il incombe en principe au ministère public, voire à la partie civile, de démontrer le lien entre la chose dont la confiscation est sollicitée et l'infraction. La confiscation élargie prévue à l'article 43<sup>quater</sup> du Code pénal fait exception à ce principe en répartissant la charge de la preuve entre la partie poursuivante et la partie poursuivie quant à l'origine illicite d'un éventuel accroissement de patrimoine observé pendant une période pertinente antérieure à la condamnation ne pouvant remonter au-delà de cinq ans avant l'inculpation et aller au-delà du prononcé de la condamnation. Contrairement à ce que prévoit la directive 2014/42/UE, le législateur belge n'a néanmoins permis la confiscation élargie que des avantages patrimoniaux supplémentaires présumés provenir de l'infraction déclarée établie ou d'infractions semblables. Ces dernières ne doivent certes pas avoir été jugées établies mais le condamné ne peut en avoir été acquitté. Nous avons relevé qu'en pratique l'exclusion des avantages patrimoniaux supplémentaires provenant d'autres infractions nous paraissait artificielle et maladroite.

**708.** La confiscation obligatoire du patrimoine de l'organisation criminelle rencontre l'objectif poursuivi aux plans international et européen de lutter contre les groupes criminels organisés, mais apparaît difficile à mettre en œuvre en raison du caractère flou de son objet et de l'absence de personnalité juridique de l'organisation. Cette absence conduit à devoir prononcer la confiscation spéciale à charge du condamné et non de l'organisation criminelle, ce qui peut soulever des difficultés quant aux droits de ce dernier.

**709.** Conformément au droit de l'Union européenne, la confiscation de valeur de l'instrument et des avantages patrimoniaux primaires et secondaires est possible lorsqu'ils ne peuvent être trouvés « dans le patrimoine du condamné » pour autant qu'elle soit requise par le ministère public. Elle revêt ainsi un caractère subsidiaire et ne peut conduire qu'à la confiscation d'une somme d'argent. Le législateur l'a également permise en matière d'avantages patrimoniaux supplémentaires en la plaçant toutefois sur un pied d'égalité avec la confiscation en nature. Elle présente quoi qu'il en soit un caractère facultatif et ne peut être déraisonnablement lourde pour le condamné, de sorte que le juge devra le cas échéant réduire le montant à confisquer. La confiscation de valeur n'est possible que si la loi le prévoit, ce qui n'est pas le cas en règle concernant l'objet de l'infraction. Cette situation rend la question de la qualification des choses volées, détournées ou escroquées essentielle car lorsqu'elles ne sont pas retrouvées dans le patrimoine du condamné, elles ne pourront être confisquées par équivalent que si elles sont qualifiées d'avantages patrimoniaux, ce qui nous paraît incorrect.

**710.** Le droit de l'Union européenne n'impose pas au législateur belge d'introduire un mécanisme de confiscation sans condamnation préalable, étant donné qu'en droit belge la confiscation spéciale peut être ordonnée par défaut. Plusieurs dispositions prévoient néanmoins que la confiscation spéciale devra avoir lieu indépendamment d'une quelconque condamnation en vue de protéger l'intérêt public en ôtant de la circulation des choses dangereuses, nuisibles

ou illicites. De telles confiscations-mesures de sûreté doivent nécessairement être prévues par la loi et sont obligatoires.

**711.** Bien qu'elle ne soit pas qualifiée de confiscation spéciale, la destruction immédiate des biens saisis organisée par l'article 28<sup>novies</sup> C.I.Cr. ainsi que par certaines lois particulières, conduit à l'instar de toute confiscation à la privation permanente d'un bien, lié à la commission d'une infraction, par décision d'une autorité judiciaire. Elle constitue dans cette mesure un mécanisme de confiscation sans condamnation préalable. Elle a en principe pour but de retirer définitivement de la circulation des choses dangereuses ou illicites, mais l'article 28<sup>novies</sup> précité l'envisage également à l'égard de biens dont seul le coût de conservation est problématique. La loi sur les stupéfiants organise également un dispositif de destruction immédiate de choses non intrinsèquement dangereuses ou illicites. Le refus de restitution par le ministère de biens saisis en raison de leur dangerosité ou de leur illicéité s'apparente également à une confiscation-mesure de sûreté.

**712.** La confiscation spéciale peut porter sur des choses n'appartenant pas au condamné. Elle ne peut néanmoins préjudicier la victime de l'infraction, de sorte les choses qui lui appartiennent retrouvées en possession du suspect devront même d'office lui être restituées. Les avantages patrimoniaux secondaires pourront en outre lui être attribués, qu'ils soient confisqués en nature ou en valeur. En revanche, les choses confisquées qui n'appartiennent pas à la victime ou qui ne découlent pas de choses lui appartenant ne pourront lui être attribuées, ce qui peut *de facto* limiter voire annihiler ses chances d'obtenir du condamné la réparation de son dommage.

**713.** Les tiers de bonne foi ne doivent en principe pas être préjudiciés par la confiscation spéciale. Dans cette mesure, ils doivent être mesure d'une part d'intervenir à la cause pour faire valoir leurs prétentions sur les biens susceptibles d'être confisqués, et d'autre part d'en solliciter *a posteriori* la restitution s'ils n'ont pu agir avant. A défaut, leur droit de propriété serait violé. En outre, si la confiscation spéciale en cause constitue une peine, ils subiraient une sanction sans avoir commis d'infraction, ce qui est contraire au principe de la personnalité des peines aux yeux de la Cour constitutionnelle. Ce droit d'information et d'intervention n'est cependant pas valablement organisé par le droit belge, comme cette dernière l'a déjà jugé à plusieurs occasions. Pour espérer pouvoir faire obstacle à une peine de confiscation, le tiers doit disposer d'un droit réel sur la chose, et être de bonne foi. Cette seconde condition implique qu'il soit étranger à la commission de l'infraction et non seulement qu'il ne soit pas poursuivi de ce chef. Cette innocence devrait suffire s'il a acquis la chose avant la commission de l'infraction. En revanche, s'il l'a acquise postérieurement, le juge devra en outre s'assurer qu'il a effectivement pu se fier à la régularité de la nature et de l'origine de la chose au vu des circonstances de l'espèce. Dans ce cadre, l'absence de contrepartie ou son caractère déraisonnablement faible pourra conduire le juge à estimer qu'il était de mauvaise foi mais ne devrait pas à notre estime conduire à exclure nécessairement ses prétentions sur la chose. Face à une confiscation-mesure de sûreté portant sur une chose dangereuse ou illicite, pour autant que le tiers puisse valablement revendiquer un droit sur la chose, l'intérêt public à la confiscation devrait généralement conduire le juge à exclure ses prétentions sans méconnaître le droit de propriété.

**714.** Notre analyse a encore montré que le droit interne rencontre la très grande majorité des obligations fixées en matière de confiscation par le droit de l'Union européenne, lui-même inspiré par le droit international et européen, et va même à certaines occasions au-delà de ces normes minimales. Nous avons néanmoins relevé des dissonances en matière de confiscation élargie et de garantie des droits des tiers. Le champ d'application de l'article 43<sup>quater</sup> du Code pénal paraît ainsi trop limité, tandis que l'exclusion de la catégorie des avantages patrimoniaux supplémentaires de ceux découlant d'autres infractions que celle déclarée établie ou d'infractions de même nature, n'est pas prévue par la directive 2014/42/UE. Les droits des victimes pourraient également être organisés de manière plus étendue. La limitation de la portée de l'article 5<sup>ter</sup> du Titre Préliminaire au Code de procédure pénale ne garantit par ailleurs pas au tiers d'être informé de l'existence d'une procédure pouvant conduire à la confiscation de son bien, si celle-ci ne se fonde pas sur les dispositions de droit commun – ce qui n'est pas rare vu le nombre impressionnant de dispositifs particuliers de confiscation – et donc d'être en mesure de faire valoir ses droits comme l'impose la directive.

**715.** Enfin, nous avons constaté que la réforme projetée du Code pénal n'apporterait concrètement que quatre changements majeurs :

- la confiscation spéciale des avantages patrimoniaux devient obligatoire, sans que des réquisitions préalables du ministère public soient nécessaires ;
- la suppression de l'obligation de principe incombant à l'accusation, voire à la partie civile, de prouver au-delà du doute raisonnable du lien entre l'infraction déclarée établie et les avantages patrimoniaux qui en auraient résulté, et l'introduction corrélative d'un dispositif de partage de la charge de la preuve en la matière ;
- la suppression de la possibilité de confisquer des avantages patrimoniaux supplémentaires, c'est-à-dire ne découlant pas de l'infraction déclarée établie, et de l'obligation de confisquer le patrimoine de l'organisation criminelle ;
- la fin de l'usage de la notion de patrimoine pour déterminer s'il convient de prononcer une peine de confiscation en nature ou une peine de confiscation par équivalent, cette dernière devenant expressément une peine subsidiaire lorsque la chose confisquée n'a pas été saisie et n'est pas en possession du condamné ou que ce dernier l'a soustraite ou risque de la soustraire à la justice.

Nous doutons par ailleurs que la suppression de la confiscation élargie puisse être compatible avec le prescrit de la directive 2014/42/UE et pensons que l'introduction de la peine pécuniaire visée à l'article 53 de l'avant-projet ne « compense » pas cette suppression.

#### **d. La saisie des choses susceptibles d'être confisquées**

**716.** Nous n'avons pas pour ambition de réaliser une analyse exhaustive de cette question et nous bornons donc à exposer les éléments essentiels du droit de la saisie pénale au regard de la directive 2014/42/UE (1), avant de le confronter aux obligations contenues en la matière par la directive (2).



## (1) Les règles de droit commun : de larges possibilités de saisie

**717.** L'article 7 de la directive 2014/42/UE impose aux Etats membres de permettre le gel des biens susceptibles de confiscation, en ce compris dans le patrimoine de tiers, par une autorité compétente. Il est en outre prévu que des mesures d'urgence doivent pouvoir être adoptées en vue de préserver les biens en cause (art. 7, § 1). En droit belge, la notion de saisie a été préférée à celle de gel mais poursuit le même objectif et présente les mêmes qualités.

**718.** Le droit interne comporte plusieurs dispositions permettant au ministère public ou au juge d'instruction de saisir des biens susceptibles d'être confisqués, au cours de l'enquête voire après que la confiscation est devenue définitive en cas de mise en œuvre d'une enquête pénale d'exécution (l'EPE). Nous avons déjà exposé les éléments principaux de l'EPE à cet égard en traitant de la confiscation à l'égard des tiers, et nous bornons donc à synthétiser les dispositions prévues en matière de saisie dans le Code d'instruction criminelle<sup>1132</sup>.

**719.** Les articles 35 à 35ter du Code d'instruction criminelle fixent le régime de droit commun de la saisie pénale. Elle peut être mise en œuvre par le procureur du Roi ou, si l'affaire est à l'instruction, par le juge d'instruction (art. 56 C.I.Cr.). L'un ou l'autre pourra se saisir « de tout ce qui paraîtra constituer une des choses visées aux articles 42 et 43quater du Code pénal » (art. 35)<sup>1133</sup>. La saisie d'un immeuble est également possible mais uniquement s'il paraît constituer un avantage patrimonial tiré de l'infraction (art. 35bis)<sup>1134</sup>. Aucune condition de propriété n'est prévue, de sorte que la saisie peut être réalisée sur des biens se trouvant dans le patrimoine de tiers<sup>1135</sup>. L'article 35ter permet en outre au ministère public,

- s'il existe des indices sérieux et concrets que la personne soupçonnée a obtenu un avantage patrimonial au sens des articles 42, 3<sup>o</sup> ou 43quater, § 2, du Code pénal, et que
- les choses qui matérialisent cet avantage patrimonial ne peuvent pas ou ne peuvent plus être retrouvées en tant que telles dans le patrimoine de la personne soupçonnée qui se trouve en Belgique ou sont mélangées avec des choses licites,

de saisir d'autres choses qui se trouvent dans le patrimoine de la personne soupçonnée à concurrence du montant supposé dudit avantage patrimonial. Rappelons que la confiscation par équivalent ne peut quant à elle porter que sur une somme d'argent.

**720.** Cette disposition offre également la possibilité de saisir l'équivalent des « choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction » ainsi que des choses qui constituent « l'objet des infractions visées à l'article 505 » (§ 1<sup>er</sup>, al. 2). Le paragraphe 4 autorise encore le

---

<sup>1132</sup> Sur la saisie, voy. LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 99 et s. Nous y renvoyons également le lecteur intéressé par les dispositions particulières prévoyant des règles spécifiques en matière de saisie, p. 112 et s.

<sup>1133</sup> Il peut s'agir de créances (art. 37 C.I.Cr.).

<sup>1134</sup> Les articles 382ter et 433quaterdecies C.P. ainsi que 77sexies de la loi du 15 décembre 1980 permettent toutefois de saisir un immeuble qui paraît avoir été utilisé pour commettre une infraction de corruption de la jeunesse, débauche et proxénétisme, de marchand de sommeil et de trafic d'être humain.

<sup>1135</sup> LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 106.

ministère public à saisir « d'autres biens que les avantages patrimoniaux qui appartiennent à des tiers », aux conditions suivantes :

- il y a suffisamment d'indices sérieux et concrets que le suspect a transféré le bien à un tiers ou lui a financièrement permis de l'acquérir dans le but manifeste d'empêcher ou de compliquer gravement l'exécution d'une éventuelle confiscation spéciale portant sur une somme d'argent ;
- le tiers savait ou devait raisonnablement savoir que le bien lui a été transféré directement ou indirectement par le suspect, ou qu'il avait pu l'acquérir avec l'aide financière du suspect en vue de se soustraire à l'exécution d'une éventuelle confiscation spéciale portant sur une somme d'argent.

Ces conditions sont ainsi identiques à celles prévues dans le cadre de l'EPE.

**721.** Le ministère public peut de surcroît ordonner la saisie de toute chose visée aux articles 35 à 35ter C.I.Cr. dans le cadre de l'enquête particulière de patrimoine, mécanisme spécifique lui permettant de déterminer les avantages patrimoniaux tirés des infractions que la personne déclarée coupable a commises (art. 524bis C.I.Cr.).

**722.** Dans le cadre de l'information ou de l'instruction, lorsqu'il existe des indices sérieux de la commission d'infractions pouvant donner lieu à une peine d'emprisonnement correctionnel principal d'un an ou à une peine plus lourde, pour autant qu'il existe des « circonstances graves et exceptionnelles » et « uniquement si les recherches portent sur des crimes ou délits visés à l'article 90ter, §§ 2 à 4, du Code d'instruction criminelle »<sup>1136</sup>, l'article 46quater, § 2, b permet en outre au procureur ou au juge d'instruction de requérir qu'une banque ou un établissement de crédit ne puisse plus « se dessaisir des créances et engagements » liés à des comptes bancaires, à des coffres bancaires ou à des instruments financiers du suspect, « et ce pour une période qu'il détermine, mais qui ne peut excéder la période allant du moment où la banque ou l'établissement de crédit prend connaissance de sa requête à cinq jours ouvrables après la notification des données visées par cet établissement »<sup>1137</sup>. Cette mesure vise à éviter qu'entre une demande d'informations aux organismes bancaires sur les avoirs dont dispose un suspect (art. 46quater, § 1<sup>er</sup> C.I.Cr.) et l'exécution éventuelle d'une saisie-arrêt (art. 37, § 2 C.I.Cr.), les avoirs ne disparaissent<sup>1138</sup>. Elle est similaire à celle prévue à l'article 80 de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces<sup>1139</sup>.

**723.** Ces dispositifs nous paraissent constituer des mesures d'urgence destinées à préserver des biens au sens de l'article 7, § 1 de la directive.

---

<sup>1136</sup> Voy. à cet égard *Doc. parl.*, Ch., 2005-2006, doc. 51-2055/001, p. 14. Ce champ d'application est critiqué en doctrine, voy. notamment LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 143.

<sup>1137</sup> A ce sujet, voy. BEERNAERT, M.-A., BOSLY, H.-D et VANDERMEERSCH, D., *Droit de la procédure pénale*, Tome I, Bruges, La Chartre, 2014, pp. 510-513 ainsi que LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 140 et s.

<sup>1138</sup> *Doc. parl.*, Ch., 2005-2006, doc. 51-2055/001, pp. 11-13.

<sup>1139</sup> *M.B.*, 6 octobre 2017, p. 90839. Elle figurait anciennement à l'article 23 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

**724.** Au vu de ce qui précède, le droit belge rencontre le prescrit de l'article 7 de la directive en permettant la saisie des choses susceptibles d'être confisquées, ainsi que d'autres choses de valeur équivalente aux avantages patrimoniaux, aux avantages patrimoniaux supplémentaires et à l'instrument de l'infraction. Il a également prévu des mécanismes d'urgence destinés à préserver les biens avant une éventuelle saisie.

**(2) Les garanties procédurales de l'article 8 de la directive doivent conduire le législateur belge à prendre des initiatives**

**725.** L'article 8 de la directive 2014/42/UE fixe certaines « garanties » à respecter par les Etats membres. Cet instrument est à cet égard remarquable car, comme nous l'avons relevé en analysant le droit international et le droit du Conseil de l'Europe, les droits fondamentaux des personnes concernées par une éventuelle mesure de confiscation sont généralement abordés de manière très limitée, voire pas abordés du tout.

**726.** La première de ces garanties est de portée générale et impose aux Etats membres

« de prendre 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 » (§ 1<sup>er</sup>).

**727.** En matière de saisies, un recours auprès de l'autorité ayant adopté la mesure et un droit d'appel existent (arts. 28<sup>sexies</sup> et 61<sup>quater</sup> C.I.Cr.). Aucun recours n'est cependant prévu en cas de mise en œuvre de la mesure de gel visée à l'article 46<sup>quater</sup> C.I.Cr. Appelée à se prononcer notamment sur la question de l'absence de contrôle juridictionnel de la mise en œuvre de cette disposition, la Cour constitutionnelle n'a pas jugé qu'elle portait atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des personnes qu'elles visent, ainsi que des personnes qui ont un contact financier avec celles-ci<sup>1140</sup>. Il est vrai que ce gel est limité dans le temps et connaît un champ d'application (relativement) circonscrit. Si le gel est suivi d'une saisie, la personne concernée pourra en outre introduire un recours et disposera d'un droit d'appel.

**728.** En vertu du paragraphe 2 de l'article 8, la décision de gel doit en principe être communiquée par l'autorité compétente à la personne concernée dans les meilleurs délais après son exécution et doit être accompagnée d'indications précisant, au moins brièvement, le ou les motifs de la décision concernée. La communication de la décision peut néanmoins être reportée « lorsque cela est nécessaire pour éviter de compromettre une enquête pénale ».

**729.** En cas de saisie mobilière, le droit interne prévoit qu'un procès-verbal de saisie comportant notamment un inventaire des biens saisis doit être dressé et présenté au saisi, qui peut en obtenir copie sans frais (arts. 35 et 37 C.I.Cr.). Dans l'hypothèse spécifique d'une saisie de créances (art. 37 C.I.Cr.), un procès-verbal de saisie contenant l'inventaire des créances saisies doit être dressé (art. 37 C.I.Cr.). Cette saisie peut être notifiée au débiteur saisi de deux manières distinctes. D'une part, par la présentation du procès-verbal de saisie pour signature au saisi et remise immédiate ou communication dans un délai de 48 heures de la copie du procès-

---

<sup>1140</sup> C. const., arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007, B.5.

verbal tant au saisi qu'au débiteur saisi (37, § 3 C.I.Cr.). Dans le même délai, un document contenant les références de l'affaire ainsi qu'une reproduction littérale du texte du § 4 de l'article 1452 du Code judiciaire et de l'article 28<sup>sexies</sup> ou de l'article 61<sup>quater</sup> C.I.Cr. est transmis au débiteur saisi. D'autre part, la saisie-arrêt peut être opérée par la notification du procès-verbal de saisie au tiers saisi par lettre recommandée et par simple courrier, notification contenant les mêmes mentions que celles évoquées précédemment. Dans cette hypothèse, le saisi lui-même n'est pas informé de la saisie, aucun procès-verbal de saisie ou notification de celle-ci ne devant lui être communiqué (37, § 2 C.I.Cr.). Cette manière de procéder peut donc permettre de préserver le secret de l'information ou de l'instruction<sup>1141</sup>. En matière de saisie par équivalent, le procès-verbal doit comprendre, outre l'inventaire des biens saisis, la motivation de l'estimation du montant des avantages patrimoniaux supposés. Le magistrat doit également y signaler les indices sérieux et concrets justifiant la saisie, ainsi le cas échéant que ceux qui justifient que la saisie soit exécutée à charge de tiers (art. 35<sup>ter</sup> C.I.Cr.). Des formalités particulières sont prévues en matière de saisie immobilière, qui doit être faite par exploit d'huissier et comporter, à peine de nullité, la copie du réquisitoire de saisie (art. 35<sup>bis</sup> C.I.Cr.). Dans ce cadre, l'immeuble ne peut en principe<sup>1142</sup> être saisi que s'il paraît constituer un avantage patrimonial tiré de l'infraction ou l'équivalent de tels avantages<sup>1143</sup>, mais non s'il est l'objet ou l'instrument de l'infraction.

**730.** Il nous semble que ces formalités ne rencontrent pas le prescrit de l'article 8, § 2 de la directive. Elles ne prévoient en effet pas nécessairement, hormis le cas de la saisie par équivalent ou de la saisie d'un immeuble, la communication de la décision de saisie et de ses motifs au saisi sans que cette situation ne soit *a priori* justifiée par la nécessité de ne pas compromettre l'enquête en cours. En outre, les formalités visées aux articles 35, 35<sup>ter</sup> et 37 C.I.Cr. ne sont pas prévues à peine de nullité et ne sont pas considérées comme substantielles, de sorte que leur non-respect n'entraînera pas de sanction, à moins qu'il ne constitue une atteinte au droit à un procès équitable<sup>1144</sup>. Cet état de fait n'est naturellement pas de nature à en garantir

---

<sup>1141</sup> En ce sens, LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 142 et BEERNAERT, M.-A., BOSLY, H.-D et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 479.

<sup>1142</sup> L'immeuble peut néanmoins être saisi en raison de la commission présumés d'actes de marchand de sommeil, voy. l'article 433<sup>quaterdecies</sup> C.P., procédure soumise à des règles particulières. Le choix d'une procédure distincte de celle visée à l'article 35<sup>bis</sup> C.I.Cr. a été critiqué en doctrine, voy. LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 146, note 428. La saisie de l'immeuble en tant qu'objet de l'infraction de blanchiment est également possible selon la Cour de cassation, car il s'agit d'un avantage patrimonial tiré de l'infraction primaire (Cass., 4 mars 2008, P.07.1684.N). La saisie est également possible en matière de corruption de la jeunesse et de prostitution (art. 382<sup>ter</sup> C.P.), de traite des êtres humains (art. 433<sup>novies</sup> C.P.) et de trafic des êtres humains (art. 77<sup>sexies</sup> de la loi du 15 décembre 1980) conformément aux formalités visées à l'article 35<sup>bis</sup> C.I.Cr. Voy. à cet égard LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 146 ainsi que BEERNAERT, M.-A., BOSLY, H.-D et VANDERMEERSCH, D., *Droit de la procédure pénale*, tome 1, 8<sup>ème</sup> édition, Bruges, la Charte, 2017, pp. 516-517.

<sup>1143</sup> Cass., 11 janvier 2012, P.11.1411.F.

<sup>1144</sup> Cass., 17 octobre 2006, P.06.0846.N et Cass., 20 mars 2012, P.11.1952.N. Il existe néanmoins une discussion relativement à l'obligation de motivation visée à l'article 35<sup>ter</sup> C.I.Cr vu les arrêts contradictoires rendus par les chambres française et néerlandaise de la Cour de cassation. Selon la deuxième chambre française de la Cour de cassation, l'article 35<sup>ter</sup> C.I.Cr. impose au magistrat saisissant d'indiquer dans son réquisitoire « non seulement l'estimation du montant du produit supposé de l'infraction mais également les indices sérieux et concrets motivant la saisie, c'est-à-dire les éléments conduisant à penser qu'une infraction aurait été commise et que le suspect en aurait retiré un avantage patrimonial ». La Cour indique encore que : « Le magistrat saisissant doit également indiquer de manière concrète sur la base de quelles données du dossier répressif, il en arrive à déterminer un

la bonne exécution. Enfin, rien n'interdit au magistrat de procéder à une nouvelle saisie, si celle qu'il a préalablement ordonnée était annulée ou levée pour cause de non-respect d'une formalité<sup>1145</sup>.

**731.** Les paragraphes 3 et 4 de l'article 8 de la directive indiquent que le gel ne doit rester en vigueur que le temps nécessaire pour préserver les biens en vue de leur éventuelle confiscation ultérieure et que la personne dont les biens sont concernés doit bénéficier de la

« possibilité effective (...) d'attaquer la décision de gel devant un tribunal, conformément aux procédures prévues dans le droit national. »

Un mécanisme de validation par une autorité judiciaire préalable à un examen par un tribunal peut être prévu si la décision de saisie n'a pas été adoptée par une autorité judiciaire. Par ailleurs, le paragraphe 5 prévoit que « les biens gelés ne faisant pas l'objet d'une confiscation ultérieure sont immédiatement restitués », selon la procédure fixée par le droit national.

**732.** Vu son caractère conservatoire et facultatif, la saisie pénale peut être levée à tout moment d'office, ou sur demande gracieuse du saisi, par le magistrat qui l'a ordonnée<sup>1146</sup>. Ce dernier peut également en ordonner la mainlevée sur le recours du saisi (art. 28<sup>sexies</sup> ou 61<sup>quater</sup> C.I.Cr.), en ce compris lorsqu'elle est décidée dans le cadre d'une enquête particulière de patrimoine (art. 524<sup>bis</sup>, § 4 C.I.Cr.). Sur l'appel du ministère public ou du saisi contre la décision rendue par le magistrat ayant ordonné la saisie de la lever ou de la maintenir, la

---

montant correspondant à un avantage patrimonial présumé ». Elle indique enfin que cette obligation de motivation constitue une formalité substantielle dont la méconnaissance ne peut être régularisée ultérieurement par la Chambre des mises en accusation (Cass., 11 janvier 2012, P.11.1411.F). Toutefois, selon la deuxième chambre néerlandophone, l'obligation de motivation du réquisitoire de saisie n'est pas une formalité substantielle et « le non-respect de ces formalités entraîne uniquement la nullité s'il y a violation des droits de la défense (Cass., 20 mars 2012, P.11.1952.N). Sur cette question, voy. notamment BEERNAERT, M.-A., BOSLY, H.-D et VANDERMEERSCH, D, *Droit de la procédure pénale*, Tome 1, 8<sup>ème</sup> édition, *op. cit.*, p. 517 ; BOSLY, H.-D., « La saisie conservatoire en matière pénale d'un immeuble », *Rép. not.*, Tome XVII, Le droit pénal, Livre 1, Le droit pénal, Bruxelles, Larcier, 2014, n° 754 ; KLEES, O., « Quand la Cour de cassation met les points sur les "i" en matière de saisie pénale immobilière par équivalent », note sous Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 11 janvier 2012, *J.T.*, 2012, pp. 267 et s. ; LUGENTZ, F., « Saisie et confiscation par équivalent d'avantages patrimoniaux tirés directement des infractions et d'immeubles : pour un régime enfin cohérent ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, pp. 837 et s. ; LUGENTZ, F., « note sous Cass., 20 mars 2012, P.11.1952. F », *Dr.pén.ent.*, 2012, pp. 272-274 et VERHEYLESonne, A., « La motivation de la saisie par équivalent : un pas en avant, deux pas en arrière ? », *Dr. pén. entr.*, 2013, pp. 59-69. Il est à noter que dans des arrêts du 14 novembre 2012 (P.12.1052.F) et du 23 janvier 2013 (P.12.1050.F) rendus dans la même affaire, la deuxième chambre française de la Cour de cassation a confirmé l'obligation de motivation concrète incombant au magistrat saisissant, mais en a nettement limité la portée et s'est gardée de réaffirmer qu'il s'agissait d'une formalité substantielle. La Cour affirme en effet que : « Ainsi que les juges d'appel l'ont relevé, la motivation requise par les articles 35<sup>bis</sup>, 35<sup>ter</sup> et 89 du Code d'instruction criminelle impliquent notamment que le magistrat saisissant indique les données concrètes de la cause sur le fondement desquelles un montant, correspondant à un avantage patrimonial, a pu être estimé. L'instruction n'étant pas nécessairement terminée au moment où le magistrat instructeur procède, à titre conservatoire, à la saisie d'un bien, la légalité de celle-ci ne saurait être subordonnée à la démonstration mathématique du montant de l'actif illégal, à l'exposé détaillé des méthodes de calcul utilisées, à l'individualisation des avantages patrimoniaux recueillis par chacune des personnes soupçonnées de participation à une même activité délictueuse, ou à la délimitation, infraction par infraction, des gains produits par chacune de celles-ci ». Sur cet arrêt, voy. VERHEYLESonne, A., « La motivation de la saisie par équivalent : un pas en avant, deux pas en arrière ? », *Dr. pén. entr.*, 2013, pp. 59-69

<sup>1145</sup> Voy. néanmoins l'arrêt inédit de la Chambre des mises en accusation de Bruxelles du 4 janvier 2013 cité et critiqué par LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, pp. 152-153.

<sup>1146</sup> LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 173 et BEERNAERT, M.-A., BOSLY, H.-D et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, 8<sup>ème</sup> édition, pp. 487-488.

Chambre des mises en accusation peut également décider de lever la saisie (art. 28*sexies* ou 61*quater* C.I.Cr.).

**733.** Le Code d'instruction criminelle prévoit que le magistrat qui a ordonné la saisie peut rejeter le recours visant à en obtenir la mainlevée

« s'il estime que les nécessités de l'information le requièrent, lorsque la levée de l'acte compromet la sauvegarde des droits des parties ou des tiers, lorsque la levée de l'acte présente un danger pour les personnes ou les biens, ou dans les cas où la loi prévoit la restitution ou la confiscation desdits biens » (arts. 28*sexies* ou 61*quater* C.I.Cr.).

**734.** Outre le contrôle d'opportunité de maintenir ou de lever la saisie sur base des critères précités, la meilleure doctrine considère que le magistrat doit également contrôler la légalité de la saisie et en ordonner la levée si elle est illégale<sup>1147</sup>. Les mêmes principes s'appliquent en degré d'appel, la Chambre des mises en accusation appréciant en outre la situation au moment où elle statue et non au moment du dépôt de la requête d'appel<sup>1148</sup>. La durée de la saisie ainsi que de l'enquête devra également être analysée par le magistrat<sup>1149</sup>, qui devra en ordonner la levée en cas de dépassement du délai raisonnable<sup>1150</sup>.

**735.** Par ailleurs, comme nous l'avons déjà mis en évidence, la saisie pratiquée dans le cadre d'une EPE peut également faire l'objet d'un recours auprès du magistrat qui l'a ordonnée et, en degré d'appel, devant le juge de l'application des peines (art. 464/36 C.I.Cr.).

**736.** Enfin, les biens saisis qui ne sont pas confisqués au fond devront être restitués, sous la responsabilité du ministère public<sup>1151</sup>, suivant les dispositions de l'arrêté n° 260 du 24 mars 1936<sup>1152</sup>. Etant donné que seule la confiscation par équivalent d'une somme d'argent est possible (art. 43*bis* et 43*quater* C.P.), la chose saisie par équivalent ne pourra pas être confisquée par le juge du fond, qui devra ordonner la confiscation d'une somme d'argent équivalente. Cette confiscation sera néanmoins exécutée sur la somme d'argent tirée de la vente de la chose saisie par équivalent<sup>1153</sup> conformément à l'article 197*bis*, § 1 C.I.Cr.

**737.** Au vu de ce qui précède, le droit belge des saisies nous paraît ainsi conforme aux paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 8 de la directive. En revanche, l'information communiquée au saisi ne nous paraît pas rencontrer le prescrit du paragraphe 2 de l'article 8. Comme en matière de confiscation élargie, la Commission ne paraît pas avoir poussé son analyse du droit interne si loin et n'a pas relevé cette faiblesse du droit belge.

---

<sup>1147</sup> LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 177 et s. ainsi que BEERNAERT, M.-A., BOSLY, H.-D et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, 8<sup>ème</sup> édition, pp. 526. *Contra* mais à tort selon les auteurs précités, Cass., 16 mai 2000, P.00.0296.N.

<sup>1148</sup> BEERNAERT, M.-A., BOSLY, H.-D et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, édition 2017, pp. 530-531.

<sup>1149</sup> Cass., 27 octobre 2010, P.09.1580.F avec les conclusions de l'av. gén. VANDERMEERSCH.

<sup>1150</sup> Anvers (mis. Acc.), 19 janvier 1999, réf. 148/99.

<sup>1151</sup> En ce sens, LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 190.

<sup>1152</sup> Arrêté royal du 24 mars 1936 sur la détention au greffe et la procédure en restitution des choses saisies en matière répressive, *M.B.*, 26 mars 1936, p. 1808.

<sup>1153</sup> LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 191.

**e. Conclusion de synthèse de la section 3 : le droit belge des confiscations mérite d'être clarifié**

**738.** La Belgique n'a pas attendu les évolutions du droit international ou du droit de l'Union européenne pour construire et développer son droit des confiscations. Guidé par l'objectif que le crime ne paie pas, le législateur belge l'a, sous l'impulsion du Gouvernement, réformé et renforcé sans relâche depuis 1990. A l'occasion des réformes majeures opérées en 1990 et en 2002, attentif au respect des droits fondamentaux, il a cherché à s'inscrire dans les limites posées par la Cour européenne des droits de l'homme, tout en s'inspirant des législations d'autres Etats européens. Plus récemment, ses réformes étaient avant tout motivées par la nécessité de se conformer au droit de l'Union européenne et à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. S'il permet de confisquer tout type de choses liées à la commission d'une infraction, en nature ainsi dans un nombre croissant de situations qu'en valeur, le droit belge est néanmoins d'une complexité extrême à plusieurs niveaux.

**739.** Tout d'abord, la terminologie qu'il emploie est source de difficultés d'interprétation, tandis que la profusion de dispositions particulières, qui complètent un droit commun déjà difficile à lire, rend la matière particulièrement piègeuse. Nous avons pu observer que cette situation est souvent préjudiciable aux intérêts des prévenus et plus largement des personnes concernées, comme lorsqu'il s'agit de qualifier la chose volée, détournée ou escroquée ou de permettre aux tiers de faire valoir leur droit sur la chose susceptible d'être confisquée. L'émergence de dispositifs présentant les caractéristiques d'une confiscation mais non qualifiés comme telle n'est de surcroît pas de nature à clarifier un droit déjà assez obscur. Plus fondamentalement, cette situation rend la tâche du praticien extrêmement ardue et interdit au justiciable de comprendre concrètement ce qu'il risque en commettant une infraction. Or, comment la confiscation pourrait-elle avoir un effet dissuasif si elle est incompréhensible et imprévisible ?

**740.** Aussi, le droit belge des confiscations mériterait selon nous d'être réformé<sup>1154</sup>, pas tant sur le fond – puisque comme nous l'avons vu il répond pour l'essentiel aux obligations du droit de l'Union européenne et donc du droit international et européen – mais sur la forme. Est-il nécessaire de distinguer autant de catégories de choses confiscables et de prévoir des conditions de mise en œuvre différentes en ce compris au sein de ces catégories ? Certainement pas. Le recours à des notions de droit civil, comme celle de patrimoine ou de bonne foi par exemple, sans proposer de définition autonome, a également montré ses limites. En outre, les obligations d'information des tiers ainsi que leur droit à obtenir la restitution de leur(s) bien(s) doivent être revues et étendues à tous les mécanismes particuliers de confiscation spéciale. Enfin, plus généralement, il paraît indispensable de réduire la fragmentation de la matière et ainsi d'y apporter plus de cohérence. La confiscation spéciale qui constitue en pratique dans nombre d'affaires la peine la plus lourde à laquelle le condamné doit faire face et occupe ainsi une place essentielle en droit pénal, doit en conséquence être clarifiée et dans une certaine mesure simplifiée.

---

<sup>1154</sup> En ce sens, KLEES, O., « La cigale et la fourmi ou le juge pénal et la confiscation », *op. cit.*, p. 57 ainsi que LUGENTZ, F., « Saisie et confiscation par équivalent d'avantages patrimoniaux tirés directement des infractions et d'immeubles : pour un régime enfin cohérent ? », *R.D.P.C.*, 2012, pp. 836-854, spéc. p. 854.

**741.** Nous devons constater que l'avant-projet de Code pénal ne répond que très partiellement à ces difficultés. Bien qu'il limite les catégories de choses confisquables, en ne reprenant pas celles des avantages patrimoniaux supplémentaire et du patrimoine de l'organisation criminelle, il ne clarifie néanmoins pas la problématique de la qualification des choses volées, escroquées ou détournées en conservant les catégories prévues par l'article 42 C.P. et la condition de propriété prévue à l'article 42, 1°. De plus, bien qu'il ne fasse plus appel à la notion de patrimoine, il use de celle de possession, relevant également du droit civil et ce sans lui donner une définition autonome. Il n'apporte en outre aucune réponse aux difficultés posées par celle de bonne foi. La réforme envisagée ne permet par ailleurs pas de rationaliser la matière en limitant sa fragmentation étant donné qu'elle ne met pas fin à la multitude de régimes particuliers. Enfin, la suppression de la confiscation élargie et l'extension du partage de la charge de la preuve relativement à l'illicéité des biens suspectés d'être d'origine illicite pose question tant du point de vue de sa compatibilité avec le droit de l'Union européenne, que de sa portée concrète.

#### **4. Conclusion du Chapitre A : prouver moins pour confisquer plus**

**742.** Le fléau que représente le trafic de stupéfiants, qui génère des profits considérables, a conduit dès les années 1980 les pouvoirs publics à s'attaquer aux ressources économiques des criminels aux plans international, régional européen et belge. Pour les sanctionner et les dissuader d'agir, emprisonner ne paraissait plus suffire, il fallait encore que le crime ne paie pas. Plus généralement, les groupes criminels organisés, actifs dans des domaines variés de la criminalité et non seulement dans le trafic de stupéfiants, étaient en outre déjà considérés comme une sérieuse menace pour l'ordre économique et plus largement pour l'état de droit. Ils constituent en effet de véritables entreprises illégales dont les activités illicites permettent de financer non seulement la commission d'autres infractions mais encore des investissements dans de l'économie légale, au mépris des règles les plus fondamentales de la concurrence.

**743.** Deux outils ont émergé pour s'attaquer aux profits du crime : la confiscation et l'incrimination du blanchiment de capitaux. Notre attention s'est portée sur la confiscation qui consiste en la privation d'un bien, lié à la commission d'une infraction, par une décision judiciaire, en principe juridictionnelle suivant les conventions du Conseil de l'Europe et du droit l'Union européenne, mais non nécessairement suivant les conventions adoptées sous l'égide des Nations Unies. En droit interne, elle est qualifiée de spéciale, la Constitution interdisant la confiscation générale. Elle est généralement qualifiée de peine vu son objectif répressif et dissuasif, mais peut également constituer une mesure de sûreté visant à protéger l'intérêt général en ôtant de la circulation une chose dangereuse ou illicite.

**744.** La confiscation doit atteindre non seulement les profits tirés directement et indirectement de l'infraction, de quelque nature qu'ils soient, ainsi que les choses ayant servi ou ayant été destinées à servir à la commission de l'infraction. Les profits du crime sont désignés sous le terme de "produits" dans l'ensemble des instruments internationaux et européens analysés. En droit belge, le législateur a néanmoins choisi d'user de la notion d'avantages patrimoniaux, en s'inspirant des travaux menés au Conseil de l'Europe pour l'élaboration de la



Convention de 1990. Les choses ayant servi ou ayant été destinées à servir à la commission de l'infraction sont quant à elles désignées comme les instruments de l'infraction.

**745.** La peine accessoire de confiscation spéciale était prévue dans le Code pénal depuis 1867 à l'égard des instruments de l'infraction, ainsi que de son objet – la chose à l'égard de laquelle elle a été matériellement commise – et de son « produit » - ce qui a été matériellement produit par l'infraction. L'extension du filet de la confiscation aux avantages patrimoniaux primaires et secondaires en 1990 n'a pas conduit le législateur à revoir cette terminologie, ce qui est regrettable. Il a également maintenu la condition de propriété attachée en principe à la confiscation de l'objet et de l'instrument de l'infraction. Cependant, à la différence de la confiscation de l'objet, de l'instrument et du produit de l'infraction, obligatoire en cas de crime et de délit, la confiscation des avantages patrimoniaux est toujours facultative mais peut être prononcée quelle que soit la nature de l'infraction commise.

**746.** Face à la difficulté de retrouver les profits illicites que pourraient rencontrer les autorités, leur confiscation doit également, le cas échéant, pouvoir porter sur d'autres biens de même valeur appartenant au condamné. A défaut, le risque d'impunité aurait été grand. Une telle mesure de confiscation est qualifiée de confiscation de valeur ou de confiscation par équivalent. En droit belge, cette peine ne peut être exécutée que sur une somme d'argent équivalant à l'évaluation des avantages patrimoniaux opérées par le juge. Elle présente en outre un caractère subsidiaire.

**747.** Pour assurer l'effectivité de la confiscation, des mécanismes de gel ou de saisie visant à empêcher le suspect de faire disparaître les biens susceptibles d'être confisqués doivent également être prévus. Ils sont par essence temporaires et dépendent des poursuites menées à l'encontre du suspect de l'infraction. En droit interne, la notion de saisie est préférée à celle de gel.

**748.** Tandis qu'en droit international, ces mécanismes de confiscation et de gel ou de saisie ont été développés suivant une approche sectorielle, le conseil de l'Europe, l'Union européenne et la Belgique ont privilégié une approche transversale, sans préjudice de normes particulières, généralement plus sévères, dans des domaines particuliers comme le trafic de stupéfiants. Le droit belge des confiscations est à cet égard très difficile à lire vu sa fragmentation au sein du Code pénal lui-même mais aussi de lois particulières.

**749.** La confiscation en nature ou en valeur des profits du crime a toutefois assez rapidement été jugée insuffisante. La nécessité de prouver le lien entre l'infraction et le profit qui en a résulté est apparue comme une charge trop lourde face à des organisations criminelles bien organisées et agissant souvent sur plusieurs Etats. La charge de la preuve incombant aux autorités poursuivantes devait donc être allégée, selon les autorités, pour espérer pouvoir atteindre efficacement les fonds illicites. La confiscation dite élargie est née.

**750.** Cette mesure permet au juge d'ordonner la confiscation de profits illicites sans que leur lien avec l'infraction déclarée établie ou avec toute autre infraction ne soit établi au-delà du doute raisonnable. Il suffit en effet à l'accusation de montrer qu'il est plus probable que des biens déterminés soient d'origine illicite, à charge pour le suspect de rendre plus probable le contraire. L'idée sous-jacente est en réalité que le condamné a d'une part, tiré plus de

l'infraction que ce qui a pu être prouvé, et d'autre part qu'il a probablement commis d'autres infractions que celles qui a été déclarée établie. Ce mécanisme permet donc de prononcer une peine fondée sur la présomption non irréfragable que des avoirs identifiés dans le patrimoine du condamné sont issus de la commission d'une infraction qui ne doit pas nécessairement être celle qui a été déclarée établie. Une telle confiscation ne peut néanmoins être mise en œuvre qu'en cas constat de culpabilité préalable du chef d'une infraction grave génératrice de profits. La confiscation élargie permet ainsi d'écarter dans une certaine mesure le standard de preuve du droit pénal, la preuve au-delà du doute raisonnable, au profit de celui du droit civil, la balance des probabilités, au détriment de la présomption d'innocence du condamné.

**751.** En droit belge, la présomption d'origine illicite est plus restreinte en ce que les autorités doivent faire état d'indices sérieux et concret d'un lien entre la chose dont la confiscation est sollicitée et l'infraction déclarée établie ou une autre infraction de même nature. La seule origine illicite probable ne suffit donc pas, contrairement à ce que prévoit la directive 2014/42/UE. Le législateur belge a en outre prévu la possibilité de confisquer ces avantages patrimoniaux supplémentaires en valeur, ce que le droit de l'Union n'exige pas. Il a par ailleurs conféré un caractère facultatif à la peine de confiscation élargie, sauf si les biens visés constituent le « patrimoine » d'une organisation criminelle. Cette notion vise les choses mises à la disposition, ou destinées à l'être, d'une telle organisation. Le législateur belge créa ainsi deux nouvelles catégories de choses susceptibles de faire l'objet d'une confiscation : les avantages patrimoniaux supplémentaires et le patrimoine dont dispose une organisation criminelle. Bien qu'intéressante par le lien qu'elle réalise entre profits du crime et instrument de la participation aux activités d'une organisation criminelle, cette seconde notion est néanmoins très difficile à mettre en œuvre vu notamment l'absence de personnalité juridique d'une telle organisation et la difficulté de déterminer ce qu'est « son » patrimoine.

**752.** L'incrimination du blanchiment a également été jugée insuffisante pour faire face à la dissimulation des profits du crime avec l'aide d'un tiers à l'infraction de base. Tant sur le plan international qu'europpéen, l'ouverture de possibilités de confisquer des biens dans le patrimoine de tiers a été encouragée, sans que cette mesure ne puisse néanmoins préjudicier les intérêts des tiers dits « de bonne foi ». Le droit belge n'a pas eu à subir de modification à cet égard. Il permet en effet depuis une vingtaine d'années de confisquer les avantages patrimoniaux n'appartenant pas au condamné, sans préjudice des droits des tiers de bonne foi. Formellement le droit belge n'autorise en réalité pas la confiscation à charge de tiers mais ne s'oppose pas à ce qu'ils subissent les effets de cette peine prononcée à charge du condamné, pour autant qu'ils ne soient pas de bonne foi. Outre la difficulté d'appréhender la notion de bonne foi, nombre de lois particulières ne garantissent pas expressément le respect du droit des tiers d'intervenir au procès pouvant conduire à la confiscation de leur bien et d'en obtenir la restitution après confiscation s'ils ne l'ont pas fait.

**753.** A l'instar de la confiscation élargie, la confiscation spéciale de biens trouvés dans le patrimoine de tiers permet de s'écarter des principes de preuve en matière pénale. N'étant pas lui-même poursuivi, la culpabilité du tiers du chef de l'infraction de base ou l'aide qu'il a apportée ensuite au condamné ne doit pas être prouvée au-delà du doute raisonnable. Dès lors que l'accusation démontre qu'un bien provient d'une infraction ou est probablement d'origine illicite dans le cas de la confiscation élargie, il incombera en effet au tiers de montrer qu'il

dispose d'un droit sur la chose et qu'il est de bonne foi, à moins qu'il ne puisse convaincre le juge qu'il n'y a pas d'infraction ou de lien entre son bien et l'infraction reprochée au prévenu. A son égard, le débat est donc essentiellement civil et la charge de la preuve est partagée. Un tel mécanisme de confiscation permet en réalité aux autorités de ne pas poursuivre le tiers du chef de recel ou de blanchiment, et donc prouver sa culpabilité, tout en lui faisant subir une peine. Il pose indéniablement question au regard du principe de la personnalité des peines et du respect du droit de propriété.

**754.** La dernière étape de l'évolution de la confiscation des profits du crime est de ne plus exiger de condamnation préalable à la confiscation des profits du crime. Bien connue en droit anglo-saxon la confiscation civile ou *in rem* est directement dirigée contre le bien illicite qui constitue le seul sujet de la procédure. Le criminel qui l'a acquis n'est quant à lui pas poursuivi pénalement.

**755.** Il n'existe pas de dispositif de confiscation spéciale détaché de toute procédure pénale en droit belge. La confiscation spéciale non fondée sur une condamnation pénale préalable existe néanmoins relativement à des biens dangereux, nuisibles ou illicites. Il s'agit de la confiscation-mesure de sûreté. Plusieurs dispositions autorisent en outre la destruction immédiate de biens saisis préalablement à toute condamnation sans qu'ils ne doivent être nécessairement dangereux ou illicites par nature. En pratique, le ministère public refusera également généralement de restituer un bien saisi dangereux ou illicite, décision qui a le même effet qu'une mesure de confiscation.

**756.** Le droit de l'Union européenne n'est quant à lui pas aller jusqu'au bout en matière de confiscation sans condamnation préalable. Il a certes défini les contours d'un dispositif de confiscation ne reposant pas sur une condamnation pénale formelle préalable en cas de fuite ou de maladie du suspect faisant obstacle aux poursuites, mais a permis aux États membres de ne pas le mettre en place si, dans ces hypothèses, la confiscation pouvait être ordonnée par défaut. Les conditions d'application fixées sont également très éloignées de la confiscation civile, fondée sur une présomption d'origine illicite et détachée de toutes poursuites, puisqu'elles impliquent en réalité des poursuites et une forme de constat de culpabilité.

**757.** Notre analyse a ainsi permis de montrer que le filet de confiscation n'a cessé d'être étendu depuis trente ans sur les plans international, européen, de l'Union européenne et belge. Ses mailles ont également été resserrées, notamment par l'assouplissement de la charge de la preuve du lien entre le bien confisqué et l'infraction commise, voir même de la commission d'une infraction déterminée. La réforme envisagée du droit belge des confiscations ne nous paraît pas remettre ce constat en cause. Bien qu'elle supprime le mécanisme de confiscation élargie, elle tend en effet corrélativement à généraliser le partage de la charge de la preuve relativement à l'illicéité des choses présumées provenir de l'infraction déclarée établie, au travers d'un dispositif qui permettrait en pratique selon nous d'atteindre tout bien dont le condamné ne peut prouver l'origine licite.

**758.** En Belgique, la Cour de cassation a également activement participé à ce resserrement en adoptant des positions privilégiant régulièrement l'efficacité et l'effectivité de la confiscation spéciale, en dépit parfois des intentions relativement claires du législateur ou des droits fondamentaux des justiciables. Elle a par exemple consacré une définition très large des

instruments de l'infraction, a réduit à peau de chagrin l'obligation de réquisitions écrites du ministère public aux termes de l'article 43bis C.P., ou encore considéré que des avantages patrimoniaux tirés d'une infraction pouvaient être confisqués à charge d'une personne sans qu'il soit nécessaire de montrer que cette dernière s'était effectivement enrichie grâce à la commission de l'infraction. La Cour constitutionnelle a pour sa part au contraire rendu plusieurs arrêts sévères, mettant en évidence l'inconstitutionnalité de plusieurs dispositifs de confiscation avec des droits tels que le droit à un procès équitable et le droit de propriété, ou avec le principe selon lequel il ne peut y avoir de peine sans loi. Son attention a néanmoins essentiellement été portée sur les droits des tiers.

**759.** La directive 2014/42/UE pourrait conduire à l'émergence en droit belge de garanties procédurales plus protectrice des personnes concernées. Néanmoins, la manière dont ces garanties sont définies nécessitera un travail d'interprétation de la Cour de justice, travail qu'elle n'a pas encore eu l'occasion de réaliser et qui conduira ou non à une meilleure défense des droits des justiciables.

**760.** La priorité donnée à la lutte contre le terrorisme après les attentats du 11 septembre 2001 a conduit à l'extension des mécanismes destinés à lutter contre la criminalité acquisitive à celle contre le financement du terrorisme. Aucune modification notable de la confiscation n'en est néanmoins découlée si ce n'est une attention plus accrue encore sur les moyens destinés à la recherche des fonds d'origine illicite, ainsi que des fonds illicites ou non destinés à financer le terrorisme.

**761.** Le gel préventif des avoirs terroristes que nous examinons au chapitre suivant s'est parallèlement développé pour répondre à une réalité qui distingue fondamentalement le terrorisme du crime organisé : pour le terroriste, l'argent n'est pas une fin mais un moyen. L'en priver peut permettre d'éviter qu'il agisse mais ne l'en dissuadera pas. La priorité pour les autorités n'est ainsi pas de confisquer les biens après la commission de l'infraction mais d'ôter de la circulation ceux qui pourraient servir à la commettre. A l'instar de la confiscation civile, le gel préventif d'avoirs terroristes est détaché de toute procédure pénale et *a fortiori* de tout constat de culpabilité du chef d'une infraction. Il ne s'agit néanmoins pas d'une confiscation en tant que telle mais d'un mécanisme hybride qui partage avec elle des caractéristiques communes essentielles, tout en étant désigné par un terme renvoyant à une mesure destinée à préserver les biens dans l'attente de leur confiscation éventuelle. Nous verrons que cette difficulté terminologique est loin d'être la seule qu'il suscite.

## **B. Le gel préventif d'avoirs terroristes<sup>1155</sup>**

**762.** Face à la menace croissante que représente le terrorisme depuis la fin des années 1990, le Conseil de sécurité des Nations Unies a pris des initiatives aussi radicales que discutables sur

---

<sup>1155</sup> Ce chapitre a pour base l'article RIZZO, A., « La protection juridictionnelle offerte par le droit de l'Union européenne en matière de gel d'avoirs: une œuvre inachevée ? », in FROMONT, L. et VAN WAEYENBERGE, A. (coord.), *Actualités de la protection juridictionnelle dans et par l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, collection UB3, 2016, pp. 177-230. Il est enrichi du droit belge et mis à jour.

le plan des principes, afin notamment d'assécher financièrement les réseaux terroristes considérés comme une menace pour la paix et la sécurité internationales.

**763.** Au cœur de son action, figure le gel préventif d'avoirs, une mesure administrative en principe temporaire mais dont les effets peuvent concrètement être très semblables à ceux d'une peine de confiscation ou d'une mesure de confiscation civile. Ces initiatives ont conduit à l'émergence d'un tissu complexe de régimes distincts de gels préventifs d'avoirs terroristes dans les ordres juridiques international, de l'Union européenne et belge.

**764.** Dans ce chapitre, nous analysons ces mesures et leur mise en œuvre par le Conseil de sécurité (1) ainsi que par l'Union européenne (2) et la Belgique (3), avant de synthétiser les principaux enseignements qui peuvent en être tirés (4).

## **1. L'action normative du Conseil de sécurité en matière de lutte contre le terrorisme : les sanctions ciblées et la résolution 1373 (2001)**

**765.** Nous synthétisons dans cette section les deux régimes de gel d'avoirs élaborés par le Conseil de sécurité pour combattre le terrorisme. Le gel préventif d'avoirs visant spécifiquement Al-Qaida et l'EIL (a), doit à cette occasion être distingué de celui découlant de la résolution 1373 (2001) (b). Dans ces deux sous-sections, nous commencerons par évoquer la création et les objectifs du régime de gel étudié (1), avant d'en mettre en évidence les principales caractéristiques (2). Nous terminerons par une courte conclusion de synthèse (c).

### **a. Le régime de sanctions contre Al-Qaida et l'EIL : prévenir le terrorisme et son financement par des mesures ciblées**

#### **(1) La naissance et l'évolution du régime de sanctions : des Talibans à l'EIL**

**766.** Après les attentats de Nairobi et de Dar es-Salaam commis le 7 août 1998, le Conseil de sécurité fit part à plusieurs reprises de ses inquiétudes quant au conflit afghan, qu'il considérait comme une menace contre la paix internationale. Dans sa résolution 1214 (1998)<sup>1156</sup>, il constata notamment que des terroristes étaient accueillis et formés en territoire afghan, « en particulier dans les zones tenues par les Talibans », et appela ces derniers à « cesser d'offrir un refuge et un entraînement aux terroristes internationaux et à leurs organisations ». Le 15 octobre 1999, dans la fameuse résolution 1267 (1999)<sup>1157</sup>, le Conseil de sécurité affirma qu'en offrant refuge à Oussama Ben Laden et à ses associés, poursuivis par les Etats-Unis pour leur implication dans les attentats précités, les Talibans n'avaient pas respecté ses exigences et faisaient planer une menace contre la paix. Il exigea par conséquent à nouveau qu'ils cessent d'accueillir des terroristes, et notamment Oussama Ben Laden. Pour les contraindre à respecter ses exigences,

---

<sup>1156</sup>C.S., Résolution 1214, 8 décembre 1998, qui peut être consultée via le lien [https://undocs.org/fr/S/RES/1214\(1998\)](https://undocs.org/fr/S/RES/1214(1998)) (consultation le 30 juin 2020).

<sup>1157</sup> C.S., Résolution 1267, 15 octobre 1999, qui peut être consultée via le lien [https://undocs.org/S/RES/1267\(1999\)](https://undocs.org/S/RES/1267(1999)) (consultation le 1<sup>er</sup> juillet 2020).

il leur imposa une série de sanctions, dont le gel de leurs avoirs<sup>1158</sup>. Il créa également un « Comité des sanctions »<sup>1159</sup>, réunissant l'ensemble des Etats membres du Conseil de sécurité, et chargé notamment de veiller à la mise en œuvre desdites sanctions par les Etats.

**767.** Quelques mois plus tard, soulignant la menace que représente le terrorisme international pour la paix, le Conseil de Sécurité ordonna de surcroît le gel des avoirs d'Oussama Ben Laden et des individus et entités qui lui étaient associés, y compris l'organisation Al-Qaida<sup>1160</sup>. D'abord considérés de manière relativement accessoire à la problématique des Talibans, Oussama Ben Laden et Al-Qaida deviendront après les attentats du 11 septembre 2001 les cibles principales du régime de sanctions<sup>1161</sup>. Depuis 2011, en vertu des résolutions 1988 (2011) et 1989 (2011)<sup>1162</sup>, la lutte contre le régime des Talibans et celle contre le groupe terroriste Al-Qaida ont d'ailleurs été distinguées. Quelques années plus tard, les sanctions visant Al-Qaida ont été étendues à l'Etat Islamique en Irak et au Levant (ci-après l'« EIIL ») et au Front el-Nosra, désignés dans un premier temps comme des groupes associés à Al-Qaida<sup>1163</sup>, puis plus judicieusement comme des « cellules, filiales, émanations ou groupes dissidents d'Al-Qaida »<sup>1164</sup>. Enfin, vu le relatif déclin d'Al-Qaida, l'EIIL apparaît depuis 2015 comme le nouvel ennemi numéro un de la communauté internationale et la cible prioritaire des sanctions<sup>1165</sup>. Les

---

<sup>1158</sup> *Ibid*, pp. 2-3, art. 4 : « Décide en outre qu'afin d'assurer l'application du paragraphe 2 ci-dessus, tous les États devront : (...) b) Geler les fonds et autres ressources financières, tirés notamment de biens appartenant aux Taliban ou contrôlés directement ou indirectement par eux, ou appartenant à, ou contrôlés par, toute entreprise appartenant aux Taliban ou contrôlée par les Taliban, tels qu'identifiés par le comité créé en application du paragraphe 6 ci-après, et veiller à ce que ni les fonds et autres ressources financières en question, ni tous autres fonds ou ressources financières ainsi identifiés ne soient mis à la disposition ou utilisés au bénéfice des Taliban ou de toute entreprise leur appartenant ou contrôlée directement ou indirectement par les Taliban, que ce soit par leurs nationaux ou par toute autre personne se trouvant sur leur territoire, à moins que le comité n'ait donné une autorisation contraire, au cas par cas, pour des motifs humanitaires; (...) ».

<sup>1159</sup> Ce comité est actuellement désigné sous le nom de « Comité 1267/1989/2253 des sanctions contre l'EIIL (Daesh) et Al-Qaida ». Un site internet lui est dédié, sur lequel l'ensemble des résolutions utiles sont accessibles, <https://www.un.org/securitycouncil/fr/sanctions/1267> (consultation le 1<sup>er</sup> juillet 2020). Toutes les résolutions citées relativement à ce régime de sanctions sont donc accessibles à cette adresse.

<sup>1160</sup>C.S., Résolution 1333, 19 décembre 2000., p. 4, art. 8 : « Décide que tous les Etats prendront de nouvelles mesures pour : (...)Geler sans retard les fonds et autres actifs financiers d'Usama bin Laden et des individus et entités qui lui sont associés, tels qu'identifiés par le Comité, y compris l'organisation Al-Qaida, et les fonds tirés de biens appartenant à Usama bin Laden et aux individus et entités qui lui sont associés ou contrôlés directement ou indirectement par eux, et veiller à ce que ni les fonds et autres ressources financières en question, ni tous autres fonds ou ressources financières ne soient mis à la disposition ou utilisés directement ou indirectement au bénéfice d'Usama bin Laden, de ses associés ou de toute entité leur appartenant ou contrôlée directement ou indirectement par eux, y compris l'organisation Al-Qaida, que ce soit par leurs nationaux ou par toute autre personne se trouvant sur leur territoire, et prie le Comité de tenir, sur la base des informations communiquées par les États et les organisations régionales, une liste à jour des individus et entités que le Comité a identifiés comme étant associés à Usama bin Laden, y compris l'organisation Al-Qaida; (...) ».

<sup>1161</sup>C.S., Résolution 1390, 16 janvier 2002. Voy. en ce sens CORTEN, O., « Vers un renforcement des pouvoirs du Conseil de Sécurité dans la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 262 et p. 267.

<sup>1162</sup> C.S., Résolution 1988 et 1989, 17 juin 2011.

<sup>1163</sup> C.S., Résolution 2170, 15 août 2014 : « Condamnant à nouveau l'État islamique d'Iraq et du Levant, le Front el-Nosra et tous les autres individus, groupes, entreprises et entités associés à Al-Qaida pour les multiples actes de terrorisme qu'ils ne cessent de perpétrer dans le but de provoquer la mort de civils et d'autres victimes, la destruction de biens et de sites culturels et religieux, et de porter gravement atteinte à la stabilité, et rappelant que les dispositions du paragraphe 1 de la résolution 2161 (2014) relatives au gel des avoirs, à l'interdiction de voyager et à l'embargo sur les armes s'appliquent à l'État islamique d'Iraq et du Levant, au Front el-Nosra et à tous les autres individus, groupes, entreprises et entités associés à Al-Qaida » (p.1).

<sup>1164</sup> C.S., Résolution 2178, 24 septembre 2014.

<sup>1165</sup> C.S., Résolution 2253, 17 décembre 2015.

liens entre la criminalité transnationale organisée et le financement du terrorisme ont dans ce cadre été régulièrement mis en évidence<sup>1166</sup>, tout comme l'utilisation par les groupes terroristes de fonds d'origine légitime et d'organisations à but non lucratif<sup>1167</sup>.

**768.** Le dispositif de sanctions individuelles, parfois qualifiées de « *smart sanctions* », a connu des développements réguliers au cours des quinze dernières années<sup>1168</sup>. Il est toutefois fondé depuis son origine sur l'établissement d'une liste, intitulée actuellement « Liste relative aux sanctions contre l'EIL (Daesh) et Al-Qaida »<sup>1169</sup> (ci-après la « liste des sanctions »), rassemblant les noms des personnes, entités, groupes et entreprises qui doivent être sanctionnés<sup>1170</sup>. Cette liste est établie par le Comité des sanctions, sur base d'informations communiquées par les Etats et les organisations régionales<sup>1171</sup>. Inscrivant son action dans la prévention du terrorisme et de son financement<sup>1172</sup>, le Conseil de sécurité n'exige pas qu'une condamnation pour terrorisme ou financement du terrorisme ait été prononcée pour qu'une inscription sur la liste des sanctions puisse avoir lieu<sup>1173</sup>. Il demande au contraire aux Etats

« de se doter de textes et de procédures juridiques appropriés qui leur permettent de donner effet aux sanctions financières ciblées en faisant application d'une norme de preuve dite des "motifs raisonnables" ou de "raisonnabilité", non subordonnée à l'existence de poursuites pénales, et de recueillir ou solliciter autant d'informations que possible auprès de toutes les sources utiles »<sup>1174</sup>.

---

<sup>1166</sup> Not. C.S., Résolution 2368, 20 juillet 2017 : « Vivement préoccupé par le fait que, dans certains cas, l'EIL, Al-Qaida et les personnes, groupes, entreprises ou entités qui leur sont associés continuent de tirer profit de leur participation à la criminalité transnationale organisée, et constatant avec inquiétude que, dans certaines régions, des terroristes tirent profit de la criminalité transnationale organisée, notamment le trafic d'armes, de stupéfiants et d'objets et la traite d'êtres humains, et du commerce illicite des ressources naturelles, dont l'or et d'autres métaux précieux et les pierres précieuses, les minerais, les espèces sauvages, le charbon de bois et le pétrole et ses dérivés, ainsi que d'enlèvements à des fins de rançon et d'autres crimes, dont l'extorsion et le cambriolage de banques ». Voy. également C.S., Résolution 2395, 21 décembre 2017, p. 4.

<sup>1167</sup> Not. C.S., Résolution 2462, 28 mars 2019, p. 2 et C.S., Résolution 2395, 21 décembre 2017, p. 4.

<sup>1168</sup> Les Résolutions 2253 du 17 décembre 2015 et 2368 du 20 juillet 2017 du Conseil de Sécurité sont les dernières à avoir modifié le dispositif né de la Résolution 1267 (1999).

<sup>1169</sup> Sur les difficultés posées par ce système d'identification, voy. not., MARTIN, J.-C., *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 430-432.

<sup>1170</sup> Une version consolidée est disponible sur le site internet du Comité des Sanctions précité.

<sup>1171</sup> Il sont à cet égard « encouragés à instituer une procédure ou un mécanisme national permettant de déterminer les noms des personnes qu'il conviendrait d'inscrire sur la Liste, d'évaluer la pertinence de la présentation d'une demande en ce sens et de désigner un interlocuteur pour déterminer les informations à faire figurer sur la Liste conformément aux lois et procédures nationales » (Comité des sanctions, *Directives régissant la conduite des travaux du Comité*, adoptées le 7 novembre 2002, modifiées les 10 avril 2003, 21 décembre 2005, 29 novembre 2006, 12 février 2007, 9 décembre 2008, 22 juillet 2010, 26 janvier 2011, 30 novembre 2011, 15 avril 2013, 23 décembre 2016 et le 5 septembre 2018, doc. 18-14912 (F), p. 4, point 6 disponibles sur le site du Comité des sanctions).

<sup>1172</sup> Voy. not. C.S., Résolution 1617, 29 juillet 2005, p. 2. Sur ce point, voy. également GALLI, F., « The freezing of terrorists' assets: preventive purposes with a punitive effect », in GALLI, F. et WEYEMBERGH, A., *Do Labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The Influence of the EU*, Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 2014, pp. 50-51.

<sup>1173</sup> Voy. notamment que parmi les informations à transmettre par les Etats sur les individus dont ils demandent le placement sur la liste, figure la « situation pénale actuelle (recherché, détenu ou condamné, par exemple) » (*Directives régissant la conduite des travaux du Comité*, *op. cit.*, p. 5).

<sup>1174</sup> Not. C.S., Résolution 2161, 17 juin 2014, p. 6, point 11. Voy. également plus récemment C.S., Résolution 2368, 20 juillet 2017, p. 10, pt. 17.

Il ne fait aucun doute que le gel est une mesure préventive et indépendante des règles pénales de droit interne<sup>1175</sup>. Au vu du résumé des motifs justifiant leur inscription, nombre de personnes sanctionnées n'ont ainsi jamais été condamnées pour des faits de terrorisme ou de financement du terrorisme<sup>1176</sup>.

**769.** Suivant les résolutions 2253 (2015)<sup>1177</sup> et 2368 (2017)<sup>1178</sup>, doit actuellement être considéré comme « associé » à Al-Qaida ou à l'EIIL et être inscrit sur liste des sanctions, « la personne, le groupe, l'entreprise ou l'entité »<sup>1179</sup> qui

- a) concourt à financer<sup>1180</sup>, organiser, faciliter, préparer ou exécuter des actes ou activités d'Al-Qaida ou de l'EIIL, en association avec ceux-ci, sous leur nom ou pour leur compte, ou le fait de les soutenir ;
- b) fournit, vend ou transfère des armements et matériels connexes à Al-Qaida ou à l'EIIL ;
- c) recrute pour le compte d'Al-Qaida ou de l'EIIL, ou soutient, de toute autre manière<sup>1181</sup>, des actes ou activités d'Al-Qaida ou de l'EIIL ou de toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci ;
- d) est possédé(e) ou contrôlé(e) directement ou indirectement par quelque personne, groupe, entreprise ou entité associé à Al-Qaida ou à l'EIIL et qui soutiendrait de toute autre manière ces personnes, groupes, entreprises ou entités.

**770.** Particulièrement opaque lors de sa mise en œuvre, le régime de sanctions a connu plusieurs modifications visant à le rendre plus transparent<sup>1182</sup>. Citons notamment l'élaboration d'une procédure de radiation de la liste des sanctions<sup>1183</sup>, la désignation d'un Médiateur indépendant et impartial chargé d'examiner les demandes de radiation et d'éventuellement

---

<sup>1175</sup> C.S., Résolution 2368, 20 juillet 2017, p. 17, pt. 64.

<sup>1176</sup> Voy. [www.un.org/securitycouncil/fr/sanctions/1267/aq\\_sanctions\\_list](http://www.un.org/securitycouncil/fr/sanctions/1267/aq_sanctions_list) (dernière consultation le 11 octobre 2020).

<sup>1177</sup> C.S., Résolution 2253, 17 décembre 2015, p. 7, point 3. Voy. également C.S., Résolution 2161, 17 juin 2014, p. 5, points 2 et 4 ; Résolution 2083, 17 décembre 2012, p. 4, point 2.

<sup>1178</sup> C.S., Résolution 2368, 20 juillet 2017, p. 8, point 2.

<sup>1179</sup> Par souci d'alléger le texte, nous nous limiterons généralement à viser la ou les « personne(s) » placée(s) sur la liste. Ce faisant, nous visons la ou les « personne(s), groupe(s), entreprise(s) ou entité(s) » qui est/sont inscrite(s).

<sup>1180</sup> Le Conseil de sécurité a précisé que le « financement ou soutien peut consister notamment, mais sans s'y limiter, à utiliser le produit de la criminalité, dont la culture, la production et le commerce illicites de stupéfiants et de leurs précurseurs » (C.S., Résolution 2161, 17 juin 2014, p. 5, point 3). Voy. également C.S., Résolution 2253, 17 décembre 2015, p. 4, par. 2 et C.S., Résolution 2368, 20 juillet 2017, p. 8, point 3.

<sup>1181</sup> Dans sa Résolution 2178 (2014), le Conseil de sécurité indique à cet égard être « fermement résolu à envisager d'inscrire sur la Liste, en application de la résolution 2161 (2014), les personnes, groupes, entreprises et entités associés à Al-Qaida qui financent, arment, organisent et recrutent pour son compte ou qui soutiennent, de toute autre manière, ses actes ou activités, y compris à l'aide des nouvelles technologies de l'information et des communications, comme Internet, les médias sociaux ou tout autre moyen » (C.S., Résolution 2178, 24 septembre 2014). Voy. également la résolution 2253, 17 décembre 2015, p. 4, par. 5 et par. 7).

<sup>1182</sup> Not. C.S., Résolution 1989, 17 juin 2011 et Résolution 2083, 17 décembre 2012. En ce sens, GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, op. cit., p. 125.

<sup>1183</sup> C.S., Résolution 1735, 22 décembre 2006.



recommander la radiation au Comité des sanctions<sup>1184</sup>, ainsi que la publication systématique du résumé des motifs ayant présidé à l'inscription d'un nom sur la liste des sanctions sur le site *web* du Comité des sanctions<sup>1185</sup>.

**771.** En pratique et très schématiquement<sup>1186</sup>, à l'heure actuelle, le processus de sanctions peut être synthétisé comme suit. Tout d'abord, sur la base d'informations qu'il a recueillies, un Etat demande au Comité des sanctions d'inscrire une personne (ou une entité) sur la liste des sanctions. A l'appui de sa demande, il expose notamment en détails les faits qui justifient cette inscription et indique le nom complet de la personne visée. S'il est fait droit à cette demande, la personne est inscrite sur la liste des sanctions et un résumé des faits justifiant cette inscription est rendu public par le Comité des sanctions<sup>1187</sup>. Les sanctions peuvent alors débiter. La personne inscrite doit toutefois être informée au plus vite par les autorités compétentes de l'Etat où elle réside ou, le cas échéant, dont elle est ressortissante. A cette occasion, les informations utiles pour demander sa radiation de la liste des sanctions lui sont également communiquées. Si la personne introduit une telle demande, le Médiateur l'examinera, fera rapport au Comité des sanctions et lui recommandera soit de maintenir l'inscription, soit de procéder à la radiation<sup>1188</sup>. Dans la première hypothèse, la personne demeurera inscrite et subira les sanctions. Dans la seconde, elle sera radiée de la liste des sanctions à moins qu'un membre du Comité y objecte dans les dix jours et que dans les soixante jours, tous les membres du Comité des sanctions s'y opposent par écrit<sup>1189</sup>, ou qu'un membre demande le renvoi de la question au

---

<sup>1184</sup> C.S., Résolution 1904, 17 décembre 2009. Son mandat figure actuellement dans la Résolution 2368 (2017). Voy. également le site internet du Bureau du Médiateur accessible à l'adresse suivante : [www.un.org/securitycouncil/fr/ombudsperson](http://www.un.org/securitycouncil/fr/ombudsperson) (consultation le 2 juillet 2020).

<sup>1185</sup> C.S., Résolution 2161, 17 juin 2014, point 36.

<sup>1186</sup> L'ensemble de la procédure est décrit dans la Résolution 2368 (2017) et dans les *Directives régissant la conduite des travaux du Comité* précitées.

<sup>1187</sup> L'Etat qui propose l'inscription précise à cet égard quelles informations doivent demeurer confidentielles, conformément à la Résolution 1283 (2012), pt 11, confirmée par la Résolution 2368 (2017), p. 15, pt. 51. Sur les difficultés que pose cette réserve, voy. HOLLENBERG, S, « The Security Council's 1267/1989 Targeted Sanctions Regime and the Use of Confidential Information: a Proposal for Decentralization of Review », *L.J.I.L.*, 2015, pp. 49-71.

<sup>1188</sup> Pour exercer cette mission, le Bureau du Médiateur a conclu des accords et des arrangements avec différents Etats pour pouvoir avoir accès aux informations que ces derniers jugent confidentielles, voy. [www.un.org/securitycouncil/fr/ombudsperson/classified\\_information](http://www.un.org/securitycouncil/fr/ombudsperson/classified_information) (dernière consultation le 2 juillet 2020). Il ressort du rapport du Médiateur dressé en février 2020 que : « Depuis la création du Bureau, 83 demandes de radiation concernant des personnes, des entités ou une association des deux ont été traitées en recourant à la procédure de médiation ou sur décision distincte du Comité. Sur les 79 affaires pour lesquelles la procédure de médiation a été menée à son terme, 59 demandes de radiation ont été acceptées et 20 ont été rejetées. En conséquence de la suite positive donnée à ces 59 demandes, 54 personnes et 28 entités ont été radiées de la Liste, et le nom d'une entité en a été retiré car il s'agissait de l'alias d'une entité déjà inscrite. En outre, quatre personnes ont été radiées par le Comité avant la fin de la procédure de médiation et une demande a été retirée après la soumission du rapport d'ensemble. On trouvera sur le site Web du Bureau une description de l'état d'avancement de tous les dossiers et, dans l'annexe au présent rapport, une mise à jour de l'état d'avancement des dossiers en instance depuis la publication du précédent rapport » (voy. Bureau du Médiateur du Comité des sanctions contre l'EIIL (Daech) et Al-Qaida, *Lettre datée du 7 février 2020, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Médiateur*, doc. S/2020/106, pt. 6 accessible via [www.un.org/securitycouncil/fr/ombudsperson/reports](http://www.un.org/securitycouncil/fr/ombudsperson/reports) consulté pour la dernière fois le 11 octobre 2020).

<sup>1189</sup> Sur l'absence de transparence quant aux informations mises à la disposition des membres du Comité, voy. l'opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE publiée en annexe à C.E.D.H. [GC], arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21 juin 2016, req. 5809/08, § 91 et références citées.

Conseil de sécurité, qui tranchera dans le même délai<sup>1190</sup>. Un Etat, qu'il soit ou non à l'origine de l'inscription d'un nom sur la liste des sanctions, peut également en demander la radiation. Sa demande sera toutefois analysée par le Comité des sanctions, sans l'intervention du Médiateur. Au cours du gel, des demandes de dérogation peuvent être adressées par les personnes qui le subissent à un point focal créé au niveau du Conseil de sécurité<sup>1191</sup>. Enfin, un examen d'office de l'opportunité de maintenir ou non les noms inscrits sur la liste doit être assuré par le Comité des sanctions à la lumière des informations transmises par l'Etat ayant demandé l'inscription, ainsi que par l'Etat de résidence de la personne visée, en coopération avec un sous-comité *ad hoc* appelé Comité de surveillance<sup>1192</sup>. En l'absence de transmission d'informations par les Etats concernés pendant trois ans, cet examen aura lieu d'office<sup>1193</sup>.

**772.** En dépit des évolutions positives que le dispositif de sanctions a connues<sup>1194</sup>, la procédure d'inscription sur la liste des sanctions demeure secrète, étant donné que les personnes ou entités visées n'en sont informées qu'une fois celle-ci achevée. Le Bureau du Médiateur lui-même met en évidence les difficultés que pose la procédure d'inscription au regard des « principes d'équité, de transparence et de respect des garanties d'une procédure régulière »<sup>1195</sup>. Ensuite, bien qu'un médiateur indépendant<sup>1196</sup> et impartial ait été désigné pour analyser les demandes de radiation, le pouvoir d'y faire droit appartient toujours au Comité des sanctions ou au Conseil de sécurité, de sorte que la procédure n'offre nullement les garanties d'un procès public, devant un tribunal indépendant et impartial. De plus, les Etats sont appelés à identifier les personnes et entités que le Comité des sanctions devrait inscrire sur la liste des sanctions, d'une part, au moyen de procédures particulières, ne relevant pas nécessairement du droit pénal, et d'autre part, en appliquant une norme de preuve atténuée. Nous n'apercevons donc pas de réelle concrétisation de la formule figurant dans la majeure partie des résolutions en la matière, selon laquelle la lutte contre le terrorisme doit être menée

« dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, notamment du droit international des droits de l'homme, du droit international des réfugiés et du droit international humanitaire »<sup>1197</sup>.

L'incompatibilité manifeste du système en place avec les droits fondamentaux, et notamment le droit à un procès équitable, a d'ailleurs été dénoncée à plusieurs reprises par le Rapporteur

---

<sup>1190</sup> Notons que la Résolution 2368 (2017) évoque une décision de rejet du Comité par consensus dans les soixante jours alors que les *Directives régissant la conduite des travaux du Comité* précitées prévoit la procédure d'acceptation tacite de la radiation sans observation dans les dix jours et l'obligation d'une objection écrite de chaque membre du comité dans les 60 jours (pp. 11-12).

<sup>1191</sup> C.S., Résolution 1730, 19 décembre 2006. Voy. également C.S., Résolution 2368, 20 juillet 2017, p. 20, pt. 81.

<sup>1192</sup> C.S., Résolution 2368, 20 juillet 2017, p. 21, pts. 85 et s.

<sup>1193</sup> *Ibid.*

<sup>1194</sup> Sur le lien entre ces évolutions et la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, voy. BEAUCILLON, C., *Les mesures restrictives de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 536 et s.

<sup>1195</sup> Bureau du Médiateur du Comité des sanctions contre l'EIL (Daech) et Al-Qaida, *Lettre datée du 7 février 2020, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Médiateur*, op. cit., pt. 27.

<sup>1196</sup> Le Bureau du Médiateur souligne néanmoins lui-même les difficultés qu'il rencontrait du point de vue de son indépendance, voy. notamment Bureau du Médiateur du Comité des sanctions contre l'EIL (Daech) et Al-Qaida, *Lettre datée du 7 février 2020, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Médiateur*, op. cit., p. 7, pt. 34 ainsi que Bureau du Médiateur du Comité des sanctions contre l'EIL (Daech) et Al-Qaida, *Lettre datée du 6 février 2019, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Médiateur*, doc. S/2019/112, p. 7, pts. 33 et s.

<sup>1197</sup> Not. C.S., Résolution 2161, 17 juin 2014, p. 1 et C.S., Résolution 2367, 20 juillet 2017, p. 2.

spécial de l'ONU sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste<sup>1198</sup>.

**(2) Le gel préventif d'avoirs des personnes et entités associées à Al-Qaida ou à l'EIIL : une immobilisation complète du patrimoine non limitée *a priori* dans le temps**

**773.** Parmi les trois types de mesures que les Etats doivent prendre à l'égard des personnes dont le nom figure sur la liste des sanctions, figure celle de :

« Bloquer sans retard les fonds et autres actifs financiers ou ressources économiques des personnes, groupes, entreprises et entités en question, y compris les fonds provenant de biens leur appartenant ou contrôlés, directement ou indirectement, par eux ou par des personnes agissant pour leur compte ou sur leurs instructions, et veiller à ce que ni ces fonds, ni d'autres fonds, actifs financiers ou ressources économiques ne soient mis à la disposition, directement ou indirectement, de ces personnes, groupes, entreprises et entités par leurs ressortissants ou par des personnes établies sur leur territoire»<sup>1199</sup>.

**774.** Formellement intitulée « gel d'avoirs » depuis la résolution 2161 (2014)<sup>1200</sup>, cette sanction consiste ainsi en une immobilisation de l'intégralité des biens, de quelque nature et origine qu'ils soient<sup>1201</sup>, appartenant à, contrôlés par ou destinés à une personne physique ou morale suspectée d'appartenir à la nébuleuse EIIL/Al-Qaida ou, à tout le moins, de la soutenir, et inscrite sur la liste des sanctions. Cette mesure n'est pas limitée *a priori* dans le temps bien qu'une procédure de réexamen d'office de l'opportunité de maintenir chaque inscription sur la liste des sanctions soit prévue à intervalle régulier comme indiqué précédemment. Nous la désignons sous l'appellation de « gel ONU ».

**775.** Soulignons qu'au vu du système mis en place, il incombe aux Etats de geler les avoirs de personnes contre lesquelles ils ne disposent peut-être d'aucun autre indice d'appartenance ou de soutien à l'EIIL/Al-Qaida que leur inscription sur la liste des sanctions<sup>1202</sup>. Ils n'ont en outre aucune obligation de les poursuivre pénalement en vue de confisquer leurs avoirs

---

<sup>1198</sup> Voy. EMMERSON, B., *Report of the special rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, 26 septembre 2012, doc. A/67/396 accessible sur le site du Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies, [www.ohchr.org/FR/Pages/Home.aspx](http://www.ohchr.org/FR/Pages/Home.aspx) (consultation le 2 juillet 2020). Ces constatations sont confirmées dans les rapports dressés par EMMERSON, B. datés du 16 juin 2015 doc. A/HRC/29/51, p. 13, pt. 38 et du 13 septembre 2016, doc. A/71/384, p. 12, pt. 26 (accessibles sur le site précité). La Rapporteuse spéciale FIONNUALA NÍ AOLÁIN qui a succédé à M. EMMERSON n'a plus traité spécifiquement de cette question.

<sup>1199</sup> Les deux autres types de mesures consistent en une interdiction de voyager et en un embargo sur les armes, voy. récemment, C.S., Résolution 2368, 20 juillet 2017, p. 7, pt. 1. Voy. également la note explicative sur la terminologie du gel d'avoirs approuvée par le Comité des sanctions contre Al-Qaida le 24 février 2015, [www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/SC\\_document\\_files/assets\\_freeze.pdf](http://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/SC_document_files/assets_freeze.pdf) (dernière consultation le 11 octobre 2020).

<sup>1200</sup> C.S., Résolution 2161, 17 juin 2014, p. 4, point 1 et C.S., Résolution 2253, 17 décembre 2015, p. 6, point 2 ainsi que C.S., Résolution 2368, 20 juillet 2017, p. 7, pt. 1. Dans les résolutions antérieures, dont par exemple la résolution 2083 du 17 décembre 2012 précitée, la mesure de blocage d'avoirs n'était pas expressément intitulée « gel d'avoirs ».

<sup>1201</sup> Voy., C.S., Résolution 2368, 20 juillet 2017, p. 8, pts. 5 à 8 ainsi que C.S., Résolution 2253, 17 décembre 2015, p. 7, points 6 et 7 ainsi que C.S., Résolution 2161, 17 juin 2014, p. 5, points 5 et 6.

<sup>1202</sup> Not. Fonds Monétaire International, *Suppressing the financing of Terrorism: a handbook for Legislative drafting*, op. cit., p. 65.

gelés<sup>1203</sup>, ni de mettre en œuvre un quelconque mécanisme, juridictionnel ou non, ayant pour but de les en priver définitivement.

**776.** Il découle de ce qui précède que le gel ONU ne se confond pas avec le « gel » tel que défini en droit international conventionnel et notamment par la Convention de Vienne de 1988<sup>1204</sup>, ou en droit de l'Union européenne par la directive 2014/42<sup>1205</sup>, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, bien qu'il vise également à interdire le transfert, la conversion, la disposition et le mouvement des biens visés, le gel ONU ne s'y limite pas. Il fait en effet également obstacle à ce que la personne qui le subit puisse bénéficier de ressources financières nouvelles, ce qui n'est pas le cas du gel « classique ». Deuxièmement, aucune mention n'est faite d'une éventuelle confiscation future, ou plus largement d'une procédure judiciaire, qui doit définitivement trancher le sort des avoirs en cause. En effet, au vu du système de sanctions mis en place, le gel ne prendra fin que si la personne visée est radiée de la liste des sanctions<sup>1206</sup>. Or, la radiation n'aura lieu que si la personne ou l'entité décède/n'est plus active ou si le médiateur la recommande et que le Comité des sanctions – ou le cas échéant le Conseil de sécurité – ne s'y oppose pas. Le gel ONU n'est par conséquent *a priori* pas limité dans le temps<sup>1207</sup>, et pourrait acquérir un caractère permanent si aucune demande de radiation n'est introduite ou approuvée<sup>1208</sup>. Troisièmement il porte, sauf dérogation<sup>1209</sup>, sur l'ensemble du patrimoine de la personne/entité ciblée et non seulement sur les avoirs en lien avec une infraction particulière ou sur des avoirs leur sont équivalents.

---

<sup>1203</sup> Notons toutefois que le Conseil de sécurité demande aux Etats membres d'ériger en infraction graves les agissements liés aux activités des terroristes pour être en mesure de les poursuivre et de les condamner (not. C.S., Résolution 2368, 20 juillet 2017, p. 14, pt. 37 et C.S., Résolution 2253, 17 décembre 2015, p. 10, point 20).

<sup>1204</sup> Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 19 décembre 1988, précitée. Les termes « saisie » ou « gel » y désignent « l'interdiction temporaire du transfert, de la conversion, de la disposition ou du mouvement de biens ou le fait d'assumer temporairement la garde ou le contrôle de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente » (art. 1*.l*). Voy. *supra* I, A, 1, b, (1).

<sup>1205</sup> Le « gel » y est défini 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 » (art. 2) et ne peut être ordonné qu'en vue d'une confiscation éventuelle future par une autorité judiciaire d'un bien en lien avec une infraction pénale (art. 7).

<sup>1206</sup> Par comparaison, la Convention de New York pour la répression du financement du terrorisme Nations Unies, précitée, lie expressément l'usage d'une mesure de gel à une future « confiscation éventuelle » (art. 8). Voy. *supra* I, A, 1, b, (3).

<sup>1207</sup> En ce sens, voy. GALLI, F., « The freezing of terrorists' assets: preventive purposes with a punitive effect », *op. cit.*, p. 51.

<sup>1208</sup> Voy. en ce sens PAVLIDIS, G., *Confiscation internationale : instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse, op. cit.*, p. 86 et les références citées, ainsi que Fonds Monétaire International, *Suppressing the financing of Terrorism : a handbook for Legislative drafting, op. cit.*, p. 65 (mais avant la mise en œuvre de la procédure de radiation et de l'institution d'un médiateur).

<sup>1209</sup> Il est en effet possible de solliciter auprès de l'Etat où se trouvent les fonds des dérogations en vue de pouvoir effectuer des dépenses ordinaires (loyer, nourriture, ...) ou extraordinaires. S'il envisage d'autoriser le déblocage pour des dépenses ordinaires, l'Etat doit en avertir le Comité qui peut s'y opposer. L'approbation du Comité des sanctions est par contre nécessaire en matière de dépenses extraordinaires. Voy. C.S., Résolution 1452, 20 décembre 2002 et 1735, 22 décembre 2006 et plus récemment C.S., Résolution 2368, 20 juillet 2017, p. 20, pts 81 et s. ainsi que la fiche dédiée à cette question sur le site internet précité du Comité des Sanctions et les *Directives régissant la conduite des travaux du Comité* précitées, p. 18, pt. 11.

777. Ce gel ne peut pas non plus être assimilé à une « confiscation »<sup>1210</sup>, dans la mesure où il n'implique pas de dépossession (ou de privation) des avoirs, mais uniquement l'interdiction d'en jouir et qu'il n'est pas permanent par essence, mais à durée non déterminée – et peut donc prendre fin. Il n'est enfin – et surtout – pas l'aboutissement d'un processus judiciaire, mais d'une procédure secrète relevant de la responsabilité du pouvoir exécutif.

778. Il découle de ce qui précède que le gel ONU est une mesure tout à fait particulière, qui se distingue tant du gel que de la confiscation, au sens du droit international conventionnel et du droit de l'Union européenne.

## **b. La résolution 1373 du 28 septembre 2001 : une action rapide face à la menace terroriste**

### **(1) Imposer la lutte contre le terrorisme et son financement à tous les Etats, qu'ils le veulent ou non**

779. Quelques semaines après les attentats du 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité adopta la résolution 1373 (2001)<sup>1211</sup>, qui vise à répondre à la menace contre la paix suscitée non seulement par les attentats précités, mais plus largement par « tout acte de terrorisme international »<sup>1212</sup>. Dépassant manifestement la conception classique de l'étendue des pouvoirs que la doctrine reconnaissait au Conseil de sécurité<sup>1213</sup>, cette résolution définit pour la première fois<sup>1214</sup> « des obligations abstraites et à vocation permanente »<sup>1215</sup> à charge des Etats. Très controversée<sup>1216</sup>, elle leur impose en effet de prendre une série de mesures générales, dont certaines figuraient déjà dans la Convention pour la répression du financement du terrorisme de 1999<sup>1217</sup>, qui n'avait cependant à l'époque été ratifiée que par trois Etats<sup>1218</sup>. S'arrogeant un

---

<sup>1210</sup> Soit, en droit international conventionnel « la dépossession permanente de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente » (not. art. 1 de la Convention contre le trafic international de stupéfiants de 1988 précitée) ou en droit de l'Union européenne « une privation permanente d'un bien ordonnée par une juridiction en lien avec une infraction pénale » (art. 2 de la directive 2014/42/UE précitée).

<sup>1211</sup> C.S., Résolution 1373, 28 septembre 2001, disponible notamment à l'adresse *undocs.org/fr/S/RES/1373(2001)* (consultation le 3 juillet 2020). Voy. également ROSAND, E., « Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight against Terrorism », *A.J.I.L.*, 2003, Vol. 97, No. 2, pp. 333-341.

<sup>1212</sup> Troisième paragraphe de la résolution 1373 (2001) précitée.

<sup>1213</sup> CORTEN, O., « Vers un renforcement des pouvoirs du Conseil de Sécurité dans la lutte contre le terrorisme », in BANNELIER, K., *e.a.* (dir.), *Le droit international face au terrorisme. Après le 11 septembre*, *op. cit.*, p. 270.

<sup>1214</sup> *Ibid.*, p. 273 (et références citées) ainsi que MARTIN, J.-C., *op. cit.*, p. 421.

<sup>1215</sup> ANGELET, N., « Vers un renversement de la prévention et de la répression du terrorisme par des moyens financiers et économiques », in BANNELIER K., CHRISTAKIS, T., CORTEN, O. et DELCOURT, B. (s.l.d.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, III, p. 219. En ce sens, not. BANTEKAS, I., « The International Law of Terrorist Financing », *A.J.I.L.*, 2003, Vol. 97, n° 2, p. 326.

<sup>1216</sup> Pour une critique globale, voy. ANGELET, N., « Vers un renversement de la prévention et de la répression du terrorisme par des moyens financiers et économiques », *op. cit.*, pp.219-237.

<sup>1217</sup> Voy. l'intéressant tableau comparatif réalisé par le FMI dans *Suppressing the financing of Terrorism: a handbook for Legislative drafting*, *op. cit.*, pp.17-19.

<sup>1218</sup> ANGELET, N., « Vers un renversement de la prévention et de la répression du terrorisme par des moyens financiers et économiques », *op. cit.*, p. 221 et en ce sens mais de manière moins critique BANTEKAS, I., « The International Law of Terrorist Financing », *op. cit.*, p. 326, CORTEN, O., « Vers un renforcement des pouvoirs du Conseil de Sécurité dans la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 272, RADICATI Di BROZOLO, L. et MEGLIANI, M., « Freezing the Assets of International Terrorist Organisations », in BIANCHI, A. (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism, Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 383 et ROSAND, E., « Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight against Terrorism », *op. cit.*, p. 334.

véritable pouvoir normatif, le Conseil de sécurité a dès lors également « court-circuité » le processus classique de création des normes internationales à portée universelle<sup>1219</sup>.

**780.** Contrairement aux sanctions exposées dans la section précédente, la résolution 1373 n'a pas pour but de lutter contre un groupe terroriste en particulier<sup>1220</sup>. Elle vise en effet à combattre le terrorisme et son financement de manière générale<sup>1221</sup>, sans se limiter au terrorisme international<sup>1222</sup>, considérés en tant que tels comme une menace contre la paix. Son objectif consiste à cet égard à conduire les Etats à

« compléter la coopération internationale en prenant des mesures supplémentaires pour prévenir et réprimer sur leur territoire, par tous les moyens licites, le financement et la préparation de tout acte de terrorisme »<sup>1223</sup>.

Dans ce cadre, bien qu'elle ordonne également aux Etats de « geler » certains biens, la résolution 1373 (2001) ne se fonde pour ce faire sur aucune liste et ne se limite pas à ceux qui appartiennent à ou sont mis à la disposition d'une organisation terroriste déterminée. Elle n'a donc pas vocation à se substituer aux sanctions ciblées, mais bien à les compléter<sup>1224</sup>. Notons encore qu'elle a établi un « Comité contre le terrorisme », composé de l'ensemble des membres du Conseil de sécurité<sup>1225</sup>, chargé de surveiller sa mise en œuvre par les Etats, et plus précisément de renforcer leur aptitude à lutter contre le terrorisme sur les plans interne, régional et international<sup>1226</sup>.

**781.** Enfin, la gamme de mesures prévue par la résolution 1373 (2001) a été renforcée en 2005<sup>1227</sup> et en 2014<sup>1228</sup> afin d'incriminer l'incitation à la commission d'actes de terrorisme ainsi que divers comportements de participation et de soutien à l'accomplissement d'actes de terrorisme à l'étranger. Une attention particulière a encore été plus récemment portée aux actes terroristes visant des « infrastructure critiques »<sup>1229</sup>.

---

<sup>1219</sup> En ce sens, ANGELET, N., « Vers un renversement de la prévention et de la répression du terrorisme par des moyens financiers et économiques », *op. cit.*, p. 221 ainsi que CORTEN, O., « Vers un renforcement des pouvoirs du Conseil de Sécurité dans la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, pp. 275-276.

<sup>1220</sup> Not. RADICATI DI BROZOLO, L. et MEGLIANI, M., « Freezing the Assets of International Terrorist Organisations », *op. cit.*, p.383.

<sup>1221</sup> C.S., Résolution 1373, 28 septembre 2001, art. 1.a.

<sup>1222</sup> En effet, si c'est le terrorisme international qui constitue une menace contre la paix, la résolution 1373 s'en réfère uniquement aux « actes de terrorisme » lorsqu'elle définit les obligations qu'elle impose aux Etats. En ce sens, ANGELET, N., « Vers un renversement de la prévention et de la répression du terrorisme par des moyens financiers et économiques », *op. cit.*, p. 225.

<sup>1223</sup> C.S., Résolution 1373, 28 septembre 2001, 8<sup>ème</sup> considérant.

<sup>1224</sup> ANGELET, N., « Vers un renversement de la prévention et de la répression du terrorisme par des moyens financiers et économiques », *op. cit.*, p. 222. La majorité des résolutions consacrées aux sanctions contre Al-Qaida et l'EIL appellent d'ailleurs à la mise en œuvre de la résolution 1373, voy. not. de manière non exhaustive, C.S., Résolution 1390, 16 janvier 2002 ; C.S., Résolution 1526, 13 janvier 2004 ; C.S., Résolution 1617, 29 juillet 2005 ; C.S., Résolution 1822, 30 juin 2008 ; CS, Résolution 1904, 17 décembre 2009 ; C.S., Résolution 1989, 17 juin 2011 et récemment Résolution 2253, 17 décembre 2015, p. 2. Toutes accessibles *via* le site du Conseil de sécurité [www.un.org/securitycouncil/content/resolutions-0](http://www.un.org/securitycouncil/content/resolutions-0) (dernière consultation le 11 octobre 2020).

<sup>1225</sup> Pour une analyse globale de cette institution, voy. ROSAND, E., *op. cit.*, p. 334 et s.

<sup>1226</sup> Voy. la mission du Comité contre le terrorisme sur le site internet qui lui est dédié ([www.un.org/sc/ctc/](http://www.un.org/sc/ctc/), dernière consultation 11 octobre 2020) et ROSAND, E., *op. cit.*, p. 334.

<sup>1227</sup> C.S., Résolution 1624, 14 septembre 2005.

<sup>1228</sup> C.S., Résolution 2178, 24 septembre 2014.

<sup>1229</sup> C.S., Résolution 2341, 13 février 2017.

## (2) Prévenir le financement du terrorisme en gelant les avoirs des terroristes et de ceux qui les soutiennent dans le respect des droits de l'homme

**782.** L'article 1<sup>er</sup> de la résolution 1373 (2001) dispose que les Etats doivent « prévenir et incriminer le financement des actes de terrorisme ». A cette fin, ils sont notamment<sup>1230</sup> appelés à

« geler sans attendre les fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, des entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles, et des personnes et entités agissant au nom, ou sur instruction, de ces personnes et entités, y compris les fonds provenant de biens appartenant à ces personnes, et aux personnes et entités qui leur sont associées, ou contrôlés, directement ou indirectement, par elles »<sup>1231</sup>,

et à

« interdire à leurs nationaux ou à toute personne ou entité se trouvant sur leur territoire de mettre des fonds, avoirs financiers ou ressources économiques ou services financiers ou autres services connexes à la disposition, directement ou indirectement, de personnes qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, d'entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles et de personnes et entités agissant au nom ou sur instruction de ces personnes »<sup>1232</sup> (par. d).

**783.** Il incombe aux Etats, ou le cas échéant aux organisations internationales, de désigner les personnes et les entités dont les avoirs doivent être gelés « sans attendre ». La résolution ne donne cependant pas de consignes précises à cet égard et, comme nous l'avons indiqué précédemment, ne repose sur aucune liste. Le Conseil de sécurité invite néanmoins les destinataires de la résolution 1373 (2001) à se référer aux recommandations formulées sur le sujet depuis plus de dix ans par le Groupe d'Action Financière (le « GAFI »)<sup>1233</sup>.

**784.** Le GAFI a précisé que le gel devait être ordonné

« dès lors que l'on a des motifs raisonnables ou une base raisonnable permettant de soupçonner ou de penser qu'une personne ou entité est un terroriste, une personne qui finance le terrorisme ou une organisation terroriste »<sup>1234</sup>.

---

<sup>1230</sup> La résolution impose aux Etats de prendre d'autres mesures sur lesquelles nous ne revenons pas ici.

<sup>1231</sup> C.S., Résolution 1373, *op. cit.*, art. 1<sup>er</sup>, c.

<sup>1232</sup> *Ibid.*, art. 1<sup>er</sup>, d.

<sup>1233</sup> Voy. Comité contre le terrorisme, *Guide technique pour la mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité et d'autres résolutions pertinentes*, 27 décembre 2019, doc. S/2019/998 du Conseil de sécurité, qui y fait référence à de multiples occasions et notamment en page 7 ([www.un.org/sc/ctc/resources/ctccted-basic-documents/policy-papers-and-technical-guidance/](http://www.un.org/sc/ctc/resources/ctccted-basic-documents/policy-papers-and-technical-guidance/), consultation le 3 juillet 2020) Voy. également pour un aperçu de l'action concrète du GAFI dans ce cadre, GAFI, *Troisième rapport d'évaluation mutuelle de la Belgique de juin 2005*, points 170 et 195, disponible sur [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Belgium%20full%20FRE.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Belgium%20full%20FRE.pdf) (dernière consultation le 3 juillet 2020).

<sup>1234</sup> GAFI, *Note interprétative à la Recommandation Spéciale III (édition 2004)*, Paris, GAFI/OCDE, 2004, point 7.i) et aussi point 2. Voy. plus récemment la Recommandation 6 (et sa note interprétative) formulée lors de la révision opérée en 2012, GAFI, *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération. Les recommandations du GAFI*, Paris, GAFI/OCDE, 2012 (mis à jour en juin 2019). Ces sources sont disponibles sur le site du GAFI, [www.fatf-gafi.org/](http://www.fatf-gafi.org/) (consultation le 3 juillet 2020).

Plus récemment, il a encore affirmé qu'en raison de leur nature essentiellement préventive, les mesures de gel d'avoirs

« peuvent compléter des procédures pénales contre une personne ou entité désignée et être adoptées par une autorité compétente ou un tribunal, mais ne dépendent pas de l'existence de telles procédures »<sup>1235</sup>.

Selon le GAFI toujours, les Etats doivent procéder au gel de leur propre initiative ou à la demande d'un autre pays<sup>1236</sup>,

« dès lors que le pays récipiendaire a l'assurance, en vertu de ses principes juridiques pertinents, qu'une demande de désignation est étayée par des motifs raisonnables ou par une base raisonnable permettant de suspecter ou de penser que la personne ou entité dont la désignation est proposée remplit les critères de désignation de la résolution 1373 (2001) »<sup>1237</sup>.

**785.** Au vu de ce qui précède, les Etats ne peuvent manifestement pas se permettre d'attendre l'issue d'une procédure pénale pour geler les biens de ceux qu'ils suspectent d'être des terroristes. Il est essentiel de souligner cependant que

« l'autorité compétente de chaque pays applique la norme juridique de son propre système juridique en ce qui concerne le type et le niveau de preuve exigé pour déterminer l'existence de "motifs raisonnables" ou d'une "base raisonnable" »<sup>1238</sup>.

Dans ce cadre, l'inscription sur la liste des sanctions établie par le Conseil de sécurité peut servir de fondement à la mise en œuvre des mesures imposées par la résolution 1373 (2001)<sup>1239</sup>.

**786.** A l'instar du gel ONU examiné ci-dessus, le gel découlant de la résolution 1373 (2001) tend à l'immobilisation de l'intégralité du patrimoine de la personne visée par la mesure, n'est pas expressément lié à l'existence d'une future éventuelle confiscation ou à un quelconque processus judiciaire, et n'est donc pas *a priori* limité dans le temps. A l'instar du mécanisme visant Al-Qaida et l'EIIL, la résolution 1373 (2001) s'écarte ainsi de la notion de gel, telle que définie en droit international conventionnel et en droit de l'Union européenne. Le gel qu'elle impose ne peut pas davantage être assimilé à une mesure de confiscation dans la mesure où, d'une part, il n'a pas pour objet de priver celui ou celle qui le subit de son droit sur ses biens mais seulement d'en interdire la jouissance et, d'autre part, qu'il n'est pas définitif par essence. Suivant l'interprétation donnée à la résolution, il ne s'inscrit de surcroît pas dans le cadre d'une procédure judiciaire en lien avec une infraction pénale. Enfin, il concerne tout le patrimoine et non seulement les biens liés à une infraction particulière ou ceux qui en sont l'équivalent.

**787.** Ce gel se distingue néanmoins du gel ONU dans la mesure où il n'implique pas l'interdiction d'enrichir le patrimoine bloqué<sup>1240</sup> – mesure visée par une autre disposition de la

---

<sup>1235</sup> GAFI, « Note interprétative à la recommandation n° 6 », in *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération. Les recommandations du GAFI*, Paris, GAFI/OCDE, 2012, p. 41.

<sup>1236</sup> La résolution 1373 (2001) précitée appelle d'ailleurs à une coopération internationale globale et renforcée (art. 3.c).

<sup>1237</sup> GAFI, « Note interprétative à la recommandation n° 6 », *op. cit.*, p. 42, point a.3.

<sup>1238</sup> *Ibid.*, p. 43, d.

<sup>1239</sup> Voy. en ce sens Fonds Monétaire International, *op. cit.*, p. 22, note 59.

<sup>1240</sup> Le GAFI semblait avoir perdu cet élément de vue en définissant les deux gels de la même manière, tout en soulignant que « Les résolutions S/RES/1267(1999) et S/RES/1373(2001) diffèrent quant aux personnes et entités



résolution 1373 (2001) citée ci-dessus –, et ne dépend pas de l'inscription sur une quelconque liste établie par le Conseil de sécurité ou l'un de ses organes subsidiaires. Il incombe en effet aux Etats de déterminer selon leur droit interne à qui l'appliquer et suivant quelle procédure. Aucune dérogation n'est par ailleurs expressément prévue.

**788.** La résolution 1373 (2001) ne comporte aucune disposition relative aux droits des personnes faisant l'objet du gel de leurs avoirs. Dans la résolution 1963 (2010), le Conseil de sécurité affirme toutefois que

« les États Membres doivent s'assurer que toute mesure prise pour lutter contre le terrorisme soit conforme à l'ensemble des obligations que leur impose le droit international, en particulier le droit international des droits de l'homme et des réfugiés et le droit international humanitaire »<sup>1241</sup>.

**789.** Dans son *Guide technique pour la mise en œuvre de la Résolution 1373*<sup>1242</sup>, établi en 2009 et régulièrement mis à jour depuis, le Comité contre le terrorisme indiquait pour sa part que le gel devrait être mis en œuvre « dans le respect des garanties de la procédure régulière » au regard des obligations internationales en matière de droits fondamentaux de l'Etat en cause, et qu'il convient de déterminer à cet égard

« s'il existe des recours judiciaires ou autres efficaces, indépendants et impartiaux dont peuvent se prévaloir les personnes et entités concernées pour contester la décision de gel des avoirs ».

**790.** Le GAFI appelle également au respect des droits de l'homme et des droits des tiers de bonne foi lors de la mise en œuvre de la résolution 1373 (2001)<sup>1243</sup>.

**791.** Au vu de ces éléments et en dépit du silence de la résolution 1373 (2001) sur la question, les Etats et les organisations internationales qui adoptent des mesures de gel d'avoirs en vue de mettre en œuvre ladite résolution, devraient donc le faire dans le respect des leurs obligations en matière de droits fondamentaux.

**792.** Enfin, de manière générale, hormis en ce qui concerne l'obligation d'incriminer le financement du terrorisme, la résolution 1373 (2001) est relativement peu précise quant aux moyens à mettre en œuvre pour parvenir aux objectifs qu'elle fixe. Les Etats disposent donc d'une large marge d'appréciation, encadrée toutefois par le contrôle exercé par le Comité contre le terrorisme ainsi que par les recommandations du GAFI.

---

dont les fonds ou autres biens doivent être gelés, aux autorités responsables de l'inscription desdites personnes ou entités sur des listes de personnes visées et aux effets de ces inscriptions » (voy. *Note interprétative de la Recommandation Spéciale III (version 2004)*, op. cit.). Il est néanmoins revenu sur cette méprise lors de la révision de 2012 de ses recommandations en distinguant les deux mécanismes voy. GAFI, *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération. Les recommandations du GAFI*, op. cit., p. 45, pt. 5. Voy. également le *Guide technique pour la mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité et d'autres résolutions pertinentes* précité sur cette question (p. 16, pt. 4).

<sup>1241</sup> C.S., Résolution 1963, 20 décembre 2010, p. 3, disponible à l'adresse suivante : <https://www.un.org/securitycouncil/fr/content/resolutions-adopted-security-council-2010> (consultation le 22 septembre 2020).

<sup>1242</sup> Comité contre le terrorisme, *Guide technique pour la mise en œuvre de la Résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité*, 2009, p. 11. Voy. également la dernière version de ce *Guide*, précitée (p. 16, pt. 6).

<sup>1243</sup> GAFI, *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération. Les recommandations du GAFI*, op. cit., p. 41, a, 2.

**c. Conclusion de synthèse de la section 1 : protéger la paix et la sécurité internationales en privant les terroristes (présumés) de la jouissance de l'ensemble de leurs biens**

**793.** L'action du Conseil de sécurité en matière de lutte contre le terrorisme a donné naissance à deux types de gels préventif d'avoirs, fondamentalement différents du gel ou de la saisie pénale préalable à confiscation.

**794.** Le premier découle directement des sanctions imposées jadis aux Talibans et est entièrement organisé par le Conseil de sécurité ainsi que par l'un de ses organes subsidiaires, le Comité des sanctions. Il est également qualifié de « sanction » et nous l'avons désigné comme le gel ONU. Il repose sur une liste établie par le Comité des sanctions, organe subsidiaire du Conseil de sécurité, reprenant les noms des personnes et entités dont les Etats – ou les organisations internationales au travers desquelles ils agissent – doivent notamment geler les avoirs. Bien que des dérogations soient possibles, ce gel porte en principe sur l'intégralité du patrimoine et interdit également que d'autres avoirs soient mis à la disposition de la personne ou de l'entité visée. Il n'est *a priori* pas limité dans le temps et n'est lié à aucune procédure judiciaire de confiscation. Il est de nature préventive et repose sur des « motifs raisonnables » d'appartenance ou de soutien à Al-Qaida ou à l'EIIL, et non sur des preuves de cette appartenance ou de ce soutien, ou sur une condamnation pénale de ce chef. En dépit de certaines avancées, comme la désignation d'un médiateur impartial et indépendant chargé d'examiner les demandes de radiation de liste, la procédure menée devant le Comité des sanctions, le Conseil de sécurité et le médiateur n'offre pas les garanties d'un procès équitable et d'un recours juridictionnel effectif.

**795.** Le second trouve sa source dans la résolution 1373 (2001), adoptée au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, en vue de lutter contre le terrorisme. Très décriée, cette résolution a pour objectif d'imposer aux Etats l'adoption d'une série de mesures, parmi lesquelles figure l'obligation de geler sans attendre les avoirs des (groupes) terroristes et de leurs soutiens, ainsi que d'interdire que des fonds soient mis à leur disposition. Ce gel est également préventif et n'est pas lié à une quelconque procédure de confiscation. Il n'est pas davantage limité *a priori* dans le temps et aucune dérogation n'est prévue. Au contraire de celui qui vise Al-Qaida et l'EIIL, il n'est cependant pas fondé sur l'établissement d'une liste par le Conseil de sécurité ou l'un de ses organes subsidiaires. Il incombe en effet aux Etats – ou aux organisations internationales au travers desquelles ils agissent – de déterminer à qui l'appliquer et de fixer la procédure pour ce faire. Il ressort des travaux du Comité contre le terrorisme et des recommandations du GAFI que ladite procédure devrait être compatible avec leurs obligations en matière de droits fondamentaux, bien que la résolution 1373 (2001) ne se prononce pas sur cette question.

## 2. Le gel préventif d'avares terroriste en droit de l'Union européenne<sup>1244</sup>

**796.** Les deux types de gel d'avares élaborés par le Conseil de sécurité en vue de lutter contre le terrorisme ont été mis en œuvre au moyen de mesures distinctes mais de même nature par l'Union européenne. En 2016, un dispositif complémentaire de gel préventif ciblant Al-Qaida et l'EIIL a encore été introduit en droit de l'Union européenne. Nous les examinons ci-dessous (a), en commençant par les sanctions ciblées contre Al-Qaida et l'EIIL (1) avant d'examiner le régime de gel mis en place en réponse à la résolution 1373 (2001) (2). Ensuite, nous nous intéresserons au contrôle juridictionnel auquel ces mesures de gel sont soumises et aux droits dont disposent les personnes intéressées dans l'ordre juridique de l'Union européenne (b), avant de proposer une courte conclusion de synthèse.

### a. Trois dispositifs complémentaires de gel préventifs d'avares terroristes

#### (1) Les sanctions ciblées contre Al-Qaida et l'EIIL : une liste peut en cacher une autre

**797.** Depuis 1999, le Conseil de l'Union européenne (ci-après « le Conseil ») a adopté différents instruments en vue de transposer le gel ONU dans l'ordre juridique européen. Il a initialement agi au travers de plusieurs positions communes<sup>1245</sup>, et notamment la position commune 2002/402/PESC<sup>1246</sup>, qu'il a mises en œuvre au moyen de différents règlements<sup>1247</sup>. A l'heure actuelle, ce type de gel d'avares repose sur la décision (PESC)<sup>1248</sup> 2016/1693 du Conseil du 20 septembre 2016<sup>1249</sup> et sur le règlement (CE) 881/2002<sup>1250</sup>, instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées aux organisations EIIL (Daech) et Al-Qaida, adoptés le 27 mai 2002. Ces actes ont régulièrement été modifiés et mis à jour depuis, comme en témoigne leur intitulé actuel<sup>1251</sup>.

---

<sup>1244</sup> Sur la mise en œuvre de mesures restrictives ordonnées par l'ONU par l'Union européenne, voy. BEAUCILLON, C., *Les mesures restrictives de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

<sup>1245</sup> Comme l'a précisé la Cour de justice à plusieurs reprises, « une position commune oblige les États membres à s'y conformer, en vertu du principe de coopération loyale qui implique notamment que les États membres prennent toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de leurs obligations au titre du droit de l'Union européenne (voir arrêt *Pupino*, précité, point 42). L'article 37 UE prévoit ainsi que les États membres défendent les positions communes "dans les organisations internationales et lors des conférences internationales auxquelles ils participent". Toutefois, une position commune n'est pas censée avoir par elle-même d'effet juridique vis-à-vis des tiers » (C.J.U.E., arrêt *Segi e.a./Conseil* du 27 février 2007, C-355/04 P, EU:C:2007:116).

<sup>1246</sup> *J.O.*, L 139 du 29 mai 2002, p. 4.

<sup>1247</sup> Pour rappel, en vertu de l'article 288 TFUE, le règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tous les États membres.

<sup>1248</sup> Pour rappel, une telle décision est adoptée en vertu du chapitre 2 du Titre 5 du TUE et de l'article 215 TFUE.

<sup>1249</sup> *J.O.*, L 255 du 21 septembre 2016, p. 25.

<sup>1250</sup> *J.O.*, L 139 du 29 mai 2002, p. 9.

<sup>1251</sup> Une version consolidée de ces textes est accessible sur [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). Voy. également la base de données régulièrement mise à jour par la Commission européenne intitulée *EU sanctions map* disponible sur le site <https://sanctionsmap.eu/#/main> (consultation le 4 juillet 2020).

**798.** Nous les analysons ci-dessous en distinguant les provisions relatives à l'exécution du gel ONU (a) et celles qui créent et organise le gel préventif européen contre l'EIIL et Al-Qaida (b).

**(a) L'exécution du gel ONU au sein de l'Union européenne : une mission incombant à la Commission**

**799.** La décision (PESC) 2016/1693 dispose en son article 3 que :

« 1. Sont gelés tous les fonds, autres avoirs financiers et ressources économiques qui sont en la possession ou sous le contrôle, direct ou indirect, des personnes, groupes, entreprises et entités désignés et soumis à un gel des avoirs par le CSNU en vertu des résolutions 1267 (1999), 1333 (2000) et 2253 (2015), ou par le comité<sup>1252</sup>, au motif qu'ils

a) concourent à financer, organiser, faciliter, préparer ou exécuter des actes ou activités d'Al-Qaida, de l'EIIL (Daech) ou de toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci, en association avec ceux-ci ou sous le nom, pour le compte ou à l'appui de ceux-ci ;

b) fournissent, vendent ou transfèrent des armements et matériels connexes à Al-Qaida, l'EIIL (Daech) ou toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci ;

c) recrutent des personnes pour le compte d'Al-Qaida, de l'EIIL (Daech) ou de toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci, ou soutiennent de toute autre manière des actes ou activités commis par ceux-ci ; ou

d) sont détenus ou contrôlés, directement ou indirectement, par toute personne, tout groupe, toute entreprise ou toute entité associé(e) à l'EIIL (Daech) ou Al-Qaida, figurant sur la liste relative aux sanctions contre l'EIIL (Daech) et Al-Qaida, ou soutenant ceux-ci de toute autre manière, ou par un tiers agissant pour leur compte ou sur leurs ordres ».

**800.** Afin de mettre en œuvre la décision (PESC) 2016/1693, l'article 2 du règlement (CE) 881/2002 impose l'adoption de ces mesures à l'égard des personnes physiques ou morales, entités, organismes ou groupe que le Conseil de sécurité ou le Comité des sanctions a décidé d'inscrire sur la liste des sanctions et dont la Commission est chargée de retranscrire le nom dans une liste publiée en annexe du règlement (art. 7). Aucune procédure particulière n'était initialement prévue pour ce faire, ce qui fut jugé contraire aux droits fondamentaux par la Cour de justice dans le fameux arrêt *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission* rendu le 3 septembre 2008<sup>1253</sup> (« KADI I ») sur lequel nous reviendrons ultérieurement. Le Conseil a réagi à cette décision en décembre 2009<sup>1254</sup> en modifiant le

---

<sup>1252</sup> Il s'agit du comité créé par la résolution 1267 (1999) déjà évoqué précédemment.

<sup>1253</sup> C.J.U.E., arrêt *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission* du 3 septembre 2008, C-402/05 P et C-415/05 P, EU:C:2008:461 (ci-après « KADI I »). Voy. également C.J.U.E., arrêt *Hassan et Ayadi/Conseil et Commission* du 3 décembre 2009, C-399/06 P et C-403/06 P, EU:C:2009:496.

<sup>1254</sup> Règlement (UE) 1286/2009 du 22 décembre 2009 modifiant le règlement (CE) n° 881/2002, *J.O.*, L 346 du 23 décembre 2009, p. 42. Voy. le Considérant qui précise : « À la suite de l'arrêt rendu le 3 septembre 2008 par la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P: arrêt de la Cour (grande chambre) du 3 septembre 2008 - Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, le règlement (CE) n° 881/2002 devrait être modifié afin d'instituer une procédure d'inscription sur la liste garantissant que les droits fondamentaux de la défense et en particulier celui d'être entendu sont respectés ».

règlement (CE) 881/2001 afin d'imposer à la Commission<sup>1255</sup> de suivre la procédure suivante définie dans un nouvel article *7bis* :

« 1. Lorsque le Conseil de sécurité des Nations unies ou le comité des sanctions décide d'inscrire pour la première fois sur la liste récapitulative une personne physique ou morale, une entité, un organisme ou un groupe, la Commission, dès que le comité des sanctions a communiqué l'exposé des motifs, prend la décision d'inscrire la personne, l'entité, l'organisme ou le groupe sur la liste de l'annexe I.

2. Dès l'adoption de la décision visée au paragraphe 1 [celle d'inscrire un nom], la Commission communique sans délai à la personne, l'entité, l'organisme ou au groupe concerné l'exposé des motifs fourni par le comité des sanctions, soit directement, si son adresse est connue, soit après la publication d'un avis, en lui donnant la possibilité d'exprimer son point de vue concernant la décision.

3. Si des observations sont formulées, la Commission réexamine sa décision, visée au paragraphe 1, à la lumière de ces observations et suivant la procédure visée à l'article *7ter*, paragraphe 2<sup>1256</sup>. Ces observations sont transmises au comité des sanctions. La Commission communique les conclusions de ce réexamen à la personne, l'entité, l'organisme ou le groupe concerné. Ces conclusions sont également transmises au comité des sanctions.

4. Si, sur la base de nouveaux éléments de preuve substantiels, il est présenté une nouvelle demande visant à radier une personne, une entité, un organisme ou un groupe de la liste de l'annexe I, la Commission procède à un nouvel examen, conformément au paragraphe 3 et suivant la procédure visée à l'article *7ter*, paragraphe 2.

5. Si les Nations unies décident de radier de la liste une personne, une entité, un organisme ou un groupe, ou de modifier les données identifiant une personne, une entité, un organisme ou un groupe, la Commission modifie l'annexe I en conséquence ».

**801.** Le Conseil a également prévu que les personnes inscrites sur la liste des sanctions avant l'arrêt KADI I, puissent solliciter la communication des motifs ayant conduit à leur inscription et transmettre leurs observations (art. *7quater*). Dans ce cas, une procédure de réexamen identique à celle exposée ci-dessous est prévue.

---

<sup>1255</sup> Notons qu'elle est assistée dans sa tâche par un comité composé de représentants des Etats membres conformément au règlement (UE) n° 182/2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les Etats membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, *J.O.*, L 55/13 du 28 février 2011, p. 14.

<sup>1256</sup> Cet article dispose que les articles 5 et 11 du règlement (UE) n° 182/2011 du Parlement européen et du Conseil s'appliquent (*J.O.*, L 55 du 28 février 2011, p. 13-18). Ces dispositions imposent en substance à la Commission de soumettre l'acte qu'elle envisage d'adopter à un comité composé de représentants des Etats membres pour approbation. Elles prévoient également un « droit de regard » au bénéfice du Parlement et du Conseil.

**802.** Le règlement précise ce que recouvrent les notions de « fonds »<sup>1257</sup> et de « ressources économiques »<sup>1258</sup> (art. 1<sup>er</sup>), conçues très largement<sup>1259</sup> conformément aux résolutions du Conseil de sécurité, ainsi que de « gel ». Il définit cette dernière notion à l'article 1<sup>er</sup> comme

« toute action visant à empêcher tout mouvement, transfert, modification, utilisation, manipulation de fonds/ressources économiques ou accès à des fonds/ressources économiques qui aurait pour conséquence un changement de leur volume, de leur montant, de leur localisation, de leur propriété, de leur possession, de leur nature, de leur destination ou toute autre modification qui pourrait en permettre l'utilisation, y compris la gestion de portefeuille ».

Aucune référence n'est ainsi faite à la directive 2014/42/UE, ce qui démontre si besoin en est sa nature fondamentalement différente.

**803.** Conformément aux résolutions du Conseil de sécurité encore, un certain nombre de dérogations au gel sont prévues (art. 2*bis*). Le règlement dispose également qu'il est interdit de participer, sciemment ou volontairement, aux activités ayant pour objet ou pour effet, direct ou indirect, de contourner le gel d'avoirs (art. 4) et qu'il appartient aux Etats membres de définir des sanctions efficaces, proportionnelles et dissuasives en cas de violation des mesures qu'il impose (art. 10). Bien qu'il prohibe la mise à disposition de la personne visée de fonds ou de ressources économiques, le règlement ne fait cependant pas obstacle à ce que les comptes gelés soient crédités de sommes nouvelles, pour autant qu'elles soient également gelées (art. 2*ter*).

### **(b) Un gel préventif européen complémentaire au gel ONU...mais pourquoi ?**

**804.** La décision (PESC) 2016/1693 apporte une innovation majeure dans le droit de l'Union européenne en matière de gel préventif d'avoirs terroristes en créant un dispositif de gel préventif visant Al-Qaida et l'EIIL distinct de celui organisé par le Conseil de sécurité. L'article 3 § 3 dispose ainsi que :

« 3. Sont gelés tous les fonds, autres avoirs financiers et ressources économiques qui sont en la possession ou sous le contrôle, direct ou indirect, des personnes, groupes, entreprises et entités :

---

<sup>1257</sup>Cette notion désigne « les actifs financiers et les avantages économiques de toute nature, y compris notamment le numéraire, les chèques, les créances en numéraire, les traites, les ordres de paiement et autres instruments de paiement; les dépôts auprès d'établissements financiers ou d'autres entités, les soldes en comptes, les créances et les titres de créance; les instruments de la dette au niveau public ou privé, et les titres négociés notamment les actions et autres titres de participation, les certificats de titre, les obligations, les billets à ordre, les warrants, les titres non gagés, les contrats sur produits dérivés; les intérêts, les dividendes ou autres revenus d'actifs ou plus-values perçus sur des actifs; le crédit, le droit à compensation, les garanties, les garanties de bonne exécution ou autres engagements financiers; les lettres de crédit, les connaissements, les contrats de vente; tout document attestant la détention de parts d'un fonds ou de ressources financières, et tout autre instrument de financement à l'exportation » (art. 1.1).

<sup>1258</sup>Cette notion désigne « les avoirs de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, qui ne sont pas des fonds mais peuvent être utilisés pour des fonds, des biens ou des services » (art. 1.2).

<sup>1259</sup>Notons néanmoins que la Cour de justice a jugé sur question préjudicielle que l'article 2 « ne s'applique pas aux prestations de sécurité sociale ou d'assistance versées par l'État à l'épouse d'une personne désignée au seul motif que cette épouse vit avec ladite personne désignée et qu'elle destinera ou pourra destiner une partie de ces prestations à l'achat de biens ou de services que cette personne désignée consommera ou dont elle bénéficiera également » (C.J.U.E., arrêt *M. e.a.* du 29 avril 2010., C-340/08, EU:C:2010:232).

a) associés à l'EIL (Daech) et Al-Qaida ou toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci, y compris en :

i) concourant à financer l'EIL (Daech) et Al-Qaida ou toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci, ou à financer des actes ou activités de ceux-ci, en association avec ceux-ci ou sous le nom, pour le compte ou à l'appui de ceux-ci ;

ii) concourant à organiser, faciliter, préparer ou exécuter des actes ou activités, ou dispensant ou recevant un entraînement au terrorisme tel qu'une formation aux armes, engins explosifs ou autres méthodes ou technologies aux fins de la perpétration d'actes terroristes de l'EIL (Daech) et d'Al-Qaida ou de toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci, en association avec ceux-ci ou sous le nom, pour le compte ou à l'appui de ceux-ci ;

iii) faisant du commerce avec l'EIL (Daech), Al-Qaida ou toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci, notamment du commerce de pétrole, de produits pétroliers, de raffineries modulaires et de matériaux connexes, ainsi que du commerce d'autres ressources naturelles et de biens culturels ;

iv) fournissant, vendant ou transférant des armements et matériels connexes à l'EIL (Daech), Al-Qaida ou toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci ;

b) qui se déplacent ou tentent de se déplacer en dehors de l'Union aux fins de :

i) commettre, organiser ou préparer des actes terroristes, ou participer à de tels actes au nom ou pour le compte de l'EIL (Daech), d'Al-Qaida ou de toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci ;

ii) dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme au nom ou pour le compte de l'EIL (Daech), d'Al-Qaida ou de toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci ; ou

iii) soutenir de toute autre manière l'EIL (Daech), Al-Qaida ou toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci ;

c) qui tentent de se rendre dans l'Union aux fins visées au point b) ou de participer à des actes ou des activités en association avec l'EIL (Daech), Al-Qaida ou toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci, sous le nom, pour le compte ou à l'appui de ceux-ci ;

d) qui recrutent des personnes pour le compte de l'EIL (Daech), d'Al-Qaida ou de toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci, ou soutiennent de toute autre manière des actes ou activités de ceux-ci, y compris :

i) en fournissant ou collectant, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, des fonds afin de financer les déplacements de personnes aux fins visées aux points b) et c), en organisant les déplacements de personnes aux fins visées aux points b) et c) ou en facilitant de toute autre manière ces déplacements à ces fins ;

ii) en sollicitant une autre personne pour participer à des actes ou des activités de l'EIL (Daech), d'Al-Qaida ou de toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci, en association avec ceux-ci ou sous le nom, pour le compte ou à l'appui de ceux-ci ;

e) qui incitent ou appellent publiquement à l'exécution d'actes ou d'activités par l'EIL (Daech), Al-Qaida ou toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci, en association avec ceux-ci ou sous le nom, pour le compte ou à l'appui de ceux-ci, y compris en encourageant ou en glorifiant de tels actes ou activités et présentant ainsi un risque de donner lieu à la perpétration d'actes terroristes ;

f) qui ordonnent ou commettent des violations graves des droits de l'homme en dehors du territoire de l'Union, y compris l'enlèvement, le viol, les violences sexuelles, le mariage forcé et la réduction en esclavage de personnes, pour le compte ou au nom de l'EIL (Daech), d'Al-Qaida ou de toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident de ceux-ci, ou qui en sont complices,

dont le nom figure en annexe ».

**805.** Il incombe au Conseil statuant à l'unanimité sur proposition d'un État membre ou du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, d'établir et de modifier la liste des personnes soumises à ce gel (art. 5 § 1<sup>er</sup>). Conformément aux enseignements des arrêts KADI<sup>1260</sup>, il devra communiquer sa décision, accompagnée de l'exposé des motifs, à la personne concernée<sup>1261</sup>, soit directement, soit par la publication d'un avis dans le *Journal Officiel* (art. 5, § 2). Cette dernière a la possibilité de faire valoir des observations à ce propos, observations qui doivent conduire à un réexamen du Conseil de sa décision, à l'instar de la présentation de « nouveaux éléments de preuve substantiels » (art. 5 § 3). Un Etat membre peut également inviter le Conseil à retirer une personne de la liste, ce que ce dernier peut décider à la majorité qualifiée (art. 5, § 4) – et non à l'unanimité contrairement à la décision d'inscrire sur la liste. Le Conseil doit en outre procéder au moins annuellement à un réexamen du bienfondé de l'inscription, à la lumière des observations et preuves qui lui auront éventuellement été soumises (art. 6)<sup>1262</sup>. Enfin, des dérogations sont prévues comme dans le régime de gel ONU (art. 3, §§ 5 à 8).

**806.** Au moment où nous écrivons ces lignes, quatre personnes physiques figurent sur la liste établie par le Conseil. Ils ne sont en revanche pas sur la liste onusienne.

**807.** La décision (PESC) 2016/1693 détermine plus précisément les comportements pouvant conduire à faire l'objet d'une mesure européenne de gel préventif que les résolutions du Conseil de sécurité. Il est néanmoins douteux que personnes susceptibles de faire l'objet d'un gel ONU puisse échapper à ce dispositif européen, tant la gamme de comportements visés à l'article 3 § 3 de la décision (PESC) est large. Il est tout aussi peu vraisemblable qu'il permette d'atteindre plus de personnes que le gel ONU. L'utilité d'un tel régime complémentaire pose par conséquent question. Il n'est en outre pas exclu qu'une personne soit inscrite tant sur la liste onusienne que sur la liste établie par le Conseil, ce qui pourrait également être source de difficultés pour la personne intéressée, contrainte d'agir dans deux ordres juridiques sans garantie que le Comité des sanctions et le Conseil prennent des décisions harmonieuses.

**808.** Les considérants de la décision (PESC) indiquent en substance à ce propos que vu la menace que représentent l'EIL et Al-Qaida, le Conseil devrait pouvoir prendre « des mesures restrictives ciblées » à l'encontre de toute personne, quelle que soit sa nationalité ou sa citoyenneté, ou de toute entité responsable d'actes de terrorisme au nom ou à l'appui de l'EIL (Daech) et d'Al-Qaida (considérant 9), conformément aux obligations générales fixées dans la

---

<sup>1260</sup> Il s'agissait d'une préoccupation des membres du Conseil, voy. les *Conclusions du Conseil relatives à la stratégie régionale de l'Union européenne pour la Syrie et l'Iraq, ainsi que pour la menace que constitue l'EIL/Daech*, doc. 7267/15, p. 20 disponibles sur le site du Conseil.

<sup>1261</sup> Par souci de lisibilité nous considérons sous la notion de « personne », « la personne physique ou morale, au groupe, à l'entreprise ou à l'entité concerné(e) ».

<sup>1262</sup> Comp. avec le délai prévu par la position commune 2001/931/PESC examinée dans la sous-section suivante.



résolution 1373 (2001) (considérant 12). Ces motifs ne permettent donc pas de comprendre pourquoi il était précisément nécessairement de prévoir un régime de gel préventif complémentaire. L'idée d'un tel mécanisme apparaît dans les Conclusions du Conseil des affaires étrangères consacré à la situation en Syrie et en Irak et à la menace que constituent l'EIIL et Al-Qaida qui s'est tenu le 16 mars 2015<sup>1263</sup>. Aucun argument précis n'est néanmoins avancé pour en justifier l'utilité concrète. Bien qu'en accès restreint, nous avons par ailleurs pu obtenir du Conseil les documents relatifs à la proposition de la Haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères formulée en vue de sa création<sup>1264</sup>. Malheureusement, aucune autre explication que celles figurant dans les considérants de la décision (PESC) ne s'y trouve<sup>1265</sup>.

**809.** Quoiqu'il en soit, cette décision est mise en œuvre par un règlement (UE) 2016/1686<sup>1266</sup>, auquel est également annexée la liste établie par le Conseil. Les notions de « fonds », « ressources économiques », « gel des fonds » et « gel des ressources économiques » y sont définies comme dans le règlement (CE) 881/2002 (art. 1<sup>er</sup>). Conformément à la décision (PESC) 2016/1693, l'article 2 impose le gel des fonds et des ressources économiques des personnes identifiées, sur base des critères fixés par la décision (PESC) précités (art. 3), comme étant associées à Al-Qaida ou à l'EIIL. L'article 2 interdit également que des fonds ou des ressources économiques ne soient mis à la disposition de ces dernières (art. 2, § 2). Les garanties au profit de la personne visée et les dérogations prévues par la décision que nous avons évoquées ci-dessus sont également reprises aux articles 4 à 7 du règlement.

**810.** Il est encore prévu que les comptes gelés peuvent être crédités mais que ces avoirs supplémentaires doivent également être gelés (art. 8). Le règlement impose en outre des obligations à l'égard des tiers, consistant en substance en une interdiction d'assister les personnes listées pour mener des opérations portant sur des armes (art. 9) et en une obligation d'information et de coopération avec les autorités pour la bonne mise en œuvre du gel (art. 10). Il est par ailleurs interdit d'agir en vue de contourner les mesures imposées par le règlement (art. 11), à charge pour les Etats membres de définir les sanctions adéquates (art. 15). La responsabilité des tiers qui mettent en œuvre le gel ne peut naturellement en principe être mise en œuvre par les personnes concernées (art. 12), qui ne peuvent quant à elles prétendre à une indemnisation ou à une compensation si le gel a fait obstacle à l'exécution d'une obligation quelconque (art. 13). Enfin, chaque Etat membre doit désigner une autorité compétente chargée notamment de recevoir et d'examiner les demandes de dérogation (art. 16)<sup>1267</sup>.

---

<sup>1263</sup> *Conclusions du Conseil relatives à la stratégie régionale de l'Union européenne pour la Syrie et l'Iraq, ainsi que pour la menace que constitue l'EIIL/Daech*, doc. 7267/15, p. 20 disponibles sur le site du Conseil.

<sup>1264</sup> Demande 20/1242-vl/mf suite à laquelle le Conseil nous a donné accès aux documents du Conseil 9794/16 et 11139/16 + ADD 1.

<sup>1265</sup> Doc. 9794/16 reprenant la *Proposition présentée au Conseil par le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité en vue d'une décision du Conseil concernant des mesures restrictives à l'encontre des membres des organisations EIIL (Daech) et Al-Qaida et d'autres groupes, entreprises et entités associés, et abrogeant la position commune 2002/402/PESC*.

<sup>1266</sup> Règlement (UE) 2016/1686 du Conseil du 20 septembre 2016 instituant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de l'EIIL (Daech) et d'Al-Qaida ainsi que des personnes physiques et morales, des entités ou des organismes qui leur sont liés, *J.O.*, L 255 du 21 septembre 2016, p. 1.

<sup>1267</sup> Pour la Belgique, une adresse mail renvoyant au site du SPF affaires étrangères est indiquée, mais ne renvoie à aucune page. En réalité, le SPF Finances (administration de la Trésorerie) est compétent en la matière, voy. [finances.belgium.be/fr/sur\\_le\\_spf/structure\\_et\\_services/administrations\\_generales/tr%C3%A9sorierie/contr%C3%B4le-des-instruments-1-2](http://finances.belgium.be/fr/sur_le_spf/structure_et_services/administrations_generales/tr%C3%A9sorierie/contr%C3%B4le-des-instruments-1-2).

**811.** Ce gel complémentaire européen est au vu de ce qui précède très semblable au gel ONU.

**(2) La mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) : une procédure collaborative sous la direction du Conseil**

**812.** Afin de répondre à l'appel du Conseil de sécurité dans la résolution 1373 (2001)<sup>1268</sup> et de « prévenir la commission de nouveaux actes terroristes »<sup>1269</sup>, le Conseil adopta le 27 décembre 2001 la position commune 2001/930/PESC relative à la lutte contre le terrorisme, la position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme et le règlement (CE) 2580/2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme<sup>1270</sup>.

**813.** Nous revenons successivement sur ces différents instruments (a à c).

**(a) La position commune 2001/930/PESC :  
incriminer le financement du terrorisme et geler les  
biens des terroristes et de leurs soutiens**

**814.** La position commune 2001/930/PESC appelle de manière générale à incriminer

« la fourniture ou la collecte délibérée par des citoyens ou sur le territoire de chacun des États membres de l'Union européenne, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser, ou dont on sait qu'ils seront utilisés, pour perpétrer des actes de terrorisme » (art. 1<sup>er</sup>),

ainsi que la participation et l'appui

« au financement, à l'organisation, à la préparation ou à la perpétration d'actes de terrorisme » (art. 8).

Les auteurs de tels actes devraient de surcroît être traduits en justice (art. 8).

**815.** Parmi les autres mesures à prendre<sup>1271</sup>, la position commune dispose notamment en son article 2 que doivent être gelés

---

<sup>1268</sup> Voy. les premiers Considérants de chacun de ses actes qui s'y réfèrent systématiquement. Bien que définissant le cadre juridique de la lutte contre le terrorisme au sein de l'Union, la décision-cadre du 13 juin 2002, relative à la lutte contre le terrorisme 2002/475/JAI (*J.O.*, L 164 du 22 juin 2002, p. 3) ne met pas expressément en œuvre la Résolution 1373 (2001). Nous ne l'abordons donc pas ici. Sur ce sujet, voy. not. FLORE, D., *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2<sup>ème</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 155 et s.

<sup>1269</sup> C.J.U.E., arrêt *Al-Aqsa/Conseil et Pays-Bas/Al Aqsa* du 15 novembre 2012, C-539/10 P et C-550/10 P, EU:C:2012:711, point 67 (ci-après « AL AQSA »).

<sup>1270</sup> *J.O.*, L 344 du 28 décembre 2001, pp. 70-96. Une version consolidée de ces textes est accessible sur [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). Voy. également le document très régulièrement mis à jour précité *EU sanctions map* via *sanctionsmap.eu* précité.

<sup>1271</sup> Répression du recrutement de membres de groupes terroristes ainsi que de l'approvisionnement en armes des terroristes (art. 4), vigilance en matière d'asile et d'accueil des réfugiés (arts. 6, 15 et 16), veiller à ce que leur territoire ne soit pas utilisé comme base arrière en vue de commettre des actes terroristes dans des états étrangers (art. 7), contrôles frontaliers pour éviter les mouvements de terroristes et l'usage de faux documents d'identité et de voyage (art. 10) et assurer une meilleure coopération entre les Etats membres dans le cadre des enquêtes menées (art. 9) et en matière d'échanges d'informations (arts. 11 et 12).

« les fonds et autres avoirs financiers ou ressources économiques :

- des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent,

- des entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles, et

- des personnes et entités agissant au nom, ou sur instruction, de ces personnes et entités,

y compris les fonds provenant de biens appartenant à ces personnes et aux personnes et entités qui leur sont associées, ou contrôlés, directement ou indirectement, par elles ».

De plus, il doit être interdit de mettre des fonds, de quelque nature que ce soit, à la disposition des personnes et entités dont les avoirs ont été gelés (art. 3).

### **(b) La position commune 2001/931/PESC : un dispositif encore flou**

**816.** La position commune 2001/931/PESC porte quant à elle spécifiquement sur la mesure de gel. Elle ordonne en effet le « gel des fonds et des autres avoirs financiers ou ressources économiques » des personnes, groupes et entités impliqués dans des actes de terrorisme et dont la liste figure à l'annexe (art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup> et art. 2). Conformément à la résolution 1373 (2001), est ainsi ciblé l'ensemble du patrimoine

« - des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent,

- des groupes et des entités appartenant à ces personnes ou contrôlés directement ou indirectement par elles, et des personnes, groupes et entités agissant au nom, ou sur instruction, de ces personnes, groupes et entités, y compris les fonds provenant de biens qui, soit appartiennent à ces personnes et aux personnes, groupes et entités qui leur sont associés, soit sont contrôlés directement ou indirectement par elles » (art. 1<sup>er</sup>, § 2)<sup>1272</sup>.

**817.** Contrairement à la résolution 1373 (2001), la position commune 2001/931/PESC définit expressément la notion d'« acte de terrorisme » en reprenant, tout en l'enrichissant, la définition figurant dans la Convention de New York de 1999<sup>1273</sup>.

---

<sup>1272</sup> A cet égard, il est précisé que le « groupe terroriste » est « l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des actes terroristes » (art. 1, § 3). Cette définition s'inspire de celle d'organisation criminelle figurant à l'article 2.a de la Convention de Palerme, elle-même tirée 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 européenne (*J.O.*, L 351 du 29 décembre 1998, pp. 1 à 3). Reprenant également la définition de la Convention de Palerme, le Conseil indique que les termes « association structurée » désignent une association qui ne s'est pas constituée par hasard pour commettre immédiatement un acte terroriste et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée (art. 1<sup>er</sup>, § 3).

<sup>1273</sup> Constitue un acte de terrorisme « l'un des actes intentionnels suivants, qui, par sa nature ou son contexte, peut gravement nuire à un pays ou à une organisation internationale, correspondant à la définition d'infraction dans le droit national, lorsqu'il est commis dans le but de :

i) gravement intimider une population, ou

ii) contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou

**818.** Pour déterminer qui doit figurer sur la liste des personnes, groupes et entités impliqués dans des actes de terrorisme établie par le Conseil, il est précisé à l'article 1<sup>er</sup>, §§ 4 et 5 que :

« 4. La liste à l'annexe est établie sur la base d'informations précises ou d'éléments de dossier qui montrent qu'une décision a été prise par une autorité compétente à l'égard des personnes, groupes et entités visés, qu'il s'agisse de l'ouverture d'enquêtes ou de poursuites pour un acte terroriste, ou la tentative de commettre, ou la participation à, ou la facilitation d'un tel acte, basées sur des preuves ou des indices sérieux et crédibles, ou qu'il s'agisse d'une condamnation pour de tels faits. Les personnes, groupes et entités identifiés par le Conseil de sécurité des Nations unies comme liées au terrorisme et à l'encontre desquelles il a ordonné des sanctions peuvent être incluses dans la liste. Aux fins du présent paragraphe, on entend par "autorité compétente", une autorité judiciaire, ou, si les autorités judiciaires n'ont aucune compétence dans le domaine couvert par le présent paragraphe, une autorité compétente équivalente dans ce domaine.

5. Le Conseil fait en sorte que les noms des personnes physiques ou morales, des groupes ou entités énumérés à l'annexe soient accompagnés de suffisamment de précisions pour permettre l'identification précise d'individus, de personnes morales, d'entités ou d'organismes, ce qui facilitera la disculpation de ceux qui portent des noms identiques ou similaires ».

**819.** Il suffit donc pour être considéré comme « impliqué dans des actes de terrorisme » au sens de la position commune n° 2001/931/PESC, soit, qu'une autorité nationale d'un Etat membre ou d'un état tiers<sup>1274</sup>, judiciaire ou « équivalente », ait décidé d'ouvrir une enquête pour une participation – conçue largement – suspectée, sur base d'indices sérieux ou de preuves, à la commission ou à la tentative de commission d'un acte terroriste, soit d'avoir été inscrit par

---

iii) gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale :

- a) les atteintes à la vie d'une personne, pouvant entraîner la mort ;
- b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne ;
- c) l'enlèvement ou la prise d'otage ;
- d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plate-forme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables ;
- e) la capture d'aéronefs, de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises ;
- f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport, la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques ou chimiques ainsi que, pour les armes biologiques ou chimiques, la recherche et le développement ;
- g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines ;
- h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines ;
- i) la menace de réaliser un des comportements énumérés aux point a) à h) ;
- j) la direction d'un groupe terroriste ;
- k) la participation aux activités d'un groupe terroriste, y compris en lui fournissant des informations ou des moyens matériels, ou toute forme de financement de ses activités, en ayant connaissance que cette participation contribuera aux activités criminelles du groupe » (art. 1, § 3). L'intention spécifique visée au iii) ne figurait pas dans la Convention de New York.

<sup>1274</sup> Voy. not. T.U.E., arrêt *Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)/Conseil* du 16 octobre 2016, T-208/11 et T-508/11, EU:T:2014:885, points 126 et s (ci-après « LTTE I »), confirmé à cet égard par C.J.U.E. [GC], arrêt *Conseil e.a./ Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)* du 26 juillet 2017, C-599/14 P, EU:C:2017:583, point 22 (ci-après « LTTE II »). Plus récemment, voy. T.U.E., arrêt *Al-Gama'a al-Islamiyya Egypt (Gamaa Islamiya Égypte)/Conseil* du 10 avril 2019, T-643/16, EU:T:2019:238, point 81.

l'ONU sur une liste de sanctions ciblant les personnes identifiées comme étant liées au terrorisme.

**820.** Cependant, comme le Tribunal l'a dénoncé sans équivoque « le libellé même de ces dispositions est particulièrement confus »<sup>1275</sup>. Leur portée ne peut dès lors être concrètement appréciée qu'à la lumière de l'interprétation qu'en a donné le juge de l'Union européenne, dont nous rappelons les éléments essentiels ci-dessous.

**821.** Tout d'abord, à propos des caractéristiques que doit présenter une « décision nationale » pouvant fonder une inscription sur la liste européenne, la Cour de justice<sup>1276</sup> soutient que le Conseil a manifestement voulu protéger les personnes concernées, en assurant que leur inscription sur la liste en cause soit réalisée sur une base factuelle suffisamment solide. C'est la raison pour laquelle il a fait référence à des « informations précises » ou à « des preuves ou des indices sérieux et crédibles » et qu'il a prévu que l'inscription en cause ne puisse être réalisée que sur le fondement de décisions d'autorités nationales – l'Union européenne ne disposant pour sa part pas des moyens de mener de telles investigations. A la lumière de cet objectif, la Cour considère que la décision nationale en cause ne doit pas nécessairement être issue d'une procédure pénale et peut s'intégrer à un mécanisme préventif<sup>1277</sup>. Elle peut en outre être celle qui tire des conséquences d'une enquête, en imposant une mesure préventive non pénale à la personne concernée, et non nécessairement celle qui ouvre l'enquête<sup>1278</sup>. L'essentiel est en effet de s'assurer qu'un contrôle effectif des faits en cause a été réalisé au niveau national.

**822.** Vu cet objectif de protection des personnes intéressées, le Tribunal et la Cour ont jugé que le Conseil ne pourra se fonder sur une décision émanant d'un Etat tiers qu'après s'être assuré que la réglementation pertinente de cet État garantit une protection des droits de la défense et du droit à une protection juridictionnelle effective équivalente à celle garantie en droit de l'Union européenne, et qu'il n'existe pas d'éléments montrant que l'État tiers méconnaîtrait en pratique cette réglementation<sup>1279</sup>. A défaut, l'autorité ne pourrait en tout état de cause pas être considérée comme une « autorité compétente » au sens de la position commune<sup>1280</sup>. Le Conseil doit en conséquence fournir, dans l'exposé des motifs, les indications même succinctes permettant de considérer qu'il a vérifié le respect des droits de la défense et du droit à une protection juridictionnelle effective<sup>1281</sup>.

---

<sup>1275</sup> T.U.E, arrêt du 23 novembre 2011, *Sison/Conseil* T-341/07, EU:T:2011:687, point 63 (ci-après « SISON III »).

<sup>1276</sup> AL AQSA, précité en note 1269, points 68 à 70 et T.U.E., arrêt *Al-Gama'a al-Islamiyya Egypt (Gamaa Islamya Égypte)/Conseil* du 10 avril 2019, T-643/16, point 120.

<sup>1277</sup> AL AQSA, précité en note 1269, points 70-71 ainsi que plus récemment C.J.U.E., arrêt *Hamas c. Conseil* du 10 septembre 2020, C-122/19 P, EU:C:2020:690, point 41 (ci-après « HAMAS V »). A cet égard, le Tribunal a jugé qu'une décision d'une autorité judiciaire nationale qui ne se prononcerait qu'à titre accessoire et incident sur l'implication possible de l'intéressé dans une activité terroriste, dans le cadre d'une autre contestation, de nature civile par exemple, ne répondait par contre pas aux exigences de l'article 1er § 4 de la Position commune (T.U.E., arrêt *Sison/Conseil* du 30 septembre 2009, T-341/07, EU:T:2009:372, point 111, ci-après « SISON II »).

<sup>1278</sup> Il s'agissait en l'espèce d'une autorité administrative qui avait ordonné le gel des avoirs d'une organisation sur base d'un rapport émanant des services de renseignements, suivant lequel cette dernière finançait le terrorisme. Selon la Cour, il s'agit d'un mécanisme semblable à celui que met en œuvre le Conseil de sécurité, voy. AL AQSA, précité en note 1269, points 71-72.

<sup>1279</sup> LTTE I, précité en note 1274, point 139 et LTTE II, précité en note 1274, points 24 et 25.

<sup>1280</sup> LTTE I, précité en note 1274, point 139.

<sup>1281</sup> LTTE II, précité en note 1274, points 31-33 et T.U.E., arrêt *Hamas/Conseil* du 6 mars 2019, T-289/15, EU:T:2019:138, points 60-61 (ci-après « HAMAS III »).

**823.** Une distinction est par ailleurs opérée entre les décisions de condamnation et les décisions d'ouverture d'enquête ou de poursuites<sup>1282</sup> émanant d'une autorité compétente d'un Etat membre. En effet, la Tribunal estime que

« l'exigence qui incombe au Conseil de vérifier, avant d'inscrire le nom de personnes ou d'entités sur les listes de gel de fonds sur le fondement de décisions prises par des autorités compétentes, que ces décisions sont "basées sur des preuves ou des indices sérieux et crédibles" ne concerne que les décisions d'ouvertures d'enquêtes ou de poursuites et non celles de condamnation »<sup>1283</sup>,

ces dernières ne pouvant être remise en cause en application du « principe de coopération loyale entre les institutions et les États membres »<sup>1284</sup>.

**824.** La jurisprudence est moins claire quant aux critères qui permettent concrètement de déterminer ce qu'est une « autorité compétente ». La position commune 2001/931/PESC indique à cet égard qu'il faut entendre par ces termes

« une autorité judiciaire, ou, si les autorités judiciaires n'ont aucune compétence dans le domaine couvert par le présent paragraphe, une autorité compétente équivalente dans ce domaine » (art. 4, § 2).

**825.** Selon le Tribunal, la position commune « comporte une préférence pour les décisions émanant des autorités judiciaires », mais qu'elle n'exclut pas

« la prise en compte de décisions émanant d'autorités administratives, lorsque, d'une part, ces autorités sont effectivement investies, en droit national, de la compétence pour adopter des décisions restrictives à l'encontre de groupements impliqués dans le terrorisme et, d'autre part, lorsque ces autorités, bien que seulement administratives, peuvent néanmoins être considérées comme "équivalentes" aux autorités judiciaires »<sup>1285</sup>.

Il ajoute que

« selon la jurisprudence, des autorités administratives doivent être considérées comme équivalentes à des autorités judiciaires lorsque leurs décisions sont susceptibles de recours juridictionnel »<sup>1286</sup>.

**826.** Jusqu'ici la Cour de justice se borne quant à elle à s'assurer d'une part que l'autorité en cause est effectivement investie en droit interne de la compétence de prendre des mesures restrictives dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et, d'autre part, qu'aucune autorité judiciaire ne dispose de la même compétence<sup>1287</sup>.

---

<sup>1282</sup> Sur cette notion, voy. *HAMAS V*, précité en note 1277, point 44.

<sup>1283</sup> T.U.E., arrêt *Hamas c. Conseil* du 4 septembre 2019, T-308/18, EU:T:2019:557, point 128 (ci-après « *HAMAS IV* ») et *HAMAS III*, précité en note 1281, point 116.

<sup>1284</sup> *Ibid.*, point 129 et *Ibid.*, point 117.

<sup>1285</sup> *LTTE I*, précité en note 1274, point 107 (et références citées). Voy. également T.U.E., arrêt *Hamas/Conseil* du 4 septembre 2019, T-308/18, point 83.

<sup>1286</sup> *HAMAS IV*, précité en note 1282, point 84 qui cite T.U.E., arrêt *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil* du 23 octobre 2008, T-256/07, EU:T:2008:461, point 145 (ci-après « *PMOI I* »).

<sup>1287</sup> *AL AQSA*, précité en note 1269, point 76.

**827.** Le Tribunal<sup>1288</sup> et la Cour paraissent donc interpréter très strictement la condition de l'absence de compétence d'une autorité judiciaire dans le domaine « couvert par la position commune », c'est-à-dire « celui des décisions notamment d'ouverture d'enquêtes ou de poursuites, en relation avec une activité terroriste »<sup>1289</sup>. Il est vrai qu'il est inconcevable que les autorités judiciaires d'un quelconque Etat membre de l'Union européenne ne disposent pas de compétences en matière de lutte contre le terrorisme<sup>1290</sup>. Donner une portée plus large à cette condition reviendrait par conséquent *de facto* à faire obstacle à ce qu'une autorité administrative puisse être considérée comme compétente, ce qui paraît contraire à la volonté du législateur européen.

**828.** La position commune dispose également que

« les noms des personnes et entités reprises sur la liste figurant à l'annexe feront l'objet d'un réexamen à intervalles réguliers, au moins une fois par semestre, afin de s'assurer que leur maintien sur la liste reste justifié » (art. 1<sup>er</sup>, § 6)<sup>1291</sup>.

Le caractère justifié ou non du maintien d'une décision de gel est laissé à l'appréciation du Conseil. La Cour de justice considère qu'il n'est pas indispensable dans ce cadre que la décision nationale prise dans le passé et sur laquelle l'inscription initiale était fondée, soit encore en vigueur ou produise encore des effets juridiques au moment où le Conseil décide le maintien d'une personne sur la liste litigieuse<sup>1292</sup>. En effet, selon elle

« la question qui importe lors de l'examen du maintien d'une personne sur la liste litigieuse est celle de savoir si, depuis l'inscription du nom de cette personne dans ladite liste ou depuis le réexamen précédent, la situation factuelle a changé de telle manière qu'elle ne permet plus de tirer la même conclusion concernant l'implication de la personne en question dans des activités terroristes »<sup>1293</sup>.

Il doit à cet égard ressortir de la motivation de la décision de maintien du Conseil qu'il a vérifié si, depuis l'inscription initiale ou le précédent réexamen, la situation factuelle n'a pas changé de telle manière qu'elle ne permet plus de tirer la même conclusion concernant l'implication de la personne, du groupe ou de l'entité concernés dans des activités terroristes<sup>1294</sup>. Il a en conséquence l'obligation de procéder à un examen actualisé de la situation dans l'hypothèse où, bien qu'étant toujours en vigueur, la décision de l'autorité compétente ne permet plus de conclure à la persistance du risque d'implication de la personne ou de l'entité concernée dans

---

<sup>1288</sup> Récemment, le Tribunal a ainsi indiqué sans équivoque que : « En conséquence, le fait que des juridictions de l'État concerné détiennent des compétences en matière de répression du terrorisme ne fait pas obstacle à ce que le Conseil tienne compte des décisions rendues par l'autorité administrative nationale chargée de l'adoption des mesures restrictives en matière de terrorisme » (HAMAS III, précité en note 1282, point 74 et HAMAS IV, précité en note 1282, point 85, faisant référence à LTTE I, précité en note 1274, point 108).

<sup>1289</sup> SISON III, précité en note 1275, point 63.

<sup>1290</sup> En ce sens, *Ibid.*

<sup>1291</sup> On peut par conséquent s'étonner du fait que la décision (PESC) 1693/2016, analysée précédemment, n'impose qu'un réexamen annuel du bienfondé de l'inscription sur la liste qu'elle institue également établie par le Conseil.

<sup>1292</sup> AL AQSA, précité en note 1269, point 80.

<sup>1293</sup> *Ibid.*, point 82.

<sup>1294</sup> LTTE II, précité en note 1274, points 45 et 46 (ainsi que jurisprudence citée) et C.J.U.E., arrêt *K.P.* du 20 juin 2019, C-458/15, EU:C:2019:522, point 51.

des activités terroristes vu le temps écoulé et l'évolution des circonstances de l'espèce<sup>1295</sup>. Contrairement à ce que le Tribunal avait jugé<sup>1296</sup>, la Cour réunie en Grande chambre a estimé que le Conseil ne doit néanmoins pas procéder à cet examen en se fondant exclusivement sur des décisions émanant d'autorités compétentes, et pourrait dès lors se servir d'informations tirées de la presse ou d'internet comme c'était le cas en l'espèce<sup>1297</sup>.

**(c) Le règlement (CE) 2580/2001 : le juge de l'Union européenne, seul garant des droits des personnes concernées**

**829.** Le règlement (CE) 2580/2001, qui a pour objet de mettre en œuvre la position commune n° 2001/931/PESC, impose le gel de

« tous les fonds, autres avoirs financiers et ressources économiques appartenant à, en possession de ou détenus par une personne physique ou morale, un groupe ou une entité inclus dans la liste » (art. 2, § 1<sup>er</sup>, a).

Il donne au gel en cause<sup>1298</sup>, que nous désignerons comme le « gel UE », une définition identique à celle figurant dans le règlement (CE) 881/2002 relatif au gel ONU et dans le règlement (UE) 2016/1686 relatif au gel complémentaire contre Al-Qaida et l'EIL. Cette définition se distingue en revanche de celle retenue dans la directive 2014/42/UE pour le gel préalable à une éventuelle future confiscation. Le règlement interdit de surcroît que des fonds, avoirs financiers ou ressources économiques soient mis à la disposition de ces personnes, groupes et entités (art. 2, §1<sup>er</sup>, b)<sup>1299</sup>, ce qui est également prévu par les deux règlements consacrés au gel dirigé contre Al-Qaida et l'EIL. Le règlement précise que cette interdiction d'enrichissement ne s'applique pas aux intérêts échus sur les comptes gelés, mais que ces intérêts doivent également être gelés (art. 5).

---

<sup>1295</sup> LTTE II, précité en note 1274, points 54 et C.J.U.E. [GC], arrêt *Conseil de l'Union européenne/Hamas* du 26 juillet 2017, C-79/15 P, EU:C:2017:584, point 32 (ci-après « HAMAS II »). Voy. également C.J.U.E., arrêt *K.P.* du 20 juin 2019, C-458/15, EU:C:2019:522, point 49.

<sup>1296</sup> LTTE I, précité en note 1274, points 173 et s. et T.U.E., arrêt *Hamas/Conseil* du 17 décembre 2014, T-400/10, EU:T:2014:1095, point 127 (ci-après « HAMAS I »).

<sup>1297</sup> LTTE II, précité en note 1274, point 72 et HAMAS II, précité en note 1294, point 45. Sur ces deux arrêts, HARPAZ, G. « Common Foreign and Security Policy, counter-terrorism measures and judicial review: Hamas and LTTE », *Common Mark. Law Rev.*, 2018 pp .1917-1940. Voy. également sur cette question HAMAS IV, précité en note 1282, points 141 et s.

<sup>1298</sup> Il s'agit de « toute action visant à empêcher tout mouvement, transfert, modification, utilisation ou manipulation de fonds qui auraient pour conséquence un changement de leur volume, de leur montant, de leur localisation, de leur propriété, de leur possession, de leur nature, de leur destination ou toute autre modification qui pourrait en permettre l'utilisation, y compris la gestion de portefeuille » (art. 1<sup>er</sup>, § 2).

<sup>1299</sup> Saisie sur question préjudicielle, la Cour de Justice a précisé que cette interdiction devait être conçue de manière très large et visait également « la transmission à une personne morale, à un groupe ou à une entité figurant sur la liste prévue à l'article 2, paragraphe 3, de ce règlement, par un membre de cette personne morale, de ce groupe ou de cette entité, de fonds, d'autres avoirs financiers ou de ressources économiques collectés ou obtenus auprès de personnes extérieures » (C.J.U.E., arrêt *E et F* du 29 juin 2010, C-550/09, EU:C:2010:382, points 64 et 80).



**830.** La liste mentionnée ci-dessus est établie, modifiée et révisée par le Conseil dans une décision distincte adoptée à l'unanimité (art. 2, § 3)<sup>1300</sup>, et ce conformément aux dispositions précitées de l'article 1<sup>er</sup> de la position commune 2001/931/PESC. Il agit dans ce cadre comme autorité administrative chargée de la mise en œuvre du règlement (CE) 2580/2001 et non comme autorité législative<sup>1301</sup>.

**831.** Vu la base légale du règlement<sup>1302</sup>, qui relève de la PESC, ce gel d'avoirs ne vise pas directement la menace terroriste purement interne à l'Union européenne mais bien le terrorisme international, en ce qu'il affecte la sécurité extérieure de l'Union européenne et plus largement la paix internationale<sup>1303</sup>. Dans cette mesure, il ne concerne pas les ressortissants européens et ne répond donc pas ainsi pleinement à l'objectif poursuivi par la résolution 1373 (2001) de lutter contre le terrorisme, sans se limiter au terrorisme international<sup>1304</sup>.

**832.** Comme l'a résumé la jurisprudence,

« la procédure susceptible d'aboutir à une mesure de gel des fonds (...) se déroule donc à deux niveaux, l'un national, l'autre communautaire. Dans un premier temps, une autorité nationale compétente, en principe judiciaire, doit prendre à l'égard de l'intéressé une décision répondant à la définition de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la position commune 2001/931. S'il s'agit d'une décision d'ouverture d'enquêtes ou de poursuites, celle-ci doit être basée sur des preuves ou des indices sérieux et crédibles. Dans un second temps, le Conseil, statuant à l'unanimité, doit décider d'inclure l'intéressé dans la liste litigieuse, sur la base d'informations précises ou d'éléments de dossier qui montrent qu'une telle décision a été prise. Par la suite, le Conseil doit s'assurer à intervalles réguliers, au moins une fois par semestre, que le maintien de l'intéressé sur la liste litigieuse reste justifié. À cet égard, la vérification de l'existence d'une décision d'une autorité nationale répondant à ladite définition apparaît comme une condition préalable

---

<sup>1300</sup> Une première décision 2001/927/CE établissant la liste prévue à l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 2580/2001 a été adoptée le 27 décembre 2001, *J.O.*, L 344 du 28 décembre 2001, p. 83. Cette liste a depuis fait l'objet de diverses modifications. Une version consolidée de la liste continuellement mise à jour est accessible sur [sanctionsmap.eu](http://sanctionsmap.eu) (dernière consultation le 8 juillet 2020).

<sup>1301</sup> SISON III, précité en note 1275, point 64.

<sup>1302</sup> Il s'agit des articles 60, 301 et 308 du Traité instituant la Communauté européenne, qui peut être consulté sur [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu).

<sup>1303</sup> Voy. le considérant 14 du règlement qui indique de manière assez ambiguë : « La liste visée à l'article 2, paragraphe 3, du présent règlement peut comprendre des personnes et des entités ayant des liens ou des relations avec des pays tiers ou qui sont visés d'une autre manière par les éléments qui relèvent de la PESC de la position commune 2001/931/PESC. Pour l'adoption des dispositions du présent règlement relatives à ces dernières, le traité ne prévoit pas d'autres pouvoirs d'action que ceux de l'article 308 ». Sur cette question et le lien avec l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, voy. également C.J.U.E., arrêt *Parlement c. Conseil* du 19 juillet 2012, C-130/10, EU:C:2012:472, not. point 61 ainsi que SCHNEIDER, C., « Les sanctions économiques imposées par l'Union européenne », *J.D.E.*, 2015, p. 279 et références citées.

<sup>1304</sup> La Belgique a dès lors été contrainte d'adopter une procédure complémentaire de gel d'avoirs afin d'être en mesure de geler les biens des personnes qui figurent dans la liste figurant en annexe de la position commune 2001/931 mais non dans celle adoptée en application du règlement (CE) 2580/2001, ainsi que celles qui commettent, facilitent, participent à des infractions terroristes, ou tentent de le faire, sans figurer dans l'une des listes établies au niveau européen – en ce compris celle établie dans le cadre des sanctions contre l'EIIL et AL QAIDA –, mais bien dans celle élaborée par le Conseil national de Sécurité (Arrêté royal relatif aux mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme, *M.B.*, 17 janvier 2007, pp. 1898 et s.). Voy. à cet égard GAFI, *Troisième rapport d'évaluation mutuelle de la Belgique de juin 2005*, Paris, GAFI/OCDE, 2005, points 169 et 195, et GAFI, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures Belgium Mutual Evaluation Report (avril 2015)*, Paris, GAFI/OCDE, 2015, points a4.14 et s., disponibles sur le site du GAFI [www.fatf-gafi.org/](http://www.fatf-gafi.org/) (consultation 8 juillet 2020) ainsi que LAVAUX, S. et PIETERS, P., « Les listes nationales et internationales des organisations terroristes », *rev. dr. pen.*, 2008, p. 725 et p. 735.

essentielle à l'adoption, par le Conseil, d'une décision initiale de gel des fonds, tandis que la vérification des suites réservées à cette décision au niveau national apparaît indispensable dans le contexte de l'adoption d'une décision subséquente de gel des fonds »<sup>1305</sup>.

**833.** Bien qu'aucune disposition de ce type ne figure dans la résolution 1373 (2001) ou dans la position commune 2001/931/PESC, une série de dérogations semblables à celles existant en matière de gel ONU sont prévues. Elles visent à permettre des dépenses ordinaires (art. 5) ou spécifiques (art. 6). Il incombe aux autorités compétentes des Etats membres, identifiées dans le règlement, de traiter les demandes faites en ce sens selon les modalités qu'elles jugent pertinentes, et dans le cas de demandes de dérogations spécifiques, après en avoir informé les autres Etats membres, le Conseil et la Commission.

**834.** Aucune disposition du règlement (CE) 2580/2001 ou de la position commune 2001/931/PESC ne porte sur les droits des personnes et entités ciblées dans le cadre de la procédure menée contre elles. Aucune communication des décisions prises par le Conseil aux personnes visées – autre que leur publication au *Journal officiel* – ou audition de celles-ci n'est par exemple prévue. Comme nous le verrons, la jurisprudence a jugé que cette situation était incompatible avec les droits fondamentaux. Toutefois, le Conseil n'a pas jugé utile de modifier les actes en cause, contrairement à ce qu'il a fait suite à l'arrêt KADI I en matière de sanctions contre Al-Qaida et l'EIIL, de sorte que les garanties procédurales dont jouissent à l'heure actuelle les personnes et entités visées n'ont pas été codifiées et ne trouvent appui que dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal.

**835.** Il est par conséquent indispensable d'analyser cette jurisprudence fournie pour être en mesure d'appréhender le droit de l'Union européenne en matière de gel préventif d'avoirs terroristes.

#### **b. Quel contrôle juridictionnel et quels droits en matière de gel au sein de l'Union européenne ?**

**836.** La mise en œuvre par les autorités européennes des deux régimes de gel d'avoirs onusiens a donné lieu à une importante jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal. Nous verrons tout d'abord comment la Cour de justice est parvenue à contrôler la légalité de ces actes sans toutefois remettre expressément en cause le caractère obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité (1). Nous analyserons ensuite la portée que la Cour de justice et le Tribunal<sup>1306</sup> reconnaissent dans ce cadre aux droits de la défense et au droit à un recours juridictionnel effectif, ainsi qu'à l'obligation de motivation qui pèse sur les institutions européennes<sup>1307</sup> (2). Enfin, nous nous pencherons<sup>1307</sup> sur la manière dont ils appréhendent la restriction indéniable au droit de propriété que représente le gel d'avoirs (3). Nous constaterons à cette occasion que le juge de l'Union européenne participe activement à l'élaboration et à la

---

<sup>1305</sup> Voy. not. T.U.E., arrêt *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conseil* du 12 décembre 2006, T-228/02, EU:T:2008:7, point 117 (ci-après « OMPI »); T.U.E., arrêt *Sison/Conseil* du 11 juillet 2007, T-47/03, EU:T:2009:166, point 164 (ci-après « SISON I »); PMOI I, précité en note 1285, point 51 ; SISON II, précité en note 1277, point 93.

<sup>1306</sup> Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, il était appelé le Tribunal de première instance. Pour éviter les lourdeurs inutiles, nous désignerons systématiquement cette institution sous l'appellation « Tribunal ».

<sup>1307</sup> Art. 296 TFUE. Cette obligation figurait antérieurement à l'article 253 du Traité instituant la Communauté européenne.

mise en œuvre de ces mesures pour en assurer la compatibilité avec les droits et obligations précités, au prix d'une jurisprudence certes volontaire mais pas toujours convaincante. Enfin, nous nous interrogerons sur le caractère suffisant ou non du contrôle juridictionnel qu'il opère notamment sur le plan factuel.

**837.** Précisons qu'à moins d'invoquer la violation des compétences de la Communauté, les personnes et entités dont les avoirs sont gelés ne disposent, suivant une jurisprudence constante, d'aucun recours juridictionnel – que ce soit en annulation<sup>1308</sup> ou en réparation<sup>1309</sup> – contre les positions communes en cause<sup>1310</sup>. Les articles 23 TUE et 275 TFUE prévoient le même type de limites en ce qui concernent les décisions PESC adoptées après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne<sup>1311</sup>. Seuls les actes d'exécution qui leur font directement grief, tels les règlements et autres actes d'exécution du Conseil et de la Commission, peuvent dès lors être attaqués devant le juge européen.

**(1) Contrôler la conformité des actes européens d'exécution avec les droits fondamentaux est obligatoire et ne porte pas atteinte à l'autorité des résolutions du Conseil de sécurité**

**838.** La Commission, le Conseil et divers Etats membres ont invoqué à plusieurs reprises, devant le Tribunal et la Cour de justice, l'immunité juridictionnelle dont devraient bénéficier les actes européens transposant le gel ONU. Selon eux, étant donné que les résolutions du Conseil de sécurité sont obligatoires, tant pour les Etats membres que pour les institutions de l'Union européenne et qu'elles ne leur laissent en l'espèce aucune marge d'appréciation, contrôler la légalité des actes européens d'exécution reviendrait en réalité à contrôler les résolutions elles-mêmes. Or, le juge de l'Union européenne ne serait pas compétent pour ce faire.

**839.** Dans un premier temps<sup>1312</sup>, le Tribunal fit droit à cette argumentation sous la seule réserve qu'il s'estima habilité à examiner de manière incidente la compatibilité des résolutions en cause avec les normes relevant du *jus cogens*<sup>1313</sup>. La Cour de justice a cependant

---

<sup>1308</sup> OMPI, précité en note 1305, points 55 et 56.

<sup>1309</sup> T.U.E., arrêt *Segi e.a./Conseil* du 7 juin 2004, T-338/02, EU:T:2004:171, points 33 et s. ainsi que C.J.U.E., arrêt *Segi e.a./Conseil* du 27 février 2007, C-355/04 P, EU:C:2007:116, points 45 et s. Voy. également la décision sur la recevabilité prononcée par la Cour EDH dans cette affaire, C.E.D.H., arrêt *Segi e.a. et Gestoras Pro amnistia e.a c. Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni et la Suède*, requêtes 6422/02 et 9916/02.

<sup>1310</sup> Voy. sur cette question BEAUCILLON, C., *op. cit.*, p. 457.

<sup>1311</sup> *Ibid.*, pp. 463 et s.

<sup>1312</sup> Voy. not. T.U.E., arrêt *Kadi/Conseil et Commission* du 21 septembre 2005, T-315/01, EU:T:2005:332, points 204 à 232; T.U.E., arrêt *Yusuf et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission* du 21 septembre 2005, T-306/01, EU:T:2005:331, points 254 à 282; T.U.E., arrêts *Ayadi/Conseil* et *Hassan/Conseil et Commission* du 12 juillet 2006, T-253/02, EU:T:2006:200, et T-49/04, EU:T:2006:201, points 115 et 117.

<sup>1313</sup> Il définit le *jus cogens* comme « un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger » (not. T.U.E., arrêt *Kadi c. Conseil et Commission* du 21 septembre 2005, T-315/01, point 225).

vigoureusement écarté ce raisonnement dans son premier arrêt KADI du 3 septembre 2008 (KADI I)<sup>1314</sup>, suivant une motivation que nous synthétisons ci-dessous<sup>1315</sup>.

**840.** Tout d'abord, selon la Cour

« les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux, ce respect constituant une condition de leur légalité qu'il incombe à la Cour de contrôler »<sup>1316</sup>.

**841.** Elle estime dès lors devoir contrôler la légalité interne du règlement litigieux, qui ne constitue pas un acte directement imputable à l'ONU<sup>1317</sup>, tout en affirmant être sans pouvoir à l'égard des résolutions du Conseil de sécurité qu'il met en œuvre<sup>1318</sup>. Elle considère qu'un tel contrôle ne porte en outre pas atteinte au caractère obligatoire des résolutions en cause. En effet, le Conseil de sécurité n'imposerait pas le choix d'un modèle déterminé pour leur mise en œuvre, qui devrait avoir lieu conformément au droit interne des Etats membres<sup>1319</sup>. Reconnaître une immunité au règlement en cause serait par ailleurs d'autant moins justifié que la procédure devant le Comité des sanctions n'offre pas les garanties d'une protection juridictionnelle effective aux personnes désignées dans la liste des sanctions<sup>1320</sup>.

**842.** A la lumière de ces constatations, elle juge qu'il lui incombe donc

« en vertu du traité CE, [d'] assurer un contrôle, en principe complet, de la légalité de l'ensemble des actes communautaires au regard des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire, y compris sur les actes communautaires qui, tel le règlement litigieux, visent à mettre en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies »<sup>1321</sup>.

**843.** Cette jurisprudence fut confirmée par la Cour de justice dans un second arrêt KADI rendu le 18 juillet 2013<sup>1322</sup> (ci-après « KADI II »). A cette occasion, la Cour de justice invoqua

---

<sup>1314</sup>KADI I, précité en note 1253. La Cour adopta la même attitude dans les affaires *HASSAN* et *AYADI* citées précédemment, voy. C.J.U.E., arrêt *Hassan et Ayadi/Conseil et Commission* du 3 décembre 2009, C-399/06 P et C-403/06 P, EU:C:2009:748.

<sup>1315</sup> Sur cet arrêt, voy. not. BOISSON DE CHAZOURNES, L., « Des relations entre l'ONU et les organisations régionales à l'aune des tribulations de l'affaire KADI », in DOUMBE-BILLE, S. *e.a.*, *Ombres et lumière du droit international – Mélanges en l'honneur du Professeur Habib Slim*, Paris, Pedone, 2016, pp. 71-83; D'ARGENT, P., « Arrêt "Kadi" : le droit communautaire comme droit interne », *J.D.E.*, 2008, pp. 265-268; MENA PARRAS, F. J., « Retour sur Kadi: de la nécessité d'une jurisprudence de type Solange I dans les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit des Nation Unies », *Cahiers de droit européen*, 2010, n° 5-6, pp. 683-729 et RIDEAU, J., « Le maintien des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in RIDEAU, J., GREWE, C., BALMOND, L. et ARCARI, M. (dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010., p. 170 et s.

<sup>1316</sup> KADI I, précité en note 1253, points 285 et 316.

<sup>1317</sup> *Ibid.*, points 311 à 314.

<sup>1318</sup> *Ibid.*, points 286 et 287.

<sup>1319</sup> *Ibid.*, point 299.

<sup>1320</sup> *Ibid.*, points 322 à 325.

<sup>1321</sup> *Ibid.*, point 326.

<sup>1322</sup> C.J.U.E., arrêt *Commission e.a./Kadi* du 18 juillet 2013, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, EU:C:2013:518, point 67 (ci-après « KADI II »). Voy. not. sur cet arrêt BOISSON DE CHAZOURNES, L., « Des relations entre l'ONU et les organisations régionales à l'aune des tribulations de l'affaire KADI », *op. cit.*, pp. 83-86 ; GEARTY, C., « In Praise of Awkwardness: Kadi in the CJEU », *EuConst*, 2014, vol. 1, pp. 15-27 ; WIMMER, M., « Inward- And Outward-Looking rationales Behind Kadi II », *M.J.*, 2014/4, pp. 676-703.

en outre l'article 275 TFUE, introduit par le Traité de Lisbonne<sup>1323</sup>, qui lui reconnaît expressément le pouvoir de contrôler « la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil » dans le cadre de la PESC<sup>1324</sup>. Elle affirma également que le contrôle juridictionnel auquel elle procédait était indispensable vu

« l'incidence négative importante liée, d'une part, au bouleversement considérable de la vie tant professionnelle que familiale de la personne concernée du fait des restrictions à l'usage de son droit de propriété qui découlent de leur portée générale et, comme en l'espèce, de la durée effective de leur application ainsi que, d'autre part, à l'opprobre et à la méfiance publiques qu'elles suscitent envers cette personne »<sup>1325</sup>.

Enfin, comme elle l'avait fait à l'occasion de KADI I et en dépit des modifications apportées depuis lors au dispositif onusien de sanctions, elle souligna que ce contrôle était d'autant plus indispensable que ce dernier n'offrait pas les garanties d'une protection juridictionnelle effective aux personnes inscrites sur la liste des sanctions<sup>1326</sup>.

**844.** Bien que nous soyons convaincu de la nécessité d'un contrôle juridictionnel sur les mesures de gel ONU vu les manquements manifestes de la procédure de sanction élaborée par le Conseil de sécurité, affirmer que ce contrôle ne porte pas atteinte au caractère obligatoire des résolutions en cause ne nous paraît pas convaincant<sup>1327</sup>. Comme nous l'avons relevé précédemment, le Conseil de sécurité a en effet organisé un dispositif complet de sanctions, ne laissant aucune réelle marge de manœuvre aux Etats/organisations internationales : ces derniers ont l'obligation de geler les avoirs des personnes/entités inscrites sur la liste des sanctions, établie par le Comité des sanctions sur la seule base du résumé des motifs qu'il fournit, et ce jusqu'à ce que le nom de la personne en cause soit radié de la liste suivant la procédure établie par le Conseil de sécurité. Par conséquent, contrôler la légalité de l'acte européen d'exécution du gel ONU au regard du droit de l'Union européenne, conduit nécessairement à remettre en cause l'autorité des décisions du Comité des sanctions et du Conseil de sécurité.

**845.** Cette situation est de nature à créer un conflit d'obligations dans le chef des Etats membres de l'Union européenne, contraints de respecter le droit de l'Union européenne et la

---

<sup>1323</sup>J.O., C 306 du 17 décembre 2007.

<sup>1324</sup> Cet article dispose que: « La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente en ce qui concerne les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune, ni en ce qui concerne les actes adoptés sur leur base.

Toutefois, la Cour est compétente pour contrôler le respect de l'article 40 du traité sur l'Union européenne et se prononcer sur les recours, formés dans les conditions prévues à l'article 263, quatrième alinéa, du présent traité concernant le contrôle de la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre 2, du traité sur l'Union européenne ».

<sup>1325</sup>KADI II, précité en note 1321, point 132. En ce sens, voy. not. OMPI, précité en note 1305, point 155.

<sup>1326</sup>*Ibid.*, point 133. Elle précise qu'« en effet le propre d'une protection juridictionnelle effective doit être de permettre à la personne concernée de faire constater par le juge, par un arrêt d'annulation en vertu duquel l'acte attaqué est éliminé rétroactivement de l'ordre juridique et est censé n'avoir jamais existé, que l'inscription ou le maintien de son nom sur la liste en cause a été entachée d'une illégalité, dont la reconnaissance est susceptible de réhabiliter cette personne ou de constituer pour elle une forme de réparation du préjudice moral subi » (point 134).

<sup>1327</sup> Voy. en ce sens T.U.E., arrêt *Kadi/Commission* du 30 septembre 2010, T-85/09, EU:T:2010:418, points 114 et s.

Charte des Nations Unies<sup>1328</sup>. La Cour paraît le reconnaître à demi-mot en évoquant pour justifier la nécessité de son contrôle, l'absence de garanties juridictionnelles suffisantes offertes par Comité des sanctions<sup>1329</sup>. Cette réalité apparaîtra clairement lorsque nous examinerons les contraintes procédurales auxquelles la Cour de justice soumet la Commission en la matière ainsi que la portée concrète du contrôle de légalité auquel le juge européen procède.

**846.** Selon nous, au vu de ce qui précède, la Cour de justice ne pouvait donc faire l'économie d'une analyse du conflit patent entre le droit UE et le régime de sanctions contre Al-Qaida et l'EIIL, en prétendant que le contrôle juridictionnel qu'elle impose n'a d'impact que sur les actes européens d'exécution. Ce faisant, elle renonce en réalité à donner à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne sa véritable portée face au droit du Conseil de sécurité.

**847.** La résolution 1373 (2001) impose le gel des avoirs des personnes que les Etats – ou les organisations internationales au travers desquelles ils agissent – identifient comme terroristes. Elle ne fixe pas la procédure à suivre pour ce faire et nous avons montré que cette dernière devrait être conforme à leurs obligations internationales en matière de droits fondamentaux. Le contrôle juridictionnel de la légalité des mesures de gel UE opéré par le juge de l'Union européenne n'a dès lors pas véritablement été remis en question<sup>1330</sup>.

**848.** A notre sens, le contrôle juridictionnel de légalité par le juge de l'Union européenne ne saurait pas davantage être remis en question en ce qui concerne le gel complémentaire des avoirs des personnes associées à Al-Qaida et à l'EIIL institué par la décision (PESC) 2016/1693 mise en œuvre par le règlement (UE) 2016/1686. Aucun recours n'a néanmoins à ce jour été introduit à l'encontre d'une telle mesure de gel.

## **(2) Des droits identiques mais un standard de protection distinct ?**

**849.** En refusant de reconnaître la moindre immunité juridictionnelle aux actes d'exécution des résolutions du Conseil de sécurité, la Cour de justice a *de facto* soumis le gel ONU au

---

<sup>1328</sup> En ce sens, voy. not. BOISSON DE CHAZOURNES, L., « Des relations entre l'ONU et les organisations régionales à l'aune des tribulations de l'affaire *KADI* », *op. cit.*, pp. 81; GLESS, S. et SCHAFFNER, D., « Judicial review of freezing orders due to a UN listing by European courts », in BRAUM, S. et WEYEMBERGH, A. (eds.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 187; HOLLENBERG, S., « The Security Council's 1267/1989 Targeted Sanctions Regime and the Use of Confidential Information: a Proposal for Decentralization of Review », *L.J.I.L.*, 2015, pp. 49-50 et 58 et s.; MENA PARRAS, F. J., « Retour sur *Kadi*: de la nécessité d'une jurisprudence de type Solange I dans les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit des Nations Unies », *op. cit.*, pp. 692, 696 et 701 et s. et WIMMER, M., « Inward- And Outward-Looking rationales Behind *Kadi* II », *M.J.*, 2014/4, pp. 697 et s.

<sup>1329</sup> Sur la portée de cette affirmation, voy. not. KOKOTT, J. et SOBOTTA, Ch., « The *Kadi* Case – Constitutional core values and International Law – finding the balance », *EJIL*, 23, 2012, pp. 1015-1024 ; MENA PARRAS, F. J., « Retour sur *Kadi*: de la nécessité d'une jurisprudence de type Solange I dans les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit des Nations Unies », *op. cit.*, p. 704 et jurisprudence citée et WIMMER, M., « Inward- And Outward-Looking rationales Behind *Kadi* II », *M.J.*, 2014/4, p. 700.

<sup>1330</sup> Voy. not. OMPI, précité en note 1305, points 101 à 104. En ce sens, GLESS, S. et SCHAFFNER, D., « Judicial review of freezing orders due to a UN listing by European courts », *op. cit.*, pp. 174.

respect des droits fondamentaux de l'Union européenne, et plus particulièrement des droits de la défense et du droit à une protection juridictionnelle effective, à l'instar du gel UE<sup>1331</sup>.

**850.** Le Tribunal avait déjà posé des balises claires en matière de garanties procédurales avec un arrêt *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil* du 12 décembre 2006<sup>1332</sup> relatif à la procédure de gel UE, balises que la Cour a validées<sup>1333</sup>. Elle ne s'en est pas écartée dans les arrêts KADI I et KADI II, s'y référant au contraire expressément dans ce dernier<sup>1334</sup>. Les principes que nous exposons ci-dessous<sup>1335</sup> sont donc applicables aux deux types de gel d'avoirs. Nous verrons qu'ils ne conduisent toutefois pas à imposer les mêmes contraintes à la Commission et au Conseil et n'impliquent dès lors pas le même niveau de contrôle juridictionnel des mesures de gel en cause. Vu l'absence de jurisprudence relative au gel complémentaire visant Al-Qaida et l'EIIL, nous ne pourrions que raisonner par analogie avec le mécanisme de gel UE à son égard.

**851.** Nous analysons ci-dessous d'une part les obligations que le juge de l'Union européenne impose à la Commission et au Conseil au cours de la procédure de gel (a), et d'autre part l'étendue de son contrôle juridictionnel sur les mesures de gel ordonnées par ces derniers (b).

**(a) Une restriction importante aux droits de la défense et à une protection juridictionnelle effective et quelques doutes**

**852.** Avant de nous pencher sur les obligations concrètes du Conseil et de la Commission à l'occasion de l'imposition et du maintien d'une mesure de gel (*ii*), nous précisons quelle est la portée en la matière de manière générale du droit au respect des droits de la défense et à une protection juridictionnelle effective (*i*).

*(i) Préserver l'effet de surprise pour garantir l'efficacité du gel préventif*

**853.** Le respect des droits de la défense et le droit à une protection juridictionnelle effective constituent des droits fondamentaux de l'ordre juridique européen, consacrés aux articles 41<sup>1336</sup>

---

<sup>1331</sup> En ce sens, BEAUCILLON, C., *op. cit.*, pp. 480-481; WIMMER, M., « Inward- And Outward-Looking rationales Behind Kadi II », *M.J.*, 2014/4, pp. 683-684. Voy. également (mais avant que ne soit rendu l'arrêt KADI II précité en note 1321) GLESS, S. et SCHAFFNER, D., « Judicial review of freezing orders due to a UN listing by European courts », *op. cit.*, pp. 166 et 185.

<sup>1332</sup> OMPI, précité en note 1305. Voy. également l'arrêt SISON I, précité en note 1305. Voy. en ce sens, GLESS, S. et SCHAFFNER, D., « Judicial review of freezing orders due to a UN listing by European courts », *op. cit.*, p. 185. Sur l'affaire OMPI, voy. RIDEAU, J., « Le maintien des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 149 et s.

<sup>1333</sup> C.J.U.E., arrêt *France/People's Mojahedin of Iran* du 21 décembre 2011, C-27/09 P, EU:C:2011:853 (ci-après « PMOI III ») qui s'appuie lui-même sur les arrêts OMPI et SISON I précités en note 1265.

<sup>1334</sup> KADI II, précité en note 1321, points 99 et 113.

<sup>1335</sup> Voy. également sur ce sujet WIMMER, M., « Inward- And Outward-Looking Rationales Behind Kadi II », *M.J.*, 2014/4, pp. 685 et s.

<sup>1336</sup> « 1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union.

2. Ce droit comporte notamment :

et 47<sup>1337</sup> de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après « la Charte »)<sup>1338</sup>. Ils doivent être garantis dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte lui faisant grief, tel que le gel de ses avoirs<sup>1339</sup>.

**854.** Les droits de la défense « comporte[nt] le droit d'être entendu et le droit d'accès au dossier dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité »<sup>1340</sup>. Ces droits doivent en principe être mis en œuvre avant l'adoption de la décision afin de permettre à l'autorité de tenir compte des observations formulées par la personne en cause et le cas échéant de réexaminer le bienfondé de la décision qu'elle envisage de prendre<sup>1341</sup>.

**855.** Le droit à une protection juridictionnelle effective

« exige que l'intéressé puisse connaître les motifs sur lesquels est fondée la décision prise à son égard soit par la lecture de la décision elle-même, soit par une communication de ces motifs faite sur sa demande, sans préjudice du pouvoir du juge compétent d'exiger de l'autorité en cause qu'elle les communique, afin de lui permettre de défendre ses droits dans les meilleures conditions possibles et de décider en pleine connaissance de cause s'il est utile de saisir le juge compétent, ainsi que pour mettre ce dernier pleinement en mesure d'exercer le contrôle de la légalité de la décision en cause »<sup>1342</sup>.

**856.** Si le destinataire d'une mesure lui faisant grief doit en principe pouvoir faire valoir utilement son point de vue avant qu'elle ne soit adoptée<sup>1343</sup>, la Cour de justice et le Tribunal jugent cependant que le respect de ces droits préalablement à l'adoption d'une mesure initiale de gel pourrait en compromettre l'efficacité. Une telle mesure doit en effet bénéficier d'un effet de surprise et pouvoir être appliquée immédiatement. Aussi, il convient de distinguer deux hypothèses :

- 
- a) le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ;
  - b) le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ;
  - c) l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions. (...) ».

<sup>1337</sup> « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

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 préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. (...) ».

<sup>1338</sup> *J.O.*, C 303 du 14 décembre 2007.

<sup>1339</sup> Il s'agit d'une jurisprudence constante affirmée pour la première fois relativement au gel d'avoirs fondé la résolution 1373 (2001) par le Tribunal dans son arrêt OMPI, précité en note 1305, point 91 et s. Jurisprudence confirmée ensuite not. par SISON I, précité en note 1305, point 139 et s.; T.U.E., arrêt *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil* du 4 décembre 2008, T-284/08, EU:T:2008:550, point 36 et s., (ci-après « PMOI II ») et PMOI III, précité en note 1332, points 59-60. Elle a également été réaffirmée en matière de gel d'avoirs des membres ou soutiens d'Al-Qaida et de l'EIIL par la Cour de justice dans les arrêts KADI I, précité en note 1253, points 334 à 341 et KADI II, précité en note 1321, points 98 et s. La Cour de justice a également appliqué ces principes dans le cadre de mesures restrictives appliquées à l'IRAN sur base de résolutions du Conseil de sécurité, voy. C.J.U.E. [GC], arrêt *Bank Mellî Iran c. Conseil* du 16 novembre 2011, C-548/09, EU:C:2011:735 points 49 et s. Voy. également BEAUCILLON, C., *op. cit.* p. 480 et GLESS, S. et SCHAFFNER, D., « Judicial review of freezing orders due to a UN listing by European courts », *op. cit.*, p. 163.

<sup>1340</sup> Not. KADI II, précité en note 1321, point 99 et OMPI, précité en note 1305, points 91 et s.

<sup>1341</sup> Not. PMOI III, précité en note 1332, point 65.

<sup>1342</sup> KADI II, précité en note 1321, point 100.

<sup>1343</sup> Not. PMOI III, précité en note 1332, point 65.



- *dans le cas d'une décision initiale de gel de fonds* : l'autorité compétente a l'obligation de communiquer les motifs qui ont fondé sa décision et d'offrir à la personne concernée la possibilité d'être auditionnée *concomitamment avec ou immédiatement après l'adoption de ladite décision* ;
- *dans le cas d'une décision subséquente de gel de fonds maintenant le nom d'une personne sur la liste* : l'autorité doit en revanche lui *communiquer* les éléments retenus à sa charge et lui *permettre d'être entendue préalablement à l'adoption de la décision*<sup>1344</sup>.

**857.** La jurisprudence a cependant reconnu que

« des considérations impérieuses touchant à la sûreté de la Communauté et de ses Etats membres, ou à la conduite de leurs relations internationales, peuvent s'opposer à la communication de certains éléments à charge aux intéressés et, dès lors, à l'audition de ceux-ci sur ces mêmes éléments, au cours de la procédure administrative »<sup>1345</sup>.

Dans le cadre du règlement (CE) 2580/2001 organisant le gel UE, il a été précisé que cette jurisprudence devrait

« avant tout (...) [s'appliquer] aux "preuves ou [...] indices sérieux et crédibles" sur lesquels se fonde la décision nationale d'ouverture d'enquêtes ou de poursuites, tels qu'ils peuvent avoir été portés à la connaissance du Conseil, mais il est concevable que les restrictions d'accès puissent concerner également le contenu précis ou la motivation particulière de ladite décision, voire l'identité de l'autorité dont elle émane [ainsi que] dans certaines circonstances très particulières, l'identification de l'Etat membre ou du pays tiers dans lequel une autorité compétente a pris une décision»<sup>1346</sup>.

(ii) *Des droits identiques à la portée concrète bien différente*

**858.** Le respect des droits de la défense et du droit à une protection juridictionnelle effective fait en pratique peser des obligations distinctes sur la Commission et le Conseil.

**859.** En matière de gel ONU, la Cour de justice considère tout d'abord que la Commission devra au moins fournir à la personne intéressée le résumé des motifs que le Comité des sanctions aura établi et lui permettre de faire connaître son point de vue<sup>1347</sup>. De plus, si des observations lui sont transmises à ce sujet, elle est tenue d'examiner avec soin et impartialité le bien-fondé des motifs allégués, à la lumière de ces observations et des éventuels éléments à décharge joints à celles-ci, en sollicitant si nécessaire la communication d'informations supplémentaires au Comité des sanctions<sup>1348</sup>. Rappelons que le règlement (CE) 881/2002 a été modifié en ce sens à la suite de l'arrêt KADI I et prévoit depuis lors un tel réexamen par la Commission<sup>1349</sup>. Cette

<sup>1344</sup>Not. *Ibid*, points 61 et s. ; OMPI, précité en note 1305, point 128 ; SISON I, précité en note 1305, point 175 ; KADI I, précité en note 1253, point 339 ; KADI II, précité en note 1321, points 112 et 113.

<sup>1345</sup>Not. OMPI, précité en note 1305, point 133 ; SISON I, précité en note 1305, point 180 ; PMOI III, précité en note 1332, point 67 et KADI II, précité en note 1321, point 125.

<sup>1346</sup>OMPI, précité en note 1305, point 136 et SISON I, précité en note 1305, point 183.

<sup>1347</sup>KADI II, précité en note 1321, point 111.

<sup>1348</sup>*Ibid*, points 114 et 115.

<sup>1349</sup>Règlement (CE) 881/2002, *op. cit.*, art. 7bis, § 3.

dernière ne peut dès lors pas se cantonner au rôle de simple exécutant des décisions du Comité des sanctions et doit procéder à son propre examen des faits qui justifient selon le Comité des sanctions qu'une mesure de gel soit ordonnée, sans quoi comme l'a récemment jugé le Tribunal, les droits de l'intéressé exposés ci-dessous ne seraient garantis que de manière purement formelle et apparente<sup>1350</sup>.

**860.** Nous n'apercevons néanmoins pas comment elle pourrait procéder en pratique à ce réexamen sans méconnaître le prescrit des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité. Ces dernières précisent en effet sans la moindre ambiguïté qu'il incombe au Comité des sanctions d'identifier les personnes et entités dont les avoirs doivent être gelés et que les Etats ont l'obligation de procéder immédiatement au gel sur base du résumé des motifs fourni. Il appartient également au Comité des sanctions, voire au Conseil de sécurité, de décider de l'éventuelle radiation d'un nom de la liste des sanctions. La Commission n'est par conséquent pas autorisée à réaliser elle-même ce contrôle. Elle violerait par ailleurs le régime de sanctions si elle refusait d'imposer des mesures restrictives à une personne identifiée par le Comité des sanctions, en estimant après examen du résumé des motifs communiqué par ce dernier, le cas échéant à la lumière des observations qui lui auraient été transmises par la personne concernée, que sa décision d'inscrire un nom sur la liste des sanctions n'est pas fondée. La jurisprudence KADI place par conséquent la Commission dans une situation très délicate, de sorte que l'on peut douter de l'intensité réelle de l'examen des motifs auquel cette dernière s'adonne en pratique. En mars 2014, le Tribunal constatait à cet égard avec un certain dépit que :

« Au demeurant, selon ses affirmations à l'audience, la Commission persiste à se considérer comme strictement liée par les appréciations du comité des sanctions et comme ne disposant d'aucune marge d'appréciation autonome à cet égard, en contradiction avec les principes énoncés par la Cour dans ses arrêts Kadi I et Kadi II (en particulier aux points 114, 115 et 135) et par le Tribunal dans son arrêt Kadi II. Dans ces circonstances, force est de constater que c'est de manière purement formelle et artificielle que la Commission prétend remédier, par la mise en œuvre de la procédure de réexamen du cas du requérant, aux illégalités de même nature constatées par la Cour dans son arrêt Kadi I »<sup>1351</sup>.

**861.** Plus récemment, dans l'affaire *Al-Faqih e.a. c. Commission*, bien que le Tribunal ait au contraire jugé que la Commission avait respecté ses obligations, force est de constater qu'elle s'est en réalité bornée à solliciter des informations auprès du Comité des sanctions sans prendre elle-même position<sup>1352</sup>, manière de procéder à l'égard de laquelle la Cour n'a rien eu à redire<sup>1353</sup>.

**862.** En matière de gel d'avoirs UE, c'est essentiellement au niveau national que la personne ou l'entité doit être en mesure de discuter les éléments retenus contre elle. Au niveau européen, le principe de coopération loyale consacré à l'article 4 § 3 TUE, régit en effet les relations entre les institutions européennes et les Etats membres. Il entraîne pour le Conseil

---

<sup>1350</sup> En ce sens, T.U.E., arrêt *Yusef/Commission* du 21 mars 2014, T-306/10, EU:T:2014:141, points 91 et s (ci-après « YUSEF »). Pour comprendre ce que le Tribunal attend de la Commission, voy. T.U.E., arrêt *Al-Faqih e.a./Commission* du 28 octobre 2015, T-134/11, EU:T:2015:812, points 66 et s. (ci-après « AL FAQIH I »). Sur le recours introduit contre cette décision, la Cour a validé l'examen auquel le Tribunal a procédé, C.J.U.E., arrêt *Al-Faqih e.a./Commission* du 15 juin 2017, C-19/16 P EU:C:2017:466, points 77 et s. (ci-après « AL FAQIH II »).

<sup>1351</sup> YUSEF, précité en note 1349, points 103 et 104.

<sup>1352</sup> AL-FAQIH I, précité en note 1349, points 66 et s.

<sup>1353</sup> AL-FAQIH II, précité en note 1349, points 79 et s.

« l'obligation de s'en remettre autant que possible à l'appréciation de l'autorité nationale compétente de l'État membre concerné, à tout le moins s'il s'agit d'une autorité judiciaire, notamment pour ce qui est de l'existence "des preuves ou des indices sérieux et crédibles" sur lesquels la décision de celle-ci est fondée »<sup>1354</sup>.

**863.** L'intéressé doit par conséquent en principe

« seulement être mis en mesure de faire valoir utilement son point de vue sur les conditions légales d'application de la mesure communautaire en cause, à savoir, s'il s'agit d'une décision initiale de gel des fonds, l'existence d'informations précises ou d'éléments de dossier qui montrent qu'une décision répondant à la définition donnée à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la position commune n° 2001/931/PESC a été prise à son égard par une autorité nationale compétente, et, s'il s'agit d'une décision subséquente de gel des fonds, les justifications du maintien de l'intéressé sur la liste litigieuse »<sup>1355</sup>.

**864.** En revanche, pour autant que « la décision nationale émane d'un Etat membre », le respect des droits de la défense n'exige pas que l'intéressé

« soit à nouveau mis en mesure de se prononcer sur l'opportunité et le bien-fondé de ladite décision »<sup>1356</sup>

et

« sur la régularité de la procédure ouverte à l'encontre de l'intéressé et ayant abouti à ladite décision »<sup>1357</sup>.

Face à une décision rendue en matière d'enquête ou de poursuites, le respect des droits de la défense n'exige en outre pas qu'elle

« soit mise en mesure de faire valoir son point de vue sur le point de savoir si cette décision est "basée sur des preuves ou des indices sérieux et crédibles", comme le prescrit l'article 1er, paragraphe 4, de la position commune n° 2001/931/PESC »<sup>1358</sup>.

**865.** Le Tribunal a néanmoins plus récemment jugé que le Conseil devait s'assurer que la décision de l'autorité compétente d'ouvrir une enquête et des poursuites sur laquelle il se fonde est basée sur des preuves ou des indices sérieux et crédibles et motiver sa décision en ce sens<sup>1359</sup>. En revanche, dans l'hypothèse où le gel se fonde sur une décision nationale de condamnation définitive, il a maintenu qu'en vertu du principe de coopération loyale, le Conseil

---

<sup>1354</sup> OMPI, précité en note 1305, point 124 ; SISON I, précité en note 1305, point 171 ; SISON II, précité en note 1277, point 95 et LTTE I, précité en note 1274, point 133. Toutefois, « si, au cours de la procédure devant lui, le Conseil fonde sa décision initiale ou une décision subséquente de gel des fonds sur des éléments d'information ou de preuve qui lui sont communiqués par les représentants des États membres sans avoir été soumis à l'appréciation de ladite autorité nationale compétente, ces éléments sont à considérer comme de nouveaux éléments à charge qui doivent, en principe, faire l'objet d'une communication et d'une audition au niveau communautaire, à défaut d'en avoir déjà fait l'objet au niveau national » (Not. OMPI, précité en note 1305, point 125 et SISON I, précité en note 1305, point 172).

<sup>1355</sup> Voy. OMPI, précité en note 1305, point 120 ; SISON I, précité en note 1305, point 167.

<sup>1356</sup> OMPI, précité en note 1305, point 121 et SISON I, précité en note 1305, point 168.

<sup>1357</sup> *Ibid.*

<sup>1358</sup> OMPI, précité en note 1305, point 122 ainsi que SISON II, précité en note 1277, point 95.

<sup>1359</sup> Not. HAMAS IV, précité en note 1281, 127 et s.

« ne doit pas vérifier, avant d'inscrire le nom de personnes ou d'entités sur les listes de gel de fonds, que ces décisions sont basées sur des preuves ou des indices sérieux et crédibles et [...] doit s'en remettre, sur ce point, à l'appréciation effectuée par l'autorité nationale »<sup>1360</sup>.

**866.** Faisant référence à l'arrêt KADI II, la Cour réunie en Grande Chambre a encore jugé en matière de maintien d'une décision de gel que

« la personne ou l'entité concernée [par une mesure de gel UE] peut, dans le cadre du recours introduit contre son maintien sur la liste litigieuse, contester l'ensemble des éléments sur lesquels le Conseil s'appuie afin de démontrer la persistance du risque de son implication dans des activités terroristes, indépendamment de la question de savoir si ces éléments sont tirés d'une décision nationale adoptée par une autorité compétente ou d'autres sources. En cas de contestation, il appartient au Conseil d'établir le bien-fondé des faits allégués et au juge de l'Union de vérifier l'exactitude matérielle de ceux-ci »<sup>1361</sup>.

**867.** Il est en outre établi que si la partie intéressée le demande, le Conseil est tenu de donner accès à tous les documents administratifs non confidentiels concernant le gel en cause<sup>1362</sup>.

**868.** Au vu de ce qui précède, à l'occasion de la procédure d'examen de l'opportunité de l'inscription ou du maintien de l'inscription la personne visée par le gel UE, la personne en cause a donc la possibilité de contester le bien-fondé des éléments factuels soutenant la décision du Conseil. Lorsque ce dernier se fonde sur une décision de condamnation nationale définitive d'une autorité compétente d'un Etat membre, seule l'existence d'une telle décision pourra en réalité être discutée. Le Conseil ne peut en effet remettre en cause une décision en vertu du principe de coopération loyale. Si le gel se fonde sur une décision nationale d'ouverture d'enquête ou de poursuites, le Conseil devra en revanche s'assurer que cette décision est basée sur des preuves ou des indices sérieux et crédibles et motiver sa décision en ce sens. En cas de décision de maintien sur la liste, la persistance du risque d'implication dans des activités terroristes pourra toujours être discutée, quelle que soit la source des informations invoquées par le Conseil à l'appui de sa décision. Il est évident à cet égard que plus le temps s'écoule depuis l'adoption de la décision nationale servant de fondement au Conseil plus la personne concernée aura de chances de démontrer que le risque invoqué par le Conseil n'existe plus.

**869.** L'état actuel de la jurisprudence en matière de gel UE pose plusieurs questions.

**870.** Tout d'abord, une distinction paraît être opérée entre les décisions émanant d'autorités judiciaires et non judiciaires du point de vue de la force probante des éléments factuels qu'elles constatent. A notre connaissance, aucune décision n'a toutefois considéré que le Conseil avait méconnu ses obligations en ne procédant pas à une analyse renforcée sur le plan factuel des constatations opérées par une autorité compétente non judiciaire après qu'une personne intéressée l'ait invité à le faire. De plus, la position commune n° 2001/931/PESC dispose qu'une autorité non judiciaire doit être considérée comme compétente si aucune autorité judiciaire n'est compétente dans le même domaine et qu'elle est « équivalente » à une autorité judiciaire. Pour autant que le Conseil s'assure effectivement de cette équivalence, nous n'apercevons donc pas de motifs d'accorder moins de crédits aux éléments factuels qu'une telle autorité constate. La véritable difficulté sur ce point, qui explique peut-être les réserves de la

---

<sup>1360</sup> *Ibid.*

<sup>1361</sup> HAMAS II, précité en note 1294, point 49.

<sup>1362</sup> Not. *Ibid.*, point 252 (et les références citées).

jurisprudence, est l'absence de critères clairs permettant de déterminer quand une autorité non judiciaire peut être considérée comme compétente. Examiner cette équivalence au regard de l'existence ou non d'un recours juridictionnel comme l'a jugé le Tribunal, paraît en outre à cet égard assez « léger », d'autres éléments méritant selon nous d'être examinés, comme le fait que la procédure suivie par l'autorité administrative garantisse ou non le respect du droit à un procès équitable de la personne concernée. Il n'en demeure pas moins que selon nous, l'économie de la position commune implique que si une autorité non judiciaire peut être qualifiée de compétente, la même force probante doit être reconnue aux constatations factuelles qu'elle opère, qu'à celles qui découleraient d'une décision judiciaire.

**871.** Ensuite, la jurisprudence ne permet pas de déterminer si le Conseil peut se contenter de la décision du Comité des sanctions d'inscrire une personne ou une entité sur la liste des sanctions, pour considérer que les conditions posées par la position commune sont remplies, comme le laisse penser son libellé<sup>1363</sup>. Une telle solution nous paraît toutefois aller à l'encontre de l'arrêt KADI II, puisqu'elle aboutirait à l'imposition d'une mesure de gel d'avoirs ONU sans offrir à la personne concernée les garanties procédurales prévues dans ce cadre et donc en violation de ses droits de la défense et à un recours juridictionnel effectif. Par conséquent, si le Conseil décide d'ordonner une mesure de gel UE en se fondant sur l'inscription de la personne concernée sur la liste des sanctions, il devrait dès lors adopter la même attitude que celle exigée de la Commission en matière de gel ONU.

**872.** Par ailleurs et plus généralement, selon la jurisprudence, l'obligation de motivation à laquelle le Conseil et la Commission sont soumis en vertu de l'article 296 TFUE (anciennement 253 du traité CE), est étroitement liée à celle du respect des droits de la défense ainsi qu'au droit à une protection juridictionnelle effective<sup>1364</sup>. Sous réserve de l'existence de considérations impérieuses touchant à la sûreté de l'Union européenne ou de ses États membres ou à la conduite de leurs relations internationales qui s'y opposeraient, le Conseil et la Commission doivent dès lors nécessairement indiquer, de façon spécifique et concrète, les raisons pour lesquelles ils considèrent que l'intéressé doit faire l'objet d'une mesure de gel<sup>1365</sup>. La motivation doit de plus être transmise en même temps que la décision elle-même afin, d'une part, que la personne/entité visée soit en mesure d'apprécier l'opportunité de la contester devant le juge européen, et d'autre part, que ce dernier puisse en contrôler la légalité<sup>1366</sup>. Sans aller jusqu'à leur imposer de répondre à toutes les observations éventuellement formulées par la personne en cause, la Commission et le Conseil doivent cependant veiller à indiquer les raisons spécifiques et concrètes pour lesquelles elles estiment, après réexamen, que le gel des fonds de l'intéressé

---

<sup>1363</sup> Position commune n° 2001/931/PESC, *op. cit.*, art. 1er, § 4 *in fine*.

<sup>1364</sup> OMPI, précité en note 1305, point 89 et point 109 ; SISON I, précité en note 1305, point 137.

<sup>1365</sup> OMPI, précité en note 1305, point 141 et s., spéc. point 151 ; SISON I, précité en note 1305, point 185 et s., spéc. point 191 ; AL AQSA, précité en note 1269, points 140 à 142 ; KADI II, précité en note 1321, point 116 et AL FAQIH I, précité en note 1349, point 76.

<sup>1366</sup> *Ibid.* En vue de préserver « la sûreté de la Communauté et de ses États membres, ou à la conduite de leurs relations internationales » (SISON I, précité en note 1305, points 194-195) ainsi que la réputation des personnes/entités visées, « seuls le dispositif ainsi qu'une motivation doivent figurer dans la version de la décision de gel des fonds publiée au Journal officiel, étant entendu que la motivation spécifique et concrète de cette décision doit être formalisée et portée à la connaissance des intéressés par toute autre voie appropriée » (*ibid.*).

reste justifié<sup>1367</sup>. Il convient également de distinguer le gel ONU du gel UE quant aux conséquences pratiques de cette obligation.

**873.** En matière de gel UE, la motivation d'une décision initiale de gel des fonds et celle de chaque décision de maintien subséquente doivent porter non seulement sur les conditions légales d'application du règlement (CE) 2580/2001, en particulier l'existence d'une décision nationale prise par une autorité compétente, mais également sur les raisons spécifiques et concrètes pour lesquelles le Conseil considère, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, que l'intéressé doit faire l'objet d'une mesure de gel des fonds<sup>1368</sup>.

**874.** En matière de gel ONU, la Cour de justice a jugé dans son arrêt KADI II que

« l'obligation de motivation prévue à l'article 296 TFUE implique en toutes circonstances, y compris lorsque la motivation de l'acte de l'Union correspond à des motifs exposés par une instance internationale, que cette motivation identifie les raisons individuelles, spécifiques et concrètes, pour lesquelles les autorités compétentes considèrent que la personne concernée doit faire l'objet de mesures restrictives ».

Dans cette mesure, le Tribunal a jugé qu'

« il serait possible de se fonder uniquement sur l'exposé des motifs qui inscrit le nom des intéressés sur la liste [des sanctions], pour autant que celui-ci contienne les raisons individuelles, spécifiques et concrètes restant valables à la lumière des observations des personnes figurant sur la liste »<sup>1369</sup>.

La Commission doit donc indiquer pourquoi elle estime que le gel doit être ordonné et motiver sa décision, en se référant le cas échéant aux motifs retenus par le Comité des sanctions, en tenant compte des éventuelles contestations formulées. Avec l'écoulement du temps, cette obligation devrait la conduire à interroger le Comité des sanctions quant à la persistance des éléments invoqués à l'appui de l'inscription sur la liste des sanctions ainsi que sur le bienfondé des éventuelles contestations formulées par la personne concernée.

**875.** Rappelons enfin que les garanties procédurales précitées n'ont pas été introduites dans le règlement (CE) 2580/2001, qui n'impose qu'un réexamen semestriel des mesures de gel par le Conseil. Ces garanties ne reposent donc que sur la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, le Conseil a en revanche modifié le règlement (CE) 881/2002, en vue de respecter les enseignements de l'arrêt KADI I<sup>1370</sup>.

**876.** La décision (PESC) 2016/1693 et le règlement (UE) 2016/1686 comportent des garanties procédurales semblables à celles prévues dans le règlement (CE) 881/2002. En revanche, ces instruments sont silencieux quant à la nature des informations à prendre en compte par le Conseil pour décider d'inscrire – et de maintenir – une personne sur la liste. Il

---

<sup>1367</sup>AL AQSA, précité en note 1269, point 141 et KADI II, précité en note 1321, point 116.

<sup>1368</sup>Not. OMPI, précité en note 1305, point 138 et s, spéc. point 143 ; SISON I, précité en note 1305, point 185 et s., spéc. n °191 ; AL AQSA, précité en note 1269, points 140 à 142 ; HAMAS I, précité en note 1295, point 88 (non annulé en raison de cette appréciation).

<sup>1369</sup>AL-FAQIH I, précité en note 1349, point 77. La Cour a validé l'arrêt sur ce point, voy. AL-FAQIH II, précité en note 1349, points 65 et s.

<sup>1370</sup>Pour rappel, le Tribunal a considéré, sans être déjugé par la Cour, que les procédures de réexamen visées aux articles 7*bis* et 7*quater* du règlement (CE) 881/2002, intégrées en réaction à KADI I, étaient de nature à permettre à la Commission de respecter les garanties procédurales définies par la Cour dans KADI II. Voy. AL-FAQIH I, précité en note 1349, point 77 et AL-FAQIH II, précité en note 1349, points 65 et s.

n'est en tout état de cause pas requis qu'une autorité nationale compétente ait adopté une décision particulière comme en matière de gel UE, de sorte que le Conseil dispose d'une plus grande liberté lorsqu'il met en œuvre le gel européen complémentaire contre Al-Qaida et l'EIIL. Corrélativement, il devrait dès lors à notre sens souffrir une obligation de motivation renforcée afin, d'une part, d'indiquer ce qui justifie une inscription sur cette liste complémentaire et d'autre part, de permettre à la personne visée de se défendre utilement. Une telle obligation de motivation renforcée est d'autant plus essentielle qu'il est probable que le Conseil et le juge européen soient les seules instances face auxquelles la personne concernée puisse se défendre, ce qui distingue ce gel complémentaire du gel ONU et UE. Cette particularité devrait de surcroît conduire à un contrôle renforcé des faits invoqués à l'appui de l'inscription et du maintien sur la liste concernée.

**(b) Pour être effectif le contrôle du juge doit porter sur l'appréciation des faits et les circonstances invoquées par l'autorité compétente...**

**877.** En cas de contestation de la légalité de l'inscription ou du maintien d'une mesure de gel, le juge doit tout d'abord contrôler le respect des règles de forme et de compétence, y compris le caractère approprié de la base juridique<sup>1371</sup>. Le juge doit en conséquence naturellement vérifier si les conditions de mise en œuvre des règlements en cause sont remplies<sup>1372</sup>. Dans l'hypothèse où le Conseil invoque une décision émanant d'un Etat tiers à l'appui d'une décision de gel UE, il doit dans ce cadre vérifier que le Conseil a pris le soin d'analyser la réglementation et la pratique de l'état en question pour s'assurer qu'elles assurent une protection équivalente à celle garantie par le droit de l'Union européenne, des droits de la défense et du droit à une protection juridictionnelle effective.<sup>1373</sup> De plus, le juge doit s'assurer que l'autorité compétente a respecté les garanties procédurales exposées ci-dessus ainsi que son obligation de motivation découlant de l'article 296 TFUE<sup>1374</sup>. Il doit enfin contrôler le bien-fondé des circonstances exceptionnelles que le Conseil et la Commission auraient éventuellement invoquées pour refuser de communiquer certaines informations à la personne intéressée<sup>1375</sup>.

**878.** Le droit à une protection juridictionnelle effective implique que le contrôle de la légalité des motifs s'étende à l'appréciation des faits et circonstances invoqués pour justifier la mesure de gel et son éventuel maintien, de même qu'à la vérification des éléments de preuve et d'information sur lesquels est fondée cette appréciation<sup>1376</sup>. Il faut en effet selon la Cour de

---

<sup>1371</sup>KADI II, précité en note 1321, point 118.

<sup>1372</sup>Not. OMPI, précité en note 1305, point 154.

<sup>1373</sup>LTTE I, précité en note 1274, point 146 et s. Le Tribunal a ainsi considéré que : « la simple référence à des sections de dispositions législatives et à une révision périodique par le ministre de l'Intérieur ne suffit pas pour permettre de conclure à l'existence d'un examen soigneux des garanties offertes par l'État tiers en question s'agissant de la protection des droits de la défense et du droit à la protection juridictionnelle effective » (point 146). La Cour a confirmé cette décision dans LTTE II, précité en note 1274, points 31-33. Voy. également HAMAS III, précité en note 1281, points 60-61.

<sup>1374</sup>Not., C.J.U.E., arrêt *K.P* du 20 juin 2019, C-458/15, EU:C:2019:522, point 48.

<sup>1375</sup>Not. OMPI, précité en note 1305, point 154 et KADI II, précité en note 1321, point 125.

<sup>1376</sup>Not. OMPI, précité en note 1305, points 152 et s. ; SISON I, précité en note 1305, point 199 et s. ; PMOI II, précité en note 1338, points 74 à 76.

justice que le juge s'assure que l'acte en cause repose sur « une base factuelle suffisamment solide », ce qui implique

« que le contrôle juridictionnel ne soit pas limité à l'appréciation de la vraisemblance abstraite des motifs invoqués, mais porte sur le point de savoir si ces motifs, ou, à tout le moins, l'un d'eux considéré comme suffisant en soi pour soutenir cette même décision, sont étayés »<sup>1377</sup>.

Le Tribunal a de plus indiqué qu'en raison de la nature préventive des mesures en cause, il était nécessaire de vérifier que les circonstances de fait et de droit ayant présidé à leur adoption, ainsi qu'à la nécessité de leur maintien, existent toujours en dépit de l'écoulement du temps<sup>1378</sup>. Cette jurisprudence n'a toutefois pas les mêmes conséquences dans les deux régimes de gel.

**879.** En matière de gel ONU, au vu de ce qui a été exposé dans la sous-section précédente, le juge doit nécessairement indirectement analyser la légalité des motifs fournis par le Comité des sanctions. A cette fin, il doit le cas échéant demander à la Commission de produire des informations supplémentaires confidentielles ou non, pour accomplir sa tâche, étant entendu qu'il incombe à la Commission de démontrer le bien-fondé des motifs invoqués<sup>1379</sup>. Un véritable dialogue<sup>1380</sup> est ainsi susceptible de se nouer en cours d'instance entre le juge, la Commission et le Comité des sanctions<sup>1381</sup>. Comme nous l'avons souligné précédemment, ce contrôle de légalité des motifs du Comité des sanctions pose néanmoins de sérieuses questions quant à sa compatibilité avec le caractère obligatoire des décisions adoptées par ce dernier. En pratique, il apparaît en outre comme étant assez superficiel.

**880.** En matière de gel UE, en dépit du large pouvoir d'appréciation dont dispose le Conseil, le juge devra contrôler son interprétation des données pertinentes et devra dans ce cadre,

« non seulement vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier la situation et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées »<sup>1382</sup>.

Au regard des obligations qui pèsent sur le Conseil, le juge devra également s'assurer qu'il s'est effectivement fondé sur une décision d'une autorité compétente au sens de la position commune n° 2001/931/PESC et qu'il a indiqué les raisons pour lesquelles il estimait qu'il convenait

---

<sup>1377</sup>KADI II, précité en note 1321, point 119 et plus récemment LTTE II, précité en note 1274, points 26 et 70 ainsi que HAMAS II, précité en note 1294, point 48. Il n'est pas douteux à cet égard qu'il suffit qu'un motif constitue une base suffisante pour soutenir la décision en cause pour qu'elle soit valable et ce même si d'autres motifs ne le seraient pas (KADI II, précité en note 1321, point 130 ainsi que plus récemment T.U.E., arrêt *Al-Gama'a al-Islamiyya Egypt (Gamaa Islamiya Égypte)/Conseil* du 10 avril 2019, T-643/16, EU:T:2019:238, point 105).

<sup>1378</sup> YUSEF, précité en note 1349, point 62.

<sup>1379</sup> KADI II, précité en note 1321, points 120 et s. Dans l'hypothèse où la Commission considérerait que des informations doivent demeurer confidentielles, le juge pourrait d'ailleurs néanmoins l'inviter à les communiquer ou mettre en œuvre des techniques permettant à la personne concernée d'en prendre partiellement connaissance au travers d'un résumé par exemple (*Ibid.*, point 129 et KADI I, précité en note 1253, point 343 et). L'article 105 du règlement de procédure du Tribunal prévoit d'ailleurs une procédure particulière permettant au juge de se fonder sur des documents confidentiels non transmis à l'autre partie.

<sup>1380</sup>En ce sens, WIMMER, M., « Inward- And Outward-Looking Rationales Behind Kadi II », *op. cit.*, p. 696.

<sup>1381</sup> Sur les difficultés posées par le caractère confidentiel de certaines informations dans le cadre du contrôle opéré par le juge européen, HOLLENBERG, S., « The Security Council's 1267/1989 Targeted Sanctions Regime and the Use of Confidential Information: a Proposal for Decentralization of Review », *L.J.I.L.*, 2015, p. 49 et s.

<sup>1382</sup> Not. LTTE I, précité en note 1274, point 163 et HAMAS I, précité en note 1295, point 90.



d'ordonner dans le cas d'espèce une mesure de gel d'avoirs, et ce sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation des faits ou de détournement de pouvoir<sup>1383</sup>. Ce faisant, le juge ne peut néanmoins substituer son appréciation en opportunité à celle du Conseil<sup>1384</sup>. La Cour a encore récemment jugé, comme nous l'avons déjà relevé, qu'en cas de contestation d'une décision de maintien sur la liste, « il appartient au Conseil d'établir le bien-fondé des faits allégués et au juge de l'Union de vérifier l'exactitude matérielle de ceux-ci »<sup>1385</sup>. Il ne s'agit néanmoins pas de démontrer, comme devant un juge pénal, que la personne ou l'entité visée est terroriste mais uniquement qu'il existe des éléments fiables montrant qu'il existe un risque qu'il soit impliqué dans des activités terroristes<sup>1386</sup>. Le Tribunal a rappelé à cet égard que le requérant ne pouvait formuler de contestations générales mais que ces dernières devaient « revêtir un caractère concret et circonstancié » et que « les contestations portant sur la matérialité des faits [devaient] figurer clairement dans le premier acte de procédure concernant l'acte attaqué »<sup>1387</sup>. Par ailleurs, la jurisprudence n'a jamais indiqué que des informations supplémentaires pouvaient être apportées par le Conseil en cours d'instance<sup>1388</sup>. Le Tribunal soutient au contraire qu'un éventuel défaut de motivation « ne peut être régularisé par le fait que l'intéressé apprend les motifs de l'acte au cours de la procédure devant le juge communautaire »<sup>1389</sup>, même si c'est au travers d'une nouvelle décision conforme quant à elle à l'obligation de motivation<sup>1390</sup>. Aucun dialogue ne semble donc pouvoir se nouer en cours d'instance, entre le Conseil et l'Etat dont provient la décision invoquée à l'appui de la mesure de gel en cause, en vue d'éclairer le juge de l'Union européenne. Il découle de ce qui précède que le contrôle opéré par le juge de l'Union européenne des mesures de gel UE est moins dynamique que celui qu'il exerce en matière de gel ONU.

**881.** En matière de gel complémentaire contre Al-Qaida et l'EIIL, vu la liberté d'appréciation laissée au Conseil quant à la détermination de ce qui peut justifier une inscription et le maintien sur la liste, nous avons indiqué précédemment que nous considérons qu'il devrait corrélativement supporter une obligation de motivation renforcée. Dans le même ordre d'idée, le contrôle opéré par le juge de l'Union de la matérialité des faits invoqués et des motifs justifiant l'inscription devrait également être renforcé. Il s'agit en réalité de mettre à tout le

---

<sup>1383</sup> OMPI, précité en note 1305, point 159. Voy. GLESS, S. et SCHAFFNER, D., « Judicial review of freezing orders due to a UN listing by European courts », *op. cit.*, p. 176. Dans les deux décisions citées à la note précédente, sur base de ces principes, le Tribunal a sèchement sanctionné l'attitude du Conseil, en annulant le maintien du gel des avoirs de deux organisations, au motif que le Conseil aurait procédé « à rebours » du système prévu par la position commune et le règlement. Il aurait en effet justifié *a posteriori* ses propres appréciations factuelles tirées « de la presse et de l'Internet » par des décisions nationales d'autorités compétentes antérieures (LTTE I, précité en note 1274, points 190 et s. et HAMAS I, précité en note 1295, points 113 et s.). Dans ces affaires, la Cour réunie en Grande chambre s'est néanmoins montrée moins critique et a d'ailleurs annulé l'un des arrêts, voy. LTTE II, précité en note 1274, et HAMAS II, précité en note 1294.

<sup>1384</sup> OMPI, précité en note 1305, point 159; SISON I, précité en note 1305, point 206. Voy. également PMOI II, précité en note 1338, point 55. Sur la portée de cette affirmation, voy. not. WIMMER, M., « Inward- And Outward-Looking rationales Behind Kadi II », *M.J.*, 2014/4, pp. 690-691.

<sup>1385</sup> HAMAS II, précité en note 1294, point 49 et HAMAS V, précité en note 1277, point 54.

<sup>1386</sup> Pour un exemple récent de contrôle de la base factuelle de la décision du Conseil, HAMAS III, précité en note 1281, points 159 et s.

<sup>1387</sup> *Ibid.*, points 187 à 189.

<sup>1388</sup> En ce sens, HAMAS I, précité en note 1295, points 180-182.

<sup>1389</sup> OMPI, précité en note 1305, point 139, SISON I, précité en note 1305, point 186.

<sup>1390</sup> T.U.E., arrêt *PKK/Conseil* du 3 avril 2008, T-229/02, EU:T:2008:87, points 65 et s.

moins en œuvre la jurisprudence KADI, sans cependant qu'ici un obstacle tel que le caractère obligatoire des décisions du Comité des sanctions ne s'oppose à l'exercice d'un réel contrôle.

### **(3) Le gel préventif d'avoirs ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété même si...**

**882.** La jurisprudence de la Cour de justice est constante sur la question de la compatibilité du gel d'avoirs avec le droit propriété<sup>1391</sup>. Son raisonnement peut être synthétisé comme suit.

**883.** Bien que le gel soit de nature conservatoire et ne prive dès lors pas les personnes qui le subissent de leur droit de propriété sur leurs biens, une telle mesure constitue indéniablement une restriction à la jouissance dudit droit, restriction qui peut être qualifiée de considérable en raison de l'écoulement du temps. La Cour de justice considère toutefois qu'il poursuit un but légitime – la lutte contre le financement du terrorisme en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales –, qu'il est nécessaire pour l'atteindre efficacement et qu'il n'apparaît pas disproportionné à cet objectif, compte tenu des dérogations possibles et de l'existence de procédures de réexamens périodiques de l'opportunité du maintien de la mesure.

**884.** Notons qu'au cours de la seconde affaire KADI, le Tribunal a pour sa part très clairement remis en cause le caractère conservatoire du gel d'avoirs, le distinguant de la confiscation, et sa compatibilité avec le droit de propriété en affirmant que :

« Il est même permis de se demander si l'appréciation portée par le Tribunal au point 248 de son arrêt Kadi, et reprise en substance par la Cour au point 358 de son arrêt Kadi, selon laquelle le gel des fonds est une mesure conservatoire qui, à la différence d'une confiscation, ne porte pas atteinte à la substance même du droit de propriété des intéressés sur leurs actifs financiers, mais seulement à leur utilisation, ne devrait pas être remise en cause, maintenant que près de dix ans se sont écoulés depuis le gel initial des fonds du requérant. Il en va de même de l'affirmation du Conseil de sécurité, rappelée à diverses reprises, notamment dans sa résolution 1822 (2008), selon laquelle les mesures en question « ont un caractère préventif et sont indépendantes des règles pénales de droit interne ». À l'échelle d'une vie humaine, dix ans représentent en effet une durée considérable, et la qualification des mesures en question comme étant de nature préventive ou répressive, conservatoire ou confiscatoire, civile ou pénale, paraît désormais ouverte »<sup>1392</sup>.

**885.** Sur les pourvois déposés à l'encontre de cet arrêt par la Commission et plusieurs Etats membres, la Cour de Justice a cependant réaffirmé le caractère préventif du gel d'avoirs. Elle a toutefois insisté sur l'incidence très négative de cette mesure sur la vie des personnes qui la subissent pour justifier la nécessité de son contrôle juridictionnel<sup>1393</sup>. Le Tribunal s'est ensuite conformé à cette position et ne l'a, à notre connaissance plus remise en cause.

### **(4) Le contrôle opéré par le juge européen est-il suffisant ?**

**886.** Il découle de notre analyse que l'essentiel du contentieux soulevé devant le juge de l'Union concerne les garanties procédurales dont doivent bénéficier les personnes concernées et non l'examen des faits imputés aux personnes concernées en tant que tels. Les différents

---

<sup>1391</sup> Not. KADI I, précité en note 1253, point 358 et s. ainsi que AL AQSA, précité en note 1269, points 120 et s.

<sup>1392</sup> T.U.E., arrêt *Kadi/Commission* du 30 septembre 2010, T-85/09, EU:T:2010:418, point 150.

<sup>1393</sup> KADI II, précité en note 1321, point 132.

mécanismes de gel sont en effet construits de manière telle, que le Conseil ou la Commission ne doivent pas démontrer que la personne dont le patrimoine a été gelé a commis ou tenté de commettre des infractions, mais bien qu'il existe suffisamment d'éléments de fait permettant de le penser<sup>1394</sup> et rendant donc nécessaire l'adoption d'une telle mesure préventive et son maintien<sup>1395</sup>.

**887.** Dans le cadre d'un recours en annulation, la tâche du juge de l'Union européenne n'est en conséquence pas de juger si le requérant est effectivement lié à un groupe terroriste ou à la commission d'actes terroristes. Il doit en effet uniquement s'assurer que l'autorité compétente disposait effectivement d'une base factuelle suffisamment solide pour ordonner le gel, puis pour le maintenir<sup>1396</sup>, dans le respect des dispositions qui l'organisent.

**888.** Cet état de fait associé au refus de la Cour de justice de remettre en cause le caractère uniquement préventif du gel en lui reconnaissant également une portée punitive, a conduit à ce que le juge de l'Union européenne se soit borné à consacrer des garanties procédurales et à en contrôler le respect par l'autorité compétente, sans s'aventurer sur le terrain du droit à la présomption d'innocence ou du principe *nulla poena sine lege* par exemple. Rien de surprenant dès lors à ce qu'il estime notamment que la charge de la preuve est en réalité partagée entre la personne concernée et l'autorité compétente sur le plan factuel<sup>1397</sup>.

**889.** Nous avons pu constater que le gel préventif, qui conduit à l'immobilisation de l'intégralité du patrimoine de la personne concernée, a ainsi une portée bien plus étendue que la saisie préalable à la confiscation et à la confiscation elle-même. Il entraîne de surcroît pour la personne concernée des effets qui peuvent *de facto* être très semblables à ceux d'une confiscation, étant donné qu'il n'est *a priori* pas limité dans le temps. Il repose en outre sur la conviction que cette personne est liée à un groupe terroriste ou à des actes terroristes, sans que l'autorité compétente n'ait néanmoins à le démontrer au-delà du doute raisonnable au terme d'une procédure juridictionnelle et plus fondamentalement sans qu'elle ait à démontrer un lien entre son patrimoine et la commission d'une infraction terroriste. La personne concernée par une mesure de gel se trouve par conséquent indéniablement dans une situation bien plus défavorable que si elle faisait l'objet d'une procédure pénale, tout en subissant une mesure aux effets particulièrement lourds. Son caractère préventif ne devrait dès lors pas, selon nous, conduire la Cour de justice à refuser d'y voir une mesure de caractère pénal. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme que nous analyserons dans la seconde partie de cette étude, ne l'y encouragera néanmoins pas.

**890.** Dans ces conditions, le contrôle juridictionnel portant essentiellement sur le respect de garanties procédurales opéré par le juge de l'Union européenne jusqu'ici peut apparaître comme étant insuffisant. Nous avons néanmoins montré que le Conseil de sécurité n'offrait quant à lui aucun recours juridictionnel et verrons que la Cour européenne des droits de l'homme a adopté

---

<sup>1394</sup> Ce qui dans le cas de la mise en œuvre du gel ONU est en réalité établi par l'inscription sur la liste des sanctions.

<sup>1395</sup> Parmi beaucoup d'autres récemment HAMAS III, précité en note 1281, points 149 et s. ainsi qu'HAMAS V, précité en note 1277, point 38 et HAMAS IV, précité en note 1282, point 149, où le la Cour et le Tribunal indiquent que le Conseil doit établir en cas de maintien du gel la « persistance du risque d'implication dans des activités terroristes ».

<sup>1396</sup> Voy. récemment HAMAS IV, précité en note 1282, points 121 et s.

<sup>1397</sup> Voy. récemment HAMAS V, précité en note 1277, point 42.

une approche assez semblable à la Cour de justice en la matière. Le gel préventif d'avoirs pose donc question du point de vue de sa compatibilité avec les droits fondamentaux de manière globale et non seulement tel qu'il a été mis en œuvre et élaboré au sein de l'Union européenne. Nous y reviendrons lorsque nous le confronterons aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme.

**c. Conclusion de synthèse de la section 2 : une Cour de justice courageuse mais pas téméraire**

**891.** Les deux régimes de gel préventifs d'avoirs terroristes découlant des initiatives du Conseil de sécurité ont été mis en œuvre à l'aide d'instruments juridiques de même nature au sein de l'Union européenne dans le cadre de la PESC. Toutefois, la Commission est compétente pour assurer l'exécution gel ONU, alors qu'il incombe au Conseil de mettre en œuvre le gel UE. Il doit se baser pour ce faire sur une décision d'ouverture d'enquêtes, de poursuites ou de condamnation pour des faits de terrorisme, adoptée au niveau national par une « autorité compétente » non nécessairement judiciaire. En dépit des précisions apportées par la jurisprudence, les conditions auxquelles une décision nationale doit répondre pour pouvoir servir de fondement à une décision de gel UE sont encore incertains, notamment quant aux critères permettant de considérer qu'une autorité non judiciaire est compétente au sens de la position commune 2001/931/PESC.

**892.** Plus récemment, sans que sa nécessité n'ait été véritablement explicitée, un régime complémentaire au gel ONU a été élaboré permettant au Conseil de dresser une liste européenne distincte de personnes associées à Al-Qaida et à l'EIL dont les biens doivent être gelés. Il est organisé suivant une procédure proche mais pas identique au gel UE et ses effets sont très semblables aux deux autres dispositifs de gel. Tous ces régimes de nature administrative conduisent en effet à l'immobilisation complète, sauf dérogation dont la portée est précisément définie, de l'ensemble du patrimoine de la personne concernée. Si son enrichissement n'est en principe pas proscrit au cours du gel préventif, il devra également être gelé.

**893.** Refusant de reconnaître une quelconque immunité juridictionnelle aux actes européens d'exécution des résolutions du Conseil de sécurité en matière de gel ONU, la Cour de justice a jugé que la procédure mise en œuvre par les autorités européennes était contraire aux droits de la défense et au droit à une protection juridictionnelle effective des personnes visées. Dans ses arrêts KADI I et KADI II, elle imposa par conséquent à la Commission le respect d'une série de garanties procédurales non prévues par le législateur européen à l'époque. Elle considéra également que le juge de l'Union européenne devait procéder à un contrôle juridictionnel en principe complet des décisions européennes ordonnant une mesure de gel ONU. Quant aux principes devant régir l'action de la Commission et ce contrôle juridictionnel, elle s'aligna en réalité sur la jurisprudence déjà bien établie du Tribunal en matière de gel UE. Si cette jurisprudence courageuse a mené à la modification du règlement (CE) 881/2002 par le Conseil, le règlement (CE) 2580/2001 se borne jusqu'à ce jour à imposer au Conseil un réexamen semestriel de ses décisions de gel, sans prévoir d'autres garanties procédurales. La décision PESC 2016/1693 et le règlement (UE) 2016/1686 intègrent quant à eux l'« acquis » KADI à l'image du règlement (CE) 881/2002.

**894.** En dépit de l'harmonisation des principes devant régir le contrôle de la compatibilité des mesures de gel avec les droits fondamentaux, les obligations de la Commission et du Conseil demeurent néanmoins différentes en pratique d'un système de gel à l'autre. La différence majeure à cet égard concerne l'intensité du contrôle des faits invoqués à l'appui de la mesure de gel exigé de l'institution compétente. En effet, alors que la Commission a l'obligation de contrôler de manière soigneuse et impartiale les motifs retenus par le Comité des sanctions, le Conseil est tenu par le principe de coopération loyale et doit donc autant que possible se référer aux faits tels qu'ils ont été établis par l'autorité nationale compétente, en tout cas lorsqu'elle émane d'un Etat membre.

**895.** Le contrôle juridictionnel opéré par le juge de l'Union européenne a en conséquence également une portée différente selon le gel concerné, même si dans les deux cas, il doit s'assurer que la décision de gel repose sur « une base factuelle suffisamment solide ». En effet, l'arrêt KADI II appelle le juge européen à contrôler les motifs retenus par le Comité des sanctions, en appelant, le cas échéant, à un véritable dialogue entre la Commission et le Comité des sanctions pour obtenir des informations supplémentaires. En matière de gel UE, son contrôle se limitera à s'assurer que la mesure repose effectivement sur une décision d'une autorité nationale compétente et que le Conseil a veillé à indiquer les motifs justifiant sa décision d'ordonner dans le cas d'espèce une mesure de gel, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation des faits ou de détournement de pouvoir. Son contrôle sera néanmoins plus intense sur le plan factuel en cas de maintien prolongé du gel quant à la persistance du risque d'implication dans des activités terroristes, et ce, quelle que soit la source des informations invoquées par le Conseil. La jurisprudence semble en outre opposée à ce que de nouvelles informations soient transmises à cet égard en cours d'instance par le Conseil ou un Etat membre.

**896.** Alors que le Tribunal avait remis en cause le caractère conservatoire d'une mesure de gel ONU, la différenciant de la confiscation, en raison de l'écoulement du temps, le Cour de justice a réaffirmé dans son arrêt KADI II son caractère préventif, non sans souligner ses conséquences extrêmement néfastes pour la personne concernée. Aussi, en dépit de la restriction indéniable au droit de propriété à laquelle conduit l'imposition d'une mesure de gel d'avoirs, la Cour de justice considère de manière constante qu'une telle mesure n'emporte pas de violation dudit droit, étant donné qu'elle poursuit l'objectif légitime de lutter contre le terrorisme, qu'elle est de nature à rencontrer cet objectif et qu'elle n'est pas disproportionnée. Depuis lors, le Tribunal n'a pas remis cette jurisprudence en cause.

**897.** Le mécanisme de gel UE tel qu'il est exécuté actuellement au sein de l'Union européenne est conforme aux obligations imposées par la résolution 1373 (2001), qui laisse une grande marge de manœuvre aux Etats et aux organisations internationales pour sa mise en œuvre. La jurisprudence KADI I et II de la Cour de justice conduit en revanche à une contradiction entre les obligations découlant du droit de l'Union européenne et celles issues des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité. La Commission ne peut en effet pas examiner elle-même le bien-fondé des décisions du Comité des sanctions d'inscrire et de maintenir une personne sur la liste des sanctions sans en remettre le caractère obligatoire en cause. Or, elle ne paraît pas décidée à le faire. L'effectivité du réexamen auquel elle est tenue de procéder selon le règlement (CE) 881/2002 est donc assez limité et superficiel en pratique sur le plan factuel. De plus, contrôler la légalité des motifs justifiant l'inscription ou le maintien d'un nom sur la liste des

sanctions au regard du droit de l'Union européenne, revient *de facto* à dénier aux résolutions du Conseil de sécurité leur primauté sur toute autre obligation internationale. La Cour de justice ne peut dès lors selon nous, se borner à faire comme s'il n'était pas nécessaire de résoudre le conflit manifeste entre les droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union européenne et le régime de sanctions contre Al-Qaida et l'EIL tel qu'il est actuellement organisé au niveau de l'ONU. A notre sens, elle doit donc soit, au nom de l'autonomie du droit de l'Union européenne, refuser l'application du régime de sanctions de l'ONU manifestement contraire aux droits garantis au sein de l'ordre juridique européen, soit reconnaître le caractère obligatoire des résolutions du Conseil et cesser de prétendre que la Commission devrait opérer un certain contrôle des motifs retenus par le Comité des sanctions pour inscrire une personne sur la liste des sanctions. Dans la première hypothèse, elle pourrait même être téméraire et reconnaître le caractère punitif du gel préventif. Au vu de la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al Dulumi et Montana Management Inc c. Suisse*<sup>1398</sup>, qui procède d'une logique similaire et que nous analyserons dans la seconde partie de cette étude, nous doutons toutefois que la Cour de justice ne s'aventure sur ce terrain.

---

<sup>1398</sup> C.E.D.H. [GC], arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21 juin 2016, req. 5809/08.

### 3. Le gel préventif d'avares terroristes dans l'ordre juridique belge

**898.** Les résolutions du Conseil de sécurité ainsi que les règlements européens ont un caractère obligatoire en droit belge. Les différents dispositifs de gel préventif que nous avons analysés jusqu'ici sont donc applicables sur le territoire belge.

**899.** Dans cette section, nous examinerons comment ils sont mis en œuvre en Belgique (a), en distinguant les sanctions ciblées contre Al-Qaida et l'EIL (1) et le gel découlant de la résolution 1373 (2001) (2). Ensuite, nous évoquerons les recours dont disposent en droit belge les personnes concernées pour s'y opposer (b). En l'absence d'un réel contentieux en la matière, notre examen ne pourra néanmoins qu'être limité. Enfin nous concluons brièvement (c).

#### a. Permettre l'exécution du gel onusien et européen et se conformer à la résolution 1373 (2001)

##### (1) Les sanctions ciblées contre Al-Qaida et l'EIL : une application directe et immédiate des décisions du Conseil de sécurité et du Comité des sanctions

**900.** Comme nous l'avons déjà rappelé, les Résolutions adoptées par Conseil de Sécurité sur pied du Chapitre VII ont une portée obligatoire pour tous les Etats membres de l'ONU. Relativement peu actif jusqu'à l'invasion du KOWEIT par l'IRAK au début des années 1990, le Conseil de Sécurité connut ensuite une activité croissante et n'hésita pas à recourir régulièrement au Chapitre VII, notamment pour imposer des embargos à l'égard des Etats qui menaçaient la paix internationale<sup>1399</sup>. Considérant que le cadre légal existant à l'époque ne permettait pas à la Belgique de se conformer à ses obligations tant sur le plan législatif que réglementaire<sup>1400</sup>, le Gouvernement soumit au Sénat un Projet de loi visant notamment à confier au Roi le pouvoir de

« prendre, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, les mesures nécessaires à la mise en œuvre des décisions obligatoires que prend le Conseil de Sécurité en vertu de la Charte des Nations Unies » (art. 1).

**901.** En dépit des réserves formulées par la Section de législation du Conseil d'Etat qui jugeait cette délégation de pouvoir trop générale et appelait à la limiter dans le temps<sup>1401</sup>, la loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies<sup>1402</sup> fut votée. En guise de consolation<sup>1403</sup>, elle prévoit que les Chambres législatives doivent être immédiatement informées des mesures ainsi adoptées (art.

<sup>1399</sup> Selon une perspective belge, D'ARGENT, P., « La loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies », *J.T.*, 1996, n° 5801, pp. 357-360, p. 357.

<sup>1400</sup> *Doc. parl.*, Sénat, session 1993-1994, doc. 1173-1, p. 1.

<sup>1401</sup> *Ibid.*, p. 9. La section de législation préconisait dès lors de désigner précisément les décisions du Conseil de Sécurité qui devraient être mise en œuvre, de limiter la délégation dans le temps et de soumettre les mesures prises à l'approbation des chambres.

<sup>1402</sup> Loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies, *M.B.*, 29 juillet 1995, p. 20444. Voy. sur cette loi, D'ARGENT, P., « La loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies », *J.T.*, 1996, n° 5801, pp. 357-360.

<sup>1403</sup> *Doc. parl.*, Sénat, session 1993-1994, doc. 1173-1, p. 5 et 6.

3). Par ailleurs, en vue de respecter le principe de légalité des peines, elle dispose que les infractions aux mesures contenues dans les arrêtés pris en application de la loi sont punies d'un emprisonnement de huit jours à cinq ans et d'une amende de mille à un million d'euros (art. 4). Après sa modification par une loi du 18 décembre 2015<sup>1404</sup>, la loi disposait en outre plus spécifiquement que :

« Art. 1/1. En vue d'une mise en œuvre immédiate des sanctions financières visées par les résolutions adoptées par le Conseil de Sécurité des Nations Unies dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies et sans préjudice des mesures restrictives spécifiques prises en application des Règlements du Conseil de l'Union européenne, le ministre des Finances, après concertation avec l'autorité judiciaire compétente, peut décider de geler tout ou en partie les avoirs et autres moyens financiers des personnes, entités et groupements visés dans les résolutions. Ceci couvre la période allant de l'entrée en vigueur des résolutions jusqu'au moment où les résolutions et les listes des personnes, entités et groupements établies conformément aux résolutions, y compris chaque modification, sont transposées en droit européen.

Art. 1/2. Le ministre des Finances est compétent pour l'organisation et l'adoption de chaque mesure qui a pour but d'assurer l'exécution de l'article 1/1, en particulier la publicité des listes des personnes, entités et groupements visés conformément aux résolutions adoptées par les Nations Unies. ».

**902.** L'insertion de cette disposition avait pour but de se conformer aux Recommandations 6 et 7 du GAFI, qui avait estimé dans son rapport d'évaluation d'avril 2015 que le système préexistant n'était pas satisfaisant<sup>1405</sup>. La disposition nouvelle concernait notamment – mais pas uniquement<sup>1406</sup> – les sanctions ciblées contre Al-Qaida et l'EIL et mettait en évidence le caractère complémentaire de l'intervention des autorités belges par rapport aux mesures adoptées par l'Union européenne en vue de mettre en œuvre les sanctions décidées par le Comité des sanctions. Elle laissait néanmoins un pouvoir de décision au Ministre des finances à notre sens peu compatible avec le caractère obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité et des décisions adoptées par le Comité des sanctions.

**903.** Dans son troisième rapport de suivi renforcé dressé en 2018, le GAFI a considéré que ce dispositif n'était pas pleinement satisfaisant car il ne permettait pas en pratique d'appliquer

---

<sup>1404</sup>Loi du 18 décembre 2015 portant des dispositions financières diverses, portant la création d'un service administratif à compatibilité autonome "Activités sociales", portant modification de la loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations unies et portant une disposition en matière d'égalité des femmes et des hommes, *M.B.*, 29 décembre 2015, p. 79809. Les dispositions relatives à la modification de la loi du 11 mai 1995 ne faisaient pas partie du projet initial. Elles ont fait l'objet d'amendements déposés par le Gouvernement, sur lesquels un avis limité à la compétence de l'auteur et l'acte et de son fondement juridique a été rendu (*Doc. parl.*, Ch., session 2015-2016, doc. 54-1459/2, p. 9).

<sup>1405</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2015-2016, doc. 54-1459/2, p. 3. Voy. également GAFI, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures Belgium Mutual Evaluation Report (april 2015)*, Paris, GAFI/OCDE, 2015, p. 82, disponible sur le site du GAFI [www.fatf-gafi.org/](http://www.fatf-gafi.org/) (dernière consultation le 11 octobre 2020).

<sup>1406</sup> « Le pouvoir du ministre des Finances concerne tant les résolutions déjà existantes (tel que les résolutions 1267(1999), 1718(2006), 1737(2006), 1988(2011) et 1989(2011)) que les résolutions à venir prises dans le cadre du chapitre VII, ainsi que les listes de personnes, entités et groupements et chaque modification y apportée » (*Ibid.*).



sans délai les décisions de gel adoptées par l'ONU<sup>1407</sup>. Une loi du 2 mai 2019<sup>1408</sup> l'a en conséquence<sup>1409</sup> abrogée et dispose que :

« § 1<sup>er</sup> Les mesures de gel de fonds et de ressources économiques reprises dans les listes de sanctions adoptées ou actualisées par le Conseil de sécurité des Nations Unies ou les Comités des sanctions compétents, dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, sont mises en œuvre à compter du moment où elles sont adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies ou ces Comités des sanctions.

§ 2. Par voie électronique, ou en cas d'impossibilité, au moyen d'un courrier recommandé, l'Administration générale de la Trésorerie du Service public fédéral Finances informe l'intéressé qui a la nationalité belge ou qui est domicilié en Belgique, pour la partie qui le concerne, de ces mesures de gel » (art. 236).

**904.** Cette disposition ne laisse ainsi plus aucun pouvoir de décision au Ministre des Finances et n'exige plus l'adoption d'un arrêté ministériel – source de retard soulevée par le GAFI. On peut néanmoins regretter que le législateur ait choisi d'intégrer cette mesure dans une loi distincte de celle consacrée à la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité. La loi du 2 mai 2019 renvoie d'ailleurs aux articles 4 et 5 de la loi du 11 mai 1995 en ce qui concerne la sanction et la poursuite des infractions à l'obligation de mise en œuvre du gel (art. 237), ce qui rend le choix de ne pas modifier la loi du 11 mai 1995 d'autant plus surprenant.

**905.** Un arrêté royal du 17 février 2000, adopté en exécution de la loi du 11 mai 1995, vise à transposer en droit belge les sanctions imposées sur pied de la résolution 1267 (1999) du Conseil de Sécurité<sup>1410</sup>. Il confie au Ministre des Finances le soin de prendre les mesures utiles à la mise en œuvre du gel d'avoirs (art. 2)<sup>1411</sup>. Il a également été utilisé comme fondement juridique par le Ministre des Finances dans le cadre de la mise en œuvre du règlement (CE) 881/2002 du Conseil<sup>1412</sup>. Plus aucun arrêté ministériel n'a toutefois été adopté ou mis à jour sur pied de cet arrêté royal depuis 2011, soit lorsqu'il a été décidé de distinguer le régime de sanctions visant Al-Qaida, de celui dirigé contre les Talibans. L'adoption de la loi du 2 mai 2019 précitée paraît avoir définitivement mis fin à son utilisation en matière de gel préventif.

**906.** En vertu d'une loi du 13 mai 2003<sup>1413</sup>, il appartient également au Roi de prendre les mesures d'exécution nécessaires à la mise en œuvre

---

<sup>1407</sup> GAFI, *Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Belgique - 3ème Rapport de suivi renforcé & réévaluation de notations de conformité technique*, GAFI, Paris, 2018, p. 5 disponible à l'adresse [www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/fur-belgique-2018.html](http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/fur-belgique-2018.html) (dernière consultation le 10 juillet 2020).

<sup>1408</sup> Loi du 2 mai 2019 portant des dispositions financières diverses, *M.B.*, 21 mai 2019, p. 48120.

<sup>1409</sup> *Voy. Doc. parl.*, Ch., session 2018-2019, doc. 54-3624/002, p. 23.

<sup>1410</sup> Arrêté royal relatif aux mesures restrictives à l'encontre des Talibans d'Afghanistan, *M.B.*, 15 mars 2000, p. 7579.

<sup>1411</sup> Ce qui était directement prévu à l'article 1/1 de la loi du 11 mai 1995 depuis sa modification en 2015 précitée et avant son abrogation et ne paraît plus nécessaire à l'heure actuelle vu la loi du 2 mai 2019.

<sup>1412</sup> *Voy. l'arrêté ministériel* du 15 juin 2000 (*M.B.*, 1er juillet 2000, p. 23149), tel que modifié en novembre 2001 et en avril 2003.

<sup>1413</sup> Loi du 13 mai 2003 relative à la mise en œuvre des mesures restrictives adoptées par le Conseil de l'Union européenne à l'encontre d'Etats, de certaines personnes et entités, *M.B.*, 13 juin 2003, p. 31923.

- des actions ou des positions communes adoptées en vertu des articles 25, 28 et 29 du traité sur l'Union européenne et pour les cas visés aux articles 75, 215 et 352 du traité de fonctionnement de l'Union européenne ;

- des règlements adoptés en vertu de l'article 288 du traité de fonctionnement de l'Union européenne ou des décisions prises en application de ces règlements et pour les cas visés aux articles 75, 215 et 352 du traité de fonctionnement de l'Union européenne (art. 2).

Cette loi dispose par ailleurs que « les infractions aux mesures contenues dans les règlements communautaires ou des décisions prises en application de ces règlements dans le cadre des articles 60, § 1er, 301 et 308 du traité instituant la Communauté européenne sont punies d'un emprisonnement de huit jours à cinq ans et d'une amende de 25 à 25.000 euros » (art. 7).

**907.** Aucun arrêté royal n'a néanmoins été adopté sur ce fondement pour la mise en œuvre du règlement (CE) 881/2002<sup>1414</sup>. C'est en effet en exécution de la loi du 11 mai 1995 qu'a été adopté un arrêté royal du 10 novembre 2004<sup>1415</sup> disposant notamment qu'

« il est interdit à un Belge ou au titulaire de quelque nationalité que ce soit, agissant à partir du territoire national, de participer, sciemment et volontairement, aux activités visées à l'article 4.1. du Règlement (CE) n° 881/2002 du Conseil du 27 mai 2002 »<sup>1416</sup>.

**908.** Il découle de ce qui précède que contrairement au législateur européen, le législateur belge a renoncé à organiser l'exécution des sanctions ciblées du Conseil de sécurité en élaborant une législation propre les transposant dans l'ordre juridique belge. Il n'a d'ailleurs pas prévu de garanties procédurales particulières concrètes au bénéfice des personnes visées hormis une obligation d'information relativement floue quant à sa portée. Ceci peut s'expliquer par le dispositif mis en place par l'Union européenne en la matière directement applicable en Belgique et qui laisse peu de marge de manœuvre aux Etats membres en la matière. En pratique, dès lors que la Commission inscrit un nouveau nom sur la liste européenne conformément au règlement (CE) 881/2002, à la suite d'une nouvelle inscription sur la liste des sanctions onusienne, ou que le Conseil le fait sur la liste établie conformément à la décision (PESC) 2016/1693 et au règlement (UE) 2016/1686, la personne intéressée n'aurait en effet pas d'intérêt à agir contre un éventuel arrêté royal ou arrêté ministériel belge de mise en œuvre. Elle devrait saisir le médiateur onusien et/ou le juge de l'Union européenne vu le caractère obligatoire tant des décisions du Comité des sanctions que des règlements européens<sup>1417</sup>. Nous pouvons néanmoins regretter que le législateur belge n'ait pas jugé utile de prévoir expressément une obligation pour les autorités belges de communiquer au Belge ou au résident belge des informations telles que le résumé des motifs du Comité des sanctions et l'exposé des motifs de la Commission, les

<sup>1414</sup> La loi de 2003 n'a en effet été mobilisée que pour la mise en œuvre des sanctions décidée par l'Union européenne à l'égard de la Biélorussie et du Liban, voy. les arrêts du 13 octobre 2006 (*M.B.*, 13 octobre 2006, p. 54829) et du 5 juillet 2011 (*M.B.*, 5 juillet 2011, p. 38502)

<sup>1415</sup> Arrêté royal du 10 novembre 2004 relatif à l'interdiction d'aide et d'assistance concernant les activités militaires à Oussama ben Laden, aux membres de l'organisation Al-Qaida, aux Talibans et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés, *M.B.*, 29 novembre 2004, p. 80174.

<sup>1416</sup> Il s'agit pour rappel de contourner le gel d'avoirs.

<sup>1417</sup> Voy. en ce sens Civ. Bruxelles, 4e chambre, 11 février 2005, R.G. 2004/2435-A, inédit mais dont des extraits sont cités par DAVID, E., « Les juridictions belges : la pratique belge », in RIDEAU, J., GREWE, C., BALMOND, L. et ARCARI, M. (dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 267 et s. ainsi que C.E., arrêt n° 244.255 du 23 avril 2019, *Assadi/Etat belge*, mais concernant le gel d'avoirs adopté en exécution de la Résolution 1373.

voies de recours existantes, ... pour s'assurer qu'il soit effectivement en mesure d'exercer ses droits.

## **(2) La mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) : le règlement (CE) 2580/2001 ne suffit pas**

**909.** L'arrêté royal du 2 mai 2002<sup>1418</sup>, adopté en exécution de la loi du 11 mai 1995, dispose que :

« Les fonds, les autres avoirs financiers ou ressources économiques des personnes et entités qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, reprises dans des listes établies par décision selon le règlement européen pris sur base de la résolution 1373 (2001) adoptée par le Conseil de Sécurité des Nations unies le 28 septembre 2001, ainsi que les services financiers ou autres services connexes fournis en faveur de ces personnes et entités, sont réglés selon les dispositions du Règlement européen (CE) n° 2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, pris sur base de la résolution 1373 (2001) adoptée par le Conseil de Sécurité des Nations unies le 28 septembre 2001 » (art. 1<sup>er</sup>).

**910.** Il incombe dans ce cadre aux Ministres des Finances<sup>1419</sup>, ainsi qu'au Ministre des Affaires étrangères la mission de prendre les mesures utiles à l'exécution du Règlement (CE) 2580/2001, qui met en œuvre la Résolution 1373 (2001).

**911.** Aucune liste transposant celle établie par le Conseil en droit interne n'est ainsi établie, à l'instar de ce qui est prévu en matière de gel ciblant Al-Qaida et l'EIIL. Aucun dispositif particulier d'information de la personne concernée par le gel de ses biens situés en Belgique n'est en outre prévu. Cet état de fait n'est pas surprenant étant donné que l'article de l'article 288, paragraphe 2, TFUE qui prévoit que le règlement de l'Union est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre, exclut en principe, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, l'adoption ou le maintien de dispositions nationales parallèles<sup>1420</sup>.

**912.** En vue de mettre pleinement en œuvre la Résolution 1373 (2001), le Gouvernement a néanmoins été contraint d'élaborer un régime de gel préventif complémentaire au gel UE. L'adoption de l'arrêté royal du 28 décembre 2006<sup>1421</sup>, manifestement critiquée par la Section de

---

<sup>1418</sup> Arrêté royal relatif aux mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme du 2 mai 2002, *M.B.*, 28 mai 2002, p. 23023.

<sup>1419</sup> En vertu de l'arrêté ministériel d'exécution de l'arrêté royal du 17 juin 2002 (*M.B.*, 26 juin 2002, p. 28989), il incombe notamment au Ministre des Finances de traiter les demandes de dérogations visées aux articles 5 et 6 du règlement, ce qui est conforme à l'annexe du Règlement n°2580/2000,

<sup>1420</sup> La Cour de justice a ainsi jugé en la matière que : « Or, un gel des fonds imposé par des dispositions nationales ayant pour objet une personne faisant également l'objet d'un gel des fonds imposé par un règlement de l'Union est susceptible d'affecter la portée de ce règlement, notamment en raison du fait que la définition des fonds concernés par le gel ainsi que les règles relatives à l'autorisation exceptionnelle de l'utilisation de fonds gelés pour certaines dépenses telles que celles prévues aux articles 5 et 6 du règlement n° 2580/2001 peuvent diverger au niveau national et au niveau de l'Union » (C.J.U.E., arrêt *Al-Aqsa/Conseil* du 15 novembre 2012, C-539/10 P et C-550/10 P, EU:C:2012:711, n° 88 et jurisprudence citée).

<sup>1421</sup> Arrêté royal du 28 décembre 2006 relatif aux mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme, *M.B.*, 17 janvier 2007, p. 1898.

législation du Conseil d'Etat<sup>1422</sup>, était en effet selon lui une exigence du GAFI, qui considérait que la seule exécution des mesures adoptées par l'Union européenne ne permettait pas la mise en œuvre complète de la résolution 1373 (2001)<sup>1423</sup>. Nous désignons ce gel comme le « gel belge »<sup>1424</sup>.

**913.** Sans véritablement s'écarter du Règlement n°2580/2001 sur le plan terminologique<sup>1425</sup> et faisant notamment sien la définition y donnée du gel, l'arrêté royal dispose que le patrimoine de deux catégories de personnes/entités doit être gelé. D'une part, celles qui bien que figurant dans la liste annexée à la position commune 931/2001/PESC, ne figureraient pas dans celle adoptée par le Conseil en vertu du Règlement (CE) 2580/2001 (art. 2)<sup>1426</sup>. D'autre part, celles qui commettent, facilitent, participent à des infractions terroristes, ou tentent de le faire, sans figurer dans l'une des listes établies au niveau européen – en ce compris celle établie dans le cadre des sanctions contre l'EIIL et AL-QAIDA –, mais bien dans celle élaborée par le Conseil national de sécurité<sup>1427</sup>, sur base des évaluations de l'OCAM<sup>1428</sup>, après concertation avec

---

<sup>1422</sup> La *Rapport au Roi* évoque en effet une série de critiques formulées dans l'avis du Conseil d'Etat nr 41.440/2, donné le 16 novembre 2006. Elles découleraient pour la plupart d'entre elles « de son avis émis à l'encontre de la loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies ». Pour rappel, dans cet avis, la Section de Législation s'interrogeait quant à l'étendue de la délégation octroyée au Gouvernement. Selon le Gouvernement, la tâche déléguée par l'arrêté de 2006 au Roi aurait toutefois un caractère « purement exécutif (...) à savoir le gel administratif des avoirs des personnes et entités listés par ailleurs, soit par Position commune de l'Union européenne, soit par le Conseil des Ministres dans le cadre des évaluations de l'OCAM ». Notons qu'une loi confirmative du 25 avril 2007 a levé, en partie du moins, les doutes vraisemblablement exprimés par la Section de législation (*M.B.*, 8 mai 2007, p. 25103). Malheureusement les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne prévoient pas la publication de tels avis. Voy. également à ce sujet, REMACLE, C., « Le gel administratif des avoirs dans la lutte contre le financement du terrorisme », *RDPC*, 2019, pp. 123-139, spéc. p. 126 et s.

<sup>1423</sup> Voy. le *Rapport au Roi* publié avant l'arrêté royal précité ainsi que le *Troisième rapport d'évaluation mutuelle de la Belgique de juin 2005* (p. 56, n° 195) disponible sur [www.fatf-gafi.org/fr/pays-a-c/belgique/documents/evaluationmutuelledelabelgique.html](http://www.fatf-gafi.org/fr/pays-a-c/belgique/documents/evaluationmutuelledelabelgique.html) (dernière consultation le 11 juillet 2020).

<sup>1424</sup> Sur ce gel, voy. REMACLE, C., « Le gel administratif des avoirs dans la lutte contre le financement du terrorisme », *op. cit.*, pp. 123-139.

<sup>1425</sup> Notons que les « infractions terroristes » visées sont celles qui ont été introduites dans le Code pénal par la loi du 19 décembre 2003 (*M.B.*, 29 décembre 2003, p. 61689). Pour rappel, cette loi visait à transposer en droit belge la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme précitée. Elle ne s'écarte donc pas de la définition donnée à la notion d'acte terroriste dans la Position commune 2001/931/PESC.

<sup>1426</sup> L'article 2 dispose plus précisément que : « Sont gelés les fonds et les ressources économiques des personnes et entités qui commettent ou tentent de commettre des infractions terroristes, les facilitent ou y participent, signalées dans la liste à laquelle s'applique la Position commune du Conseil 2001/931/PESC et non visées par le Règlement (CE) n° 2580/2001 ».

<sup>1427</sup> L'article 2 de l'arrêté royal du 28 janvier 2015 portant création du Conseil national de sécurité (*M.B.*, 30 janvier 2015, p. 8214) dispose que : « Le Conseil national de sécurité est présidé par le Premier Ministre et comprend en outre les Ministres ayant dans leurs attributions la Justice, la Défense nationale, l'Intérieur et les Affaires étrangères, et les Vice-Premiers Ministres qui n'ont pas ces matières dans leurs compétences. Les Membres du Gouvernement qui ne font pas partie du Conseil peuvent être invités par le Premier Ministre à y participer pour l'examen des dossiers qui les concernent particulièrement. L'administrateur général de la Sûreté de l'Etat, le chef du Service général du renseignement et de la sécurité des Forces armées, le commissaire général de la Police fédérale, le directeur de l'Organe de coordination pour l'analyse de la menace, le président du Comité de direction du Service public fédéral Intérieur, un représentant du Collège des procureurs généraux et le procureur fédéral assistent aux réunions du Conseil lorsque leur présence est requise par l'ordre du jour ». Il est notamment compétent pour « la lutte contre le financement du terrorisme et la prolifération des armes de destruction massive » (art. 3 de l'arrêté précité).

<sup>1428</sup> C'est-à-dire l'Organe de Coordination pour l'Analyse de la Menace, créé par la loi du 10 juillet 2006 relative à l'analyse de la menace (*M.B.*, 20 juillet 2006, p. 36182). Il s'agit d'un organe un organe chargé de l'évaluation de la menace placé sous l'autorité conjointe des ministres de la Justice et de l'Intérieur. Il reçoit notamment des informations du Procureur fédéral et des services de renseignement.

l'autorité judiciaire compétente, à savoir le Parquet fédéral<sup>1429</sup>, et approuvée par le Conseil des Ministres (art. 3)<sup>1430</sup>. L'arrêté royal interdit en outre la mise à disposition de fonds ou de ressources économiques à la disposition ou au profit de ces personnes/entités (art. 4), comme le prévoit d'ailleurs également le règlement (CE) 2580/2001. L'article 7 permet en revanche la majoration des comptes gelés sous la forme d'intérêts ou d'autres revenus « sous réserve que ces intérêts ou autres revenus soient gelés », comme le prévoit également le règlement (UE) 2016/1686. A l'instar du Conseil de l'Union européenne, le Conseil national de sécurité réexamine « au moins une fois par semestre ou à la demande des intéressés », la situation des personnes/entités inscrites « afin de s'assurer que leur maintien sur la liste reste justifié » (art. 5). Au terme de cet examen, il formule une proposition de maintien ou de radiation, soumise à l'approbation du Conseil des ministres. Enfin, des dérogations du même type que celle prévues par le règlement (CE) 2580/2001 peuvent être accordées par le Ministre des finances (art. 6).

**914.** Une circulaire du Ministre de la Justice et du Ministre des Finances du 7 septembre 2015<sup>1431</sup> encadre la mise en œuvre des articles 3 et 5 de l'arrêté royal du 28 décembre 2006 par l'OCAM, chargé de proposer au Conseil national de sécurité les noms des personnes et entités à inscrire sur la liste. Elle précise que, contrairement à la position commune 931/2001/PESC, l'article 3 ne fait pas référence à des actes terroristes mais bien à des infractions terroristes, de sorte que seuls les « comportements constitutifs d'infractions pénales sont couverts, à savoir ceux visés au Livre II, Titre *Iter* du Code pénal » (B.1)<sup>1432</sup>. Le gel préventif ne poursuit néanmoins pas la même « finalité » que la saisie pénale, à savoir la collecte de preuve ou la confiscation ultérieure. Il peut donc se « juxtaposer » à une saisie pénale ou être ordonné alors que la saisie n'est quant à elle pas applicable (B.2). La circulaire soutient encore que :

« Si la liste nationale est, vu la formulation de l'article 3 de l'AR de 2006, limitée aux personnes faisant l'objet d'une information ou d'une instruction pour terrorisme, il ne s'agit pas pour autant d'inscrire sur la liste nationale toutes les personnes remplissant ce critère.

La sélection opérée par l'OCAM tient compte notamment des éléments suivants :

- La menace posée par la personne ou l'entité : le niveau de la menace éventuellement associé à la personne est un élément important. Toutefois, le gel des avoirs peut

---

<sup>1429</sup> Selon le *Rapport le Roi*, l'objectif de cette concertation est « qu'un gel éventuel ne porte pas préjudice à une enquête en cours ».

<sup>1430</sup> L'article 3 dispose plus précisément que : « Sont gelés les fonds et ressources économiques des personnes et entités qui commettent ou tentent de commettre des infractions terroristes, les facilitent ou y participent, non visées par la Position commune 2001/931/PESC, par le Règlement (CE) n° 2580/2001 et par le Règlement (CE) n°881/2002, et reprises dans la liste en annexe, élaborée par le Conseil national de sécurité sur base des évaluations de l'Organe de coordination pour l'analyse de la menace, après concertation avec l'autorité judiciaire compétente et approuvée par le Conseil des Ministres ».

<sup>1431</sup> Circulaire du Ministre de la Justice et du Ministre des Finances relative à la mise en œuvre des articles 3 et 5 de l'arrêté royal du 28 décembre 2006 relatif aux mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme. Étonnamment, il semble qu'elle n'ait pas été publiée au Moniteur belge alors que le site internet du Ministre de la justice K. GEENS y fait référence (sans préciser de date de publication), voy. [www.koengeens.be/fr/policy/mesures-antiterrorisme](http://www.koengeens.be/fr/policy/mesures-antiterrorisme) (dernière consultation le 12 juillet 2020).

<sup>1432</sup> En ce sens également, REMACLE, C., « Le gel administratif des avoirs dans la lutte contre le financement du terrorisme », *op. cit.*, p. 126. Comme le souligne cette dernière, le renvoi au Code pénal pose néanmoins question étant donné que l'arrêté royal ne vise quant à lui que les infractions terroristes visées par la loi la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes et non par Livre II, Titre *Iter* du Code pénal.

s'imposer pour une personne qui ne représente pas une menace directe en termes d'attentats terroristes mais qui soutient matériellement ou qui promeut le terrorisme.

- L'impact de la mesure de gel, c'ad, dans la mesure du possible :
  - La capacité supposée de la mesure à freiner ou à empêcher les activités terroristes de la personne ou le soutien de la personne à des activités terroristes ;
  - Le risque que la mesure radicalise davantage la personne et augmente sa dangerosité » (B.3).

**915.** Bien que l'article 3 ne le précise pas expressément, le gel belge ne devrait dès lors être mis en œuvre qu'en cas de poursuites pénales pour terrorisme, ce qui le rapproche du gel UE qui peut également se fonder sur une décision nationale d'ouverture d'enquête ou de poursuites, et le distingue du gel ONU. Considéré comme une mesure complémentaire à visée distincte de la saisie pénale, le gel préventif pourra être ordonné que des saisies pénales aient déjà été opérées ou non. En d'autres termes, bien qu'il se fonde sur l'existence d'une information ou d'une instruction, il peut être ordonné alors qu'un lien suffisant avec l'infraction reprochée à la personne concernée n'a pu être établi par le parquet fédéral ou le magistrat instructeur, si l'OCAM estime que la personne en cause représente une menace directe ou indirecte. Les informations transmises par les services de renseignement à l'OCAM semblent donc jouer un rôle déterminant.

**916.** Avant de proposer un nom, l'OCAM devra néanmoins se concerter et obtenir l'accord du parquet fédéral qui, de l'avis du Collège des procureurs généraux ne devrait en principe pas l'accorder tant que l'enquête est menée à l'insu de la personne concernée (B.4). Il en est de même s'il propose de maintenir une inscription ou de radier un nom de la liste après réexamen semestriel ou ponctuel de la liste, demande de révision de la personne concernée ou « l'invalidation ou l'annulation de l'inscription sur la liste par une juridiction » (C).

**917.** Au vu de son rapport de suivi établi en 2018<sup>1433</sup>, le GAFI semble satisfait de ce dispositif complémentaire puisqu'il n'émet aucune remarque à son propos.

**918.** A l'heure actuelle, aucun arrêté d'exécution ne semble avoir été adopté sur pied de l'article 2 de l'arrêté royal du 28 décembre 2006. Depuis le 30 mai 2016, de nombreuses personnes ont en revanche été inscrites sur la liste établie par le Conseil national en vertu de l'article 3. Le préambule du premier arrêté royal adopté à cette fin<sup>1434</sup> indique que

« la décision motivée prise par le Conseil des ministres de geler les fonds et les ressources économiques des personnes et entités figurant à la liste précitée leur sera notifiée »,

---

<sup>1433</sup> GAFI, *Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Belgique - 3ème Rapport de suivi renforcé & réévaluation de notations de conformité technique*, op. cit.

<sup>1434</sup> Arrêté royal du 30 mai 2016 établissant la liste des personnes et entités visée aux articles 3 et 5 de l'arrêté royal du 28 décembre 2006 relatif aux mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme, *M.B.*, 1<sup>er</sup> juin 2016, p. 33916.

ce qui n'est pas expressément prévu l'arrêté royal du 28 décembre 2006<sup>1435</sup>. La même affirmation figure dans le préambule de tous les arrêtés royaux adoptés ensuite pour modifier la liste.

**919.** La circulaire du 7 septembre 2015 précitée indique à cet égard au point D intitulé « Notification à la personne concernée » que :

« A l'exception des décisions de confirmation de l'inscription sur la liste nationale suite à un réexamen semestriel, l'Administrateur général de la Trésorerie notifie au nom du ministre des Finances, par lettre recommandée, aux personnes et aux entités concernées à leur dernier domicile connu la décision prise par le Conseil des ministres pour la partie qui les concerne.

Pour les cas de décision de maintien sur base d'une demande de révision et pour les décisions de nouvelle inscription sur la liste, la notification contient notamment la motivation de la décision, sur base des éléments fournis par l'OCAM, ainsi que l'indication de la possibilité d'introduire une demande de révision auprès de l'Administration générale de la Trésorerie ainsi que les voies de recours devant le Conseil d'Etat ».

Etonnamment les décisions de maintien de l'inscription adoptées après la procédure de révision semestrielle obligatoire ne sont donc pas communiquées à la personne concernée.

**920.** Un arrêt du Conseil d'Etat du 29 novembre 2017<sup>1436</sup> reproduit le contenu d'une notification après inscription sur la liste<sup>1437</sup>. On y trouve, comme le prévoit la circulaire, outre

---

<sup>1435</sup> Au cours des travaux parlementaires qui ont précédé la modification de la loi du 11 mai 1995, le Gouvernement avait cependant déjà indiqué que la concertation avec l'autorité judiciaire compétente prévue avant le gel décidé par la Ministre des Finances sur base des Résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU « vise en particulier à vérifier que le gel des avoirs, qui est nécessairement notifié à la personne ou à l'entité, ne porte pas atteinte à l'exercice de l'action publique » (*Doc. parl.*, Ch., session 2015-2016, doc 54-1459/02, p. 4).

<sup>1436</sup> C.E., arrêt n° 239.266 du 29 novembre 2017, *Bensouda Koraïchi/Etat belge*.

<sup>1437</sup> La notification est la suivante : « Monsieur, Votre nom étant inscrit à la liste annexée à l'arrêté royal du 28 décembre 2006 susmentionné, en application de l'article 3 dudit arrêté, les mesures restrictives de gel sont appliquées à vos fonds et ressources économiques.

L'inscription de votre nom à la liste a été décidée par le Conseil national de Sécurité et approuvée par le Conseil des ministres du 31 mars 2017, sur base des évaluations de l'Organe de Coordination pour l'Analyse de la Menace, après concertation avec l'autorité judiciaire compétente.

Les motifs pour lesquels vos fonds et ressources économiques sont gelés sont les suivants :

« Jamiai Yassine, accompagné de son frère Jamiai Amine et de Belkacem Omar, a rejoint la Turquie le 15 septembre 2014, et de là, le territoire syrien quelques jours plus tard, en vue de rejoindre les rangs d'un groupe djihadiste armé (avec une quasi-certitude l'Etat Islamique). Jamiai Amine et ses deux compagnons ont été capturés à Kobané en Syrie par les forces kurdes du PYD. Selon les autorités turques, ils ont été échangés contre des combattants kurdes détenus par l'Etat Islamique et ont rejoint les rangs de l'EI ».

En application de l'article 6 de l'arrêté royal du 28 décembre 2006 précité, vous pouvez introduire une demande auprès du ministre des Finances, c/o l'Administration générale de La Trésorerie du SPF Finances, Avenue des Arts 30, 1040 Bruxelles (...), qui peut autoriser le déblocage ou la mise à disposition de certains fonds ou ressources économiques gelés, après avoir établi que les fonds ou les ressources économiques concernés sont :

- a. nécessaires à des dépenses de base, y compris celles qui sont consacrées à des vivres, des loyers ou des remboursements de prêts hypothécaires, des médicaments et des frais médicaux, des impôts, des primes d'assurance et des services collectifs ;
- b. destinés exclusivement au paiement d'honoraires professionnels raisonnables et au remboursement de dépenses correspondant à des services juridiques ;
- c. destinés exclusivement au paiement de charges ou frais correspondant à la garde ou à la gestion courante de fonds ou de ressources économiques gelés ou nécessaires pour des dépenses extraordinaires.

l'indication de l'inscription sur la liste, un très succinct exposé des motifs ainsi que des informations quant à la procédure permettant de bénéficier de dérogations et d'une révision de la décision ainsi que de l'existence d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat. Rien ne permet cependant d'affirmer qu'une telle notification a effectivement systématiquement lieu<sup>1438</sup>.

**921.** Contrairement à la position commune 2001/931/PESC, l'arrêté royal du 28 décembre 2006 ne précise pas quel type d'informations peut conduire le Conseil national de sécurité à inscrire une personne sur la liste. La circulaire du 7 septembre 2015 précise uniquement qu'une information ou une instruction doit être ouverte mais n'indique pas quelles sont les informations prises en compte par l'OCAM pour considérer qu'une personne ou une entité représente une menace telle que ses avoirs doivent être gelés.

**922.** Il est intéressant de relever à cet égard qu'au moment où diverses personnes étaient inscrites sur la liste en mai 2016, l'affaire dite de la « cellule de Verviers », au cours de laquelle elles étaient jugées par défaut venait d'être prise en délibéré par la 70<sup>ème</sup> Chambre du Tribunal correctionnel de Bruxelles. Dans son jugement prononcé le 5 juillet 2016<sup>1439</sup>, le Tribunal constata qu'elles étaient manifestement parties ensemble en Syrie rejoindre l'EIL. Il mit également en évidence les liens de l'une d'entre elles avec de tristement célèbres membres de l'EIL, dont notamment M. ABAAOUD tué peu après les attentats commis le 13 novembre 2015 à Paris et suspecté d'en être l'un des organisateurs. Elles furent *in fine* condamnées pour leur participation aux activités d'un groupe terroriste à une peine d'emprisonnement de sept ans pour l'une et de cinq ans pour l'autre. Le jugement ne fait nullement mention de saisies mobilières ou immobilières opérées au cours de l'instruction les concernant et ne prononce aucune peine de confiscation à leur égard. Le 21 juillet 2016, dix autres personnes ont été inscrites<sup>1440</sup>, dont à tout le moins plusieurs d'entre elles faisaient également à notre connaissance l'objet d'une instruction pénale<sup>1441</sup>.

**923.** Le gel est ainsi effectivement mobilisé comme une mesure complémentaire à la saisie mais aussi manifestement à la confiscation que le juge pénal pourrait ordonner. Il permet en pratique d'immobiliser le patrimoine d'une personne dont aucun bien n'a été saisi au cours de la procédure pénale et confisqué par le juge pénal, et donc sans qu'un lien ait pu être établi sur

---

En application de l'article 5 de l'arrêté royal du 28 décembre 2006 précité, vous pouvez aussi adresser une demande de révision auprès du ministre des Finances, c/o l'Administration générale de la Trésorerie du SPF Finances, qui transférera sans délai la demande au Conseil national de Sécurité pour examen dans les 30 jours.

Vous pouvez faire appel de cette décision au greffe de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat (...) dans les 60 jours suivant la date de ce courrier par lettre recommandée à La poste. Une procédure en référé doit se faire conformément aux dispositions de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 réglant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat. Un recours en annulation doit se faire conformément aux dispositions de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 réglementant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat » (*Ibid.*, pp. 3-4).

<sup>1438</sup> Nous savons d'ailleurs que cela n'a pas été le cas dans l'affaire *Assadi*, bien que cela ne ressorte pas de l'arrêt prononcé en extrême urgence par le Conseil d'Etat (C.E., arrêt n° 244.255 du 23 avril 2019, *Assadi/Etat belge*), alors même que M. Assadi était détenu préventivement dans une prison belge.

<sup>1439</sup> Corr. Bruxelles (70<sup>ème</sup> ch.), 5 juillet 2016, n° 03502, inédit.

<sup>1440</sup> Arrêté royal complétant la liste des personnes et entités visées aux articles 3 et 5 de l'arrêté royal du 28 décembre 2006 relatif aux mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme, *M.B.*, 28 juillet 2016, p. 46267.

<sup>1441</sup> Notamment M. ABRINI, suspecté d'avoir participé aux attentats de Bruxelles du 22 mars 2016.



le plan pénal entre ledit patrimoine et la commission d'une infraction terroriste. Il n'est pas limité *a priori* dans le temps<sup>1442</sup>, comme les autres types de gel analysés jusqu'ici.

**924.** Conformément à la circulaire du 7 septembre 2015, l'existence d'une information ou d'une instruction judiciaire ne paraît néanmoins pas suffire à entraîner un gel d'avoirs préventif. Il ressort en effet de l'exposé des motifs de la décision d'inscription notifiée à la personne intéressée qui est reproduit<sup>1443</sup> dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 novembre 2017 précité<sup>1444</sup> qu'il n'est fait référence à aucune enquête pénale mais uniquement aux informations suivantes :

« Jamiai Yassine, accompagné de son frère Jamiai Amine et de Belkacem Omar, a rejoint la Turquie le 15 septembre 2014, et de là, le territoire syrien quelques jours plus tard, en vue de rejoindre les rangs d'un groupe djihadiste armé (avec une quasi-certitude l'Etat Islamique). Jamiai Amine et ses deux compagnons ont été capturés à Kobané en Syrie par les forces kurdes du PYD. Selon les autorités turques, ils ont été échangés contre des combattants kurdes détenus par l'Etat Islamique et ont rejoint les rangs de l'EI ».

L'existence de poursuites pénales ne justifie donc pas en tant que telle la nécessité d'ordonner une mesure de gel puisqu'il n'en est pas fait mention. Cependant, cette motivation ne fait pas non plus état de la menace particulière mise en évidence par l'OCAM. Selon le Conseil national de sécurité, le fait d'être parti en Syrie vraisemblablement pour rejoindre l'EIIL constituait donc un motif suffisant pour ordonner le gel. Par ailleurs, outre son caractère très succinct, cette motivation ne comporte aucune référence quant à l'origine précise des informations communiquées au Conseil national de sécurité par l'OCAM, ne fait pas mention d'initiatives visant à s'assurer de leur véracité et à déterminer les conditions dans lesquelles elles ont été obtenues, notamment par les « autorités turques ».

**925.** Il découle de ce qui précède que le gel belge conduit à une immobilisation du patrimoine semblable à celle découlant du gel UE. Il a cependant une portée plus restreinte – à tout le moins selon l'interprétation qui en est donnée par la circulaire du 7 septembre 2015 – que le gel UE puisqu'il exige l'ouverture de poursuites pénales, alors qu'une décision d'une autorité administrative peut suffire pour ordonner une mesure de gel UE. La seule existence de telles poursuites ne suffit néanmoins pas puisque l'OCAM ne proposera l'inscription d'une personne sur la liste que s'il identifie une menace particulière. Le Conseil national de sécurité ne paraît néanmoins pas considérer que cette menace doive être précisément formulée dans l'exposé des motifs de l'inscription notifié à la personne concernée. En réalité, comme le règlement (CE) 2580/2001, l'arrêté royal ne prévoit aucune obligation concrète quant à la motivation de la décision d'inscription ou à la manière de traiter les informations communiquées par des autorités étrangères. A l'instar du Conseil de l'Union européenne, le Conseil national de sécurité devra par ailleurs procéder à une révision semestrielle de l'opportunité de maintenir ou non le gel, sans que l'arrêté royal du 28 décembre 2006 ne lui impose à cet égard d'obligations précises en termes d'actualisation de ses informations ou de motivation de sa décision de maintien. Il devra également procéder à un tel réexamen sur demande de la personne concernée, ce qui n'est pas imposé par la position commune 931/2001/PESC mais découle de la

---

<sup>1442</sup> Voy. également, REMACLE, C., « Le gel administratif des avoirs dans la lutte contre le financement du terrorisme », *op. cit.*, p. 130.

<sup>1443</sup> Voy. précédemment note 1397 pour la reproduction complète de la notification.

<sup>1444</sup> C.E., arrêt n° 239.266 du 29 novembre 2017, *Bensouda Koraïchi/Etat belge*.

jurisprudence de la Cour de justice. Sa décision à l'issue de cet examen ne sera néanmoins vraisemblablement pas notifiée à la personne intéressée. Enfin, le gel préventif est indéniablement conçu comme une mesure complémentaire distincte de la saisie pénale, ainsi que de la confiscation. Il peut ainsi conduire à ce qu'une personne voit son patrimoine être immobilisé alors même que le juge pénal n'a pas jugé devoir confisquer le moindre bien en lien avec l'infraction qui lui était reprochée.

### **b. Contester le gel préventif d'avares terroristes devant le juge belge ?**

**926.** Le gel ONU et le gel UE ainsi que le gel complémentaire européen visant Al-Qaida et l'EIL sont directement applicables en Belgique, sans que l'adoption préalable d'un acte législatif ou règlementaire ne soit nécessaire. Le caractère obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité, des décisions du Comité des sanctions ainsi que des règlements européens en droit belge, ainsi que l'existence de voies de recours contre la décision d'inscrire ou de maintenir un nom sur l'une des listes onusienne ou européennes, nous paraissent mettre « hors-jeu » le juge belge en cas de gel exécuté sur l'un de ces fondements en Belgique<sup>1445</sup>. Bien que la personne concernée ne soit pas privée de recours<sup>1446</sup>, elle devra donc saisir soit le Médiateur onusien, soit le juge de l'Union, voire les deux, ce qui sur le plan pratique s'avèrera bien plus compliqué et coûteux qu'une action devant le juge belge.

**927.** La situation est différente en ce qui concerne le gel belge qui ne sera en principe ordonné que si une procédure de gel UE n'est pas (encore) en cours. Or, comme nous l'avons relevé, l'arrêté du 28 décembre 2006 prévoit peu de garanties procédurales, silence auquel la circulaire du 7 septembre 2015 ne pallie que partiellement<sup>1447</sup>. Le droit belge se trouve ainsi dans une situation semblable à celle du droit de l'Union européenne avant l'intervention du Tribunal et de la Cour de justice en la matière.

**928.** Le juge belge n'a cependant pas eu l'occasion, vu le nombre apparemment très faible de recours<sup>1448</sup>, de développer sa propre jurisprudence OMPI-KADI. Nous n'apercevons néanmoins pas pourquoi il ne reconnaîtrait pas à la personne concernée le droit de bénéficier de garanties procédurales équivalentes à celles consacrées par le juge européen sur pied notamment du droit à un procès équitable, notamment du point de vue de l'obligation de motivation. Sans une évolution de la jurisprudence de la Cour de justice et/ou de la Cour EDH

---

<sup>1445</sup> L'affaire *Sayadi et Vinck* qui avait vu la Belgique être condamnée à demander au Conseil de sécurité le retrait de deux personnes de la liste des sanctions a en effet eu lieu avant que le Médiateur ne soit institué (sur cette saga judiciaire voy. DAVID, E., « Les juridictions belges : la pratique belge », *op. cit.*, pp. 267). Voy. également C.E., arrêt n° 244.255 du 23 avril 2019, *Assadi/Etat belge*, qui rejette un recours en extrême urgence d'une personne inscrite sur la liste instituée par l'arrêté du 28 décembre 2016 en raison de son inscription ultérieure par le Conseil sur la liste de gel UE. En effet, cette dernière ôte tout effet utile à une éventuelle suspension de la décision d'inscription sur la liste belge.

<sup>1446</sup> Comme nous l'avons vu, en matière de gel ONU, ce recours n'est cependant pas satisfaisant.

<sup>1447</sup> En ce sens, REMACLE, C., « Le gel administratif des avares dans la lutte contre le financement du terrorisme », *op. cit.*, p. 133.

<sup>1448</sup> Outre l'affaire *Assadi* précitée, nous n'avons pu identifier que l'arrêt déjà évoqué suivant C.E., arrêt n° 239.266 du 29 novembre 2017, *Bensouda Koraïchi/Etat belge*. Dans ces affaires, le Conseil d'Etat n'a néanmoins pas abordé les arguments de fond soulevés par les requérants. Cette quasi-absence de recours s'explique peut-être par le fait que le gel a beaucoup été mis en œuvre à l'égard de personnes parties combattre en Syrie, qui ne sont pas revenues en Belgique depuis.

il nous paraît en revanche peu probable qu'il remette en cause le dispositif de gel préventif dans son principe, en lui contestant par exemple son caractère uniquement préventif et en examinant par conséquent sa compatibilité avec le droit à la présomption d'innocence ou le principe *nulla poena sine lege*.

**c. Conclusion de synthèse de la section 3 : le droit belge a besoin de sa jurisprudence KADI**

**929.** La Belgique doit se soumettre tant aux résolutions du Conseil de Sécurité qu'aux règlements adoptés par l'Union européenne. Le gel ONU, le gel UE et le gel européen complémentaire au gel ONU sont dès lors applicables sur le territoire belge. Il découle de la loi du 11 mai 1995 et de son arrêté royal d'exécution du 2 mai 2002 ainsi que de la loi du 2 mai 2019, que ces mesures sont applicables dès leur adoption sans qu'une initiative légale ou réglementaire de transposition ne soit nécessaire.

**930.** Après plusieurs remontrances du GAFI, le Gouvernement belge a en outre élaboré un mécanisme de gel belge aux fins de mettre en œuvre la résolution 1373 (2001) dans un arrêté royal du 28 décembre 2006. Ce dernier donne au Conseil national de sécurité, après approbation du Conseil des ministres, le pouvoir d'ordonner le gel des avoirs des personnes et entités qui commettent, facilitent, participent à des infractions terroristes, ou tentent de le faire, et qui ne font pas encore l'objet d'une mesure de gel UE, en les inscrivant sur une liste *ad hoc*. Ce gel équivaut quant à ces effets sur le territoire belge aux gels ONU et de droit de l'Union européenne.

**931.** Cet arrêté doit être lu à la lumière d'une circulaire du 7 septembre 2015, malheureusement non publiée au Moniteur belge, qui précise les conditions dans lesquelles l'OCAM, en concertation notamment avec le Parquet fédéral, propose l'ajout, le maintien ou la suppression de noms sur la liste belge. Il découle de cette lecture croisée que seules les personnes et entités faisant l'objet d'une information ou d'une instruction pénale pour terrorisme pourront être inscrites, pour autant que l'OCAM décèle à leur égard une menace particulière de commission d'attentats terroristes ou de soutien au terrorisme. A l'exception de l'obligation du Conseil national de sécurité de réexaminer le caractère justifié de l'inscription sur la liste semestriellement et du droit accordé à la personne ou à l'entité concernée de solliciter une telle révision, l'arrêté royal du 28 décembre 2006 ne consacre aucune garantie procédurale au profit de la personne concernée. La circulaire du 7 septembre 2015 ne prévoit quant à elle qu'une obligation de notification à la personne concernée de la décision d'inscription et de maintien après une demande de révision, accompagnée des motifs du Conseil national de sécurité.

**932.** Bien qu'ayant le même effet qu'une mesure de gel UE, le gel belge n'offre ainsi pas les mêmes garanties procédurales que celles consacrées par la Cour de justice. Le juge belge n'a néanmoins pas encore eu l'occasion de développer sa propre jurisprudence en la matière. Nous n'imaginons cependant pas qu'il s'écarte fondamentalement de la position adoptée par le juge européen en la matière du point de vue du respect des droits de la défense et du droit à un recours effectif.

#### 4. Conclusion du Chapitre B : un risque, ton royaume pour un risque !

**933.** Face à la menace terroriste, le Conseil de sécurité des Nations Unies a frappé fort, non sans susciter des critiques. Parmi les mesures adoptées, figure l'obligation de mettre en œuvre deux régimes de gel préventif d'avoirs terroristes. Distinct de la confiscation, notamment en raison de son caractère essentiellement temporaire, le gel préventif s'en rapproche néanmoins n'étant *a priori* pas limité dans le temps. De nature administrative, non lié à une procédure judiciaire ayant pour finalité de prononcer une mesure de confiscation, et portant sur l'intégralité du patrimoine, le gel préventif ne peut en outre être assimilé à la saisie ou au gel préalable à la confiscation. Ses effets sont néanmoins semblables puisqu'il fait obstacle à ce que la personne le subissant puisse disposer des choses qui en font l'objet.

**934.** Le premier régime de gel préventif, que nous avons qualifié de « gel ONU », à avoir été mobilisé visait initialement à sanctionner le régime des Talibans<sup>1449</sup>, avant de s'étendre à Oussama Ben Laden et à Al-Qaida<sup>1450</sup>. Le Conseil de sécurité a ensuite décidé de distinguer ces deux menaces<sup>1451</sup> et plus récemment de cibler parallèlement<sup>1452</sup> Al-Qaida et l'EIL, ce dernier groupe apparaissant aujourd'hui comme la principale menace terroriste<sup>1453</sup>. Au fil de ses résolutions, le Conseil de sécurité et son organe subsidiaire *ad hoc*, le Comité des sanctions, ont développé et organisé ce régime de gel préventif expressément qualifié de sanction. Il repose sur l'établissement par le Comité des sanctions d'une liste rassemblant les noms des personnes et entités dont les Etats – ou les organisations internationales au travers desquelles ils agissent – doivent notamment geler les avoirs en raison de leur appartenance ou de leur soutien à Al-Qaida ou à l'EIL. En règle, ce gel consiste en une immobilisation totale des avoirs de la personne visée et ne permet pas son enrichissement. Il n'est *a priori* pas limité dans le temps et n'est lié à aucune procédure judiciaire de confiscation ou de quelque autre nature. Il est fondé sur des soupçons, qui doivent reposer sur des « motifs raisonnables », sans que l'appartenance ou le soutien à l'un des groupes précités ne doive être établi sur le plan pénal. Aucun recours juridictionnel n'est prévu au bénéfice des personnes visées. Un Médiateur qualifié d'indépendant et d'impartial est néanmoins chargé d'examiner les demandes de radiation de liste<sup>1454</sup>, sans que cette institution ne garantisse toutefois un recours effectif devant un tribunal impartial<sup>1455</sup>.

**935.** Outre ce régime de sanctions ciblées, le Conseil de sécurité a enjoint les Etats à adopter diverses mesures contre le terrorisme après les attentats du 11 septembre 2001. La résolution 1373 du 28 septembre 2001<sup>1456</sup> leur impose ainsi notamment de procéder au gel immédiat des avoirs des organisations terroristes et de leurs soutiens, ainsi que de faire obstacle à ce que des avoirs soient mis à leur disposition. Ce gel est également de nature préventive et indépendant

---

<sup>1449</sup> Voy. not. C.S., Résolution 1267, 15 octobre 1999.

<sup>1450</sup> C.S., Résolution 1390, 16 janvier 2002.

<sup>1451</sup> C.S., Résolution 1988 et 1989, 17 juin 2011.

<sup>1452</sup> C.S., Résolution 2170, 15 août 2014.

<sup>1453</sup> Not. C.S., Résolution 2253, 17 décembre 2015 et plus récemment C.S., Résolution 2462, 28 mars 2019.

<sup>1454</sup> C.S., Résolution 1904, 17 décembre 2009.

<sup>1455</sup> Not. Bureau du Médiateur du Comité des sanctions contre l'EIL (Daech) et Al-Qaida, *Lettre datée du 7 février 2020, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Médiateur*, doc. S/2020/106, pt. 27.

<sup>1456</sup> C.S., Résolution 1373, 28 septembre 2001.

de toute procédure judiciaire (de confiscation). A l'instar du gel ONU, il n'est pas limité *a priori* dans le temps. En revanche, le Conseil de sécurité n'a pas organisé sa mise en œuvre, qui repose en conséquence sur les Etats et les organisations internationales au travers desquelles ils agissent. Ce faisant, ils sont censés respecter leurs obligations en matière de droits fondamentaux<sup>1457</sup>.

**936.** L'Union européenne a mis en œuvre ces deux régimes dans le cadre de la PESC, adoptant une série de positions communes, décision et règlements pour mettre en œuvre ces deux régimes<sup>1458</sup>. L'exécution du gel ONU a été confiée à la Commission, censée exercer un contrôle sur les motifs retenus par le Comité des sanctions. Un dispositif particulier de gel, relevant de la compétence du Conseil, a en outre été élaboré pour répondre à la résolution 1373 (2001), le « gel UE ». Il peut être ordonné en présence d'une décision d'ouverture d'enquête, de poursuites ou de condamnation pour des faits de terrorisme, adoptée par une « autorité compétente » nationale non nécessairement judiciaire<sup>1459</sup>, notion dont la portée concrète est encore relativement floue<sup>1460</sup>. A l'instar du gel ONU, le gel UE conduit à une immobilisation complète du patrimoine de la personne physique visée, sauf dérogation. Plus récemment, un régime complémentaire au gel ONU a été élaboré<sup>1461</sup>, sans que nous n'ayons été en mesure de déterminer concrètement ce qui justifiait sa création. Il autorise le Conseil à établir une liste européenne de personnes associées à Al-Qaida et à l'EIIL dont les biens doivent être gelés. La procédure prévue est similaire mais non identique à celle propre au gel UE.

**937.** La Cour de justice a accompli un important travail d'interprétation des instruments implémentant ces procédures de gel. Elle a également eu une influence notable sur le plan de leur mise en œuvre en refusant de reconnaître une quelconque immunité juridictionnelle aux actes européens d'exécution des résolutions du Conseil de sécurité en matière de gel ONU. Au nom des principes constitutionnels de l'Union européenne, parmi lesquels figurent l'obligation du respect par ses institutions des droits fondamentaux, la Cour a imposé, d'une part à la Commission de respecter un ensemble de garanties procédurales pour préserver les droits de la défense et le droit à une protection juridictionnelle effective des personnes visée<sup>1462</sup>, et d'autre

---

<sup>1457</sup> Not. en ce sens, C.S., Résolution 1963, 20 décembre 2010, p. 3 ; Comité contre le terrorisme, *Guide technique pour la mise en œuvre de la Résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité*, 2009, *op. cit.*, p. 11 ; GAFI, *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération. Les recommandations du GAFI*, *op. cit.*, p. 41, a, 2.

<sup>1458</sup> Voy. quant au gel ONU la décision (PESC) 2016/1693 du Conseil du 20 septembre 2016 (*J.O.*, L 255 du 21 septembre 2016, p. 25) et le règlement (CE) n°881/2002 (*J.O.*, L 139 du 29 mai 2002, p. 9) ; quant au gel UE les positions communes n° 2001/930/PESC relative à la lutte contre le terrorisme et n° 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme ainsi que le règlement n°2580/2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, tous datés du 27 décembre 2001 (*J.O.*, L 344 du 28 décembre 2001, pp. 70-96) ; quant au gel préventif européen complémentaire contre Al-Qaida et l'EIIL, la Décision (PESC) 2016/1693 précitée et Règlement (UE) 2016/1686 du Conseil du 20 septembre 2016 instituant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de l'EIIL (Daech) et d'Al-Qaida ainsi que des personnes physiques et morales, des entités ou des organismes qui leur sont liés, *J.O.*, L 255 du 21 septembre 2016, p. 1). Une version consolidée de ces textes est accessible sur [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>1459</sup> Art. 1<sup>er</sup>, §§ 4 et 5 de la position commune 2001/931/PESC.

<sup>1460</sup> Voy. not. LTTE I, précité en note 1274, point 107 (et références citées). Voy. également T.U.E., arrêt *Hammas/Conseil* du 4 septembre 2019, T-308/18, point 83 ; AL AQSA, précité en note 1269, point 76 ; HAMAS III, précité en note 1281, point 85.

<sup>1461</sup> Voy. note 1458.

<sup>1462</sup> KADI, I, précité en note 1253, points 334 et s. et KADI II, précité en note 1321, points 99 et s.

part, au juge de l'Union européenne d'opérer un contrôle juridictionnel en principe complet des décisions européennes ordonnant une mesure de gel ONU<sup>1463</sup>. Ces garanties sont en leur principe identiques à celles que le Tribunal avait développées en matière de gel UE<sup>1464</sup>. Cette jurisprudence volontaire a conduit à la modification du règlement relatif au gel ONU et a été intégrée dans la décision PESC 2016/1693 et le règlement (UE) 2016/1686 relatifs au gel complémentaire contre Al-Qaida et l'EIL. Elle ne l'a en revanche pas été en matière de gel UE.

**938.** En dépit de l'harmonisation des principes régissant l'action de la Commission et du Conseil, ainsi que le contrôle à opérer par le juge de l'Union, leurs obligations concrètes pour préserver les droits fondamentaux des personnes concernées diffèrent suivant le type de gel en cause. Si la Commission est censée contrôler de manière soigneuse et impartiale les motifs retenus par le Comité des sanctions<sup>1465</sup>, le Conseil doit en revanche se référer, en vertu du principe de coopération loyale, autant que possible aux faits tels qu'ils ont été établis par l'autorité nationale compétente, à tout le moins lorsqu'elle émane d'un Etat membre<sup>1466</sup>. En conséquence, la portée concrète du contrôle juridictionnel de ces mesures sera différente, bien que le juge de l'Union doive en toute hypothèse s'assurer que la décision de gel repose sur « une base factuelle suffisamment solide »<sup>1467</sup>. En matière de gel ONU, il devra en effet lui-même examiner les motifs retenus par le Comité des sanctions, que la Commission est également censée contrôler, et peut dans ce cadre demander à cette dernière d'inviter le Comité des sanctions à fournir des informations supplémentaires<sup>1468</sup>. En matière de gel UE, le juge se bornera en revanche à vérifier que la mesure se fonde effectivement sur une décision d'une autorité nationale compétente et que le Conseil a valablement motivé sa décision d'ordonner le gel ou de le maintenir, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation des faits ou de détournement de pouvoir<sup>1469</sup>. Les faits qui font craindre une implication de la personne concernée dans des activités terroristes ne sont donc pas directement ou même indirectement analysés. La situation est néanmoins différente en cas de maintien d'une décision de gel puisque dans ce cas, le juge doit contrôler les motifs invoqués par le Conseil pour justifier la persistance d'un risque d'implication dans des activités terroristes<sup>1470</sup>. Il n'apparaît par ailleurs pas qu'un dialogue puisse se nouer entre le juge, le Conseil et l'autorité nationale<sup>1471</sup>.

---

<sup>1463</sup> KADI I, précité en note 1253, not. point 326.

<sup>1464</sup> Voy. OMPI, précité en note 1305 et l'arrêt SISON I., précité en note 1305 ainsi que KADI II, précité en note 1321, points 99 et 113. Voy. en ce sens, GLESS, S. et SCHAFFNER, D., « Judicial review of freezing orders due to a UN listing by European courts », *op cit.*, p. 185.

<sup>1465</sup> KADI II, précité en note 1321, point 111.

<sup>1466</sup> OMPI, précité en note 1305, point 124 ; SISON I, précité en note 1305, point 171; SISON II, précité en note 1277, point 95 et LTTE I, précité en note 1274, point 133.

<sup>1467</sup> KADI II, précité en note 1321, point 119 et plus récemment LTTE II, précité en note 1274, points 26 et 70 ainsi que HAMAS II, précité en note 1294, point 48. Il n'est pas douteux à cet égard qu'il suffit qu'un motif constitue une base suffisante pour soutenir la décision en cause pour qu'elle soit valable et ce même si d'autres motifs ne le seraient pas (KADI II, précité en note 1321, point 130 ainsi que plus récemment T.U.E., arrêt *Al-Gama'a 'a al-Islamiyya Egypt (Gamaa Islamiya Égypte)/Conseil* du 10 avril 2019, T-643/16, EU:T:2019:238, point 105).

<sup>1468</sup> KADI II, précité en note 1321, 120 et s.

<sup>1469</sup> Not. OMPI, précité en note 1305, point 159 ; LTTE II, précité en note 1274 ; HAMAS II, précité en note 1294.

<sup>1470</sup> Voy. sur cette question, LTTE II, précité en note 1274 et HAMAS II précité en note 1294.

<sup>1471</sup> OMPI, précité en note 1305, point 139, SISON I, précité en note 1305, point 186.

**939.** Il est encore établi dans la jurisprudence qu'en dépit de la restriction au droit de propriété à laquelle conduit l'imposition d'une mesure de gel d'avoirs<sup>1472</sup>, cette dernière ne le viole pas vu son objectif légitime et son caractère proportionné<sup>1473</sup>.

**940.** Notre analyse a montré que le dispositif mis en œuvre au sein de l'Union européenne en vue de mettre en œuvre la résolution 1373 (2001) y était conforme, vu la large marge d'appréciation qu'elle laisse à ses destinataires. L'obligation de contrôle des motifs retenus par le Comité des sanctions qui repose sur la Commission nous paraît en revanche entrer en contradiction avec le caractère obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité. Ceci permet de comprendre pourquoi le contrôle opéré apparaît comme était plus formel qu'effectif, ce dont le juge de l'Union paraît se contenter au vu de la jurisprudence récente. A défaut, la Cour de justice devrait à notre sens remettre en cause le mécanisme de gel ONU en tant que tel vu son incompatibilité avec les droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union et ainsi tirer les conséquences de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Elle s'est refusée à le faire jusqu'ici, sans néanmoins reconnaître le caractère obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité, et l'impossibilité corrélative pour la Commission de remettre en cause les décisions prises par le Comité des sanctions, en contrôlant effectivement son action comme elle est censée le faire. La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1474</sup>, que nous analyserons dans la deuxième partie de cette étude, ne devrait pas l'amener à revoir sa position.

**941.** Le gel ONU, le gel UE et le gel européen complémentaire au gel ONU sont applicables sur le territoire belge. Aucun acte d'exécution ne doit en outre être adoptés par les autorités internes, au vu de la loi du 11 mai 1995<sup>1475</sup> et de son arrêté royal d'exécution du 2 mai 2002<sup>1476</sup> ainsi que de la loi du 2 mai 2019<sup>1477</sup>. Sous l'impulsion du GAFI, le Gouvernement a élaboré un mécanisme complémentaire de gel d'avoirs préventif, le « gel belge ». Il siège dans l'arrêté royal du 28 décembre 2006<sup>1478</sup> et tend à compléter l'exécution de la résolution 1373 (2001). Il est mis en œuvre par le Conseil national de sécurité, après approbation du Conseil des ministres et sur recommandation de l'OCAM. Il permet le gel des avoirs des personnes et entités qui commettent, facilitent, participent à des infractions terroristes, ou tentent de le faire, et qui ne font pas encore l'objet d'une mesure de gel UE, après inscription sur une liste *ad hoc*. Ce gel ne se distingue pas de celui prévu en droit international et de l'Union européenne étant donné qu'il consiste en une immobilisation complète, sauf dérogation, du patrimoine de la personne visée.

**942.** Une circulaire ministérielle du 7 septembre 2015, non publiée au Moniteur belge, précise les conditions dans lesquelles l'OCAM, en concertation notamment avec le Parquet fédéral, propose au Conseil national de sécurité l'ajout, le maintien ou la suppression de noms

---

<sup>1472</sup> KADI II, *supra* note 170, point 132.

<sup>1473</sup> KADI I, précité en note 1253, point 358 et s. ainsi que AL AQSA, précité en note 1269, points 120 et s.

<sup>1474</sup> C.E.D.H. [GC], arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21 juin 2016, req. 5809/08.

<sup>1475</sup> Loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies, *M.B.*, 29 juillet 1995, telle que modifiée par la loi du 2 mai 2019 portant des dispositions financières diverses, précitée.

<sup>1476</sup> Arrêté royal du 2 mai 2002 relatif aux mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, précité.

<sup>1477</sup> Loi du 2 mai 2019 portant des dispositions financières diverses, précitée.

<sup>1478</sup> Arrêté royal du 28 décembre 2006 relatif aux mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme, précité.

sur la liste belge. Il en découle que seules les personnes et entités faisant l'objet d'une information ou d'une instruction pénale pour terrorisme devraient pouvoir être inscrites, pour autant que l'OCAM décèle à leur égard une menace particulière de commission d'attentats terroristes ou de soutien au terrorisme.

**943.** A l'instar du régime de gel UE, l'arrêté royal du 28 décembre 2006 ne prévoit pas de garantie procédurale au bénéfice de la personne visée, à l'exception d'un réexamen semestriel de l'opportunité de la mesure. La circulaire du 7 septembre 2015 ne pallie que partiellement à cet état de fait en prévoyant une obligation de notification de la décision d'inscription et de maintien après une demande de révision, accompagnée des motifs du Conseil national de sécurité, à la personne concernée. Vu l'absence de jurisprudence sur la question, le droit belge n'offre ainsi pas les mêmes garanties procédurales que celles consacrées par la Cour de justice et applicables dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

**944.** Ce chapitre nous a permis de constater que les initiatives du Conseil de sécurité en matière de lutte contre le financement du terrorisme avaient donné naissance à un tissu complexe de dispositifs distincts de gel préventifs d'avoirs au sein de l'Union européenne et en Belgique. En dépit de leurs différences, ils conduisent tous à une immobilisation de l'ensemble du patrimoine de la personne physique ou morale concernée, sauf dérogation, à la suite d'une décision d'une autorité administrative non juridictionnelle, sans qu'un recours devant un tribunal indépendant ne soit en outre prévu au plan onusien.

**945.** Aucun de ces mécanismes ne repose par ailleurs sur la preuve par l'autorité compétente au-delà du doute raisonnable que la personne concernée finance effectivement le terrorisme au moment où il est ordonné. Le gel préventif vise en effet à prévenir un risque, qui n'est lui-même pas nécessairement basé sur une condamnation pénale antérieure du chef de terrorisme. Il est donc présumé par l'autorité compétente que la personne soupçonnée de ou condamnée pour avoir commis des actes terroristes ou participé aux activités d'un groupe terroriste, finance toujours ou ait l'intention de financer le terrorisme, sans que ce comportement actuel et/ou cette intention ne soient démontrés.

**946.** Enfin, bien qu'ils soient tous présentés comme des mesures préventives, peut-on véritablement exclure qu'ils aient également concrètement une portée punitive et dissuasive ? Les différents instruments qui les instituent indiquent tous cibler des personnes commettant ou participant à des actes terroristes. Le gel ONU est par ailleurs expressément qualifié de « sanction ». De plus, le gel ne cessera que lorsqu'il sera jugé par l'autorité compétente ou la juridiction de recours compétente qu'il n'y a plus de risque de commission d'actes terroristes ou de participation aux activités d'un groupe terroriste, c'est-à-dire en réalité lorsque la personne concernée aura mis fin au comportement infractionnel qu'on lui impute ou, à tout le moins, dont on la suspecte. Les effets du gel sont en outre extrêmement lourds pour la personne concernée qui se voit privée de la libre jouissance de tout son patrimoine. Ces éléments appellent assurément à un examen rigoureux de la mesure au regard des articles 6 et 7 de la CEDH.



### **C. Conclusion de la Partie I : l'efficacité de la lutte contre la criminalité et le terrorisme aux dépens des droits fondamentaux ?**

**947.** Le droit international, régional européen, de l'Union européenne et belge des confiscations a connu une évolution spectaculaire ces trente dernières années, essentiellement à l'initiative du pouvoir exécutif, pour que le crime ne paie pas. Le temps n'est ainsi plus aujourd'hui à la simple confiscation de biens directement liés à la commission d'une infraction déterminée. Tous les biens d'origine illicite ou présumés tels doivent être retirés, en nature ou en valeur, aux criminels.

**948.** Ces biens ne sont de surcroît plus seulement considérés comme une récompense mal acquise dont il n'est pas socialement acceptable qu'ils restent entre les mains des criminels. Ils sont également perçus comme les instruments potentiels d'autres infractions ainsi que comme une source de déstabilisation de l'économie légale dans son ensemble. Dans le cercle vicieux de la criminalité, les biens illicites sont en effet une fin et un moyen. Pour autant qu'ils soient effectivement, voire dans certains cas vraisemblablement seulement, liés à la commission d'infractions, ils ne doivent donc par conséquent pas rester en circulation. La confiscation constitue en ce sens désormais tant une sanction visant à ôter tout intérêt à la commission d'infractions acquiescentes, qu'un moyen de prévenir la commission de nouvelles infractions.

**949.** Face au terrorisme, prévenir la commission d'actes violents est certainement aussi fondamental que punir ceux qui les auront perpétrés. Il n'est dès lors pas surprenant que l'un des outils développés dans ce cadre soit précisément destiné à ce que les personnes représentant un potentiel danger ne puissent bénéficier des ressources nécessaires pour passer à l'acte ou pour permettre à d'autres de le faire. Le gel préventif d'avoirs, fondamentalement différent du gel et de la saisie préalables à une éventuelle confiscation comme son nom ne le montre pas, vise en effet essentiellement à répondre à un risque. Nous avons montré que la preuve de l'existence d'un tel risque suffit pour le mettre en œuvre, et non celle de la commission d'une infraction déterminée. Le gel préventif ne s'inscrit d'ailleurs pas dans une procédure judiciaire. En la matière, ce sont des autorités administratives qui ont la main, tandis que le GAFI bat la mesure en induisant par ses recommandations et son suivi de leur mise en œuvre l'évolution de la législation. Mais si le risque suffit à immobiliser pour un temps non préalablement défini tout un patrimoine, démontrer la commission d'une infraction et obtenir la confiscation des biens dont le lien avec des activités terroristes aura été prouvé, perd indéniablement une part importante de son intérêt pour les autorités.

**950.** En dépit de leurs différences, les développements les plus récents du droit des confiscations et l'émergence du gel préventif d'avoirs en matière de terrorisme ont en commun d'avoir été guidés par la recherche de l'efficacité dans la lutte contre la criminalité et le financement du terrorisme<sup>1479</sup>. Dans notre société globalisée où la circulation des personnes et des biens connaît de moins en moins d'entraves, les groupes criminels et terroristes sont extrêmement organisés. Il n'est par conséquent pas toujours aisé pour les autorités d'identifier précisément l'origine et/ou la destination illicites de leurs biens. C'est essentiellement pour faire

---

<sup>1479</sup> En ce sens, à propos de la confiscation, professeur BOUCHT, J., *The Limits Of Asset Confiscation. On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, op. cit., p. 10.

face à cette réalité que les instruments que nous avons analysés tendent notamment à alléger la charge de la preuve de l'illicéité des biens incombant en principe à l'autorité poursuivante en matière de confiscation. Il en est de même de la possibilité donnée à des autorités administratives d'adopter rapidement des mesures de gel préventif sur le fondement de soupçons, en secret et dans le champ du droit administratif.

**951.** Ces développements soulèvent indéniablement une question : comment le droit des confiscations et du gel préventif d'avoirs terroristes se concilie-t-il avec les droits fondamentaux des personnes concernées ?

**952.** Cette question n'a, comme nous l'avons mis en évidence, pas été éludée au cours de l'élaboration des conventions de l'ONU et du Conseil de l'Europe, du droit de l'Union européenne et du droit belge. La jurisprudence de la Cour EDH a d'ailleurs souvent été mobilisée dans ce cadre pour démontrer que des dispositifs tels que la confiscation élargie ou la confiscation sans condamnation pénale préalable étaient compatibles avec le droit à la présomption d'innocence ou le droit au respect de la propriété privée. Si le juge de l'Union européenne n'a pas encore véritablement eu l'occasion de s'intéresser à la confiscation, il a en revanche bâti sa jurisprudence OMPI-KADI en s'inspirant des principes développés par la Cour EDH notamment quant au droit à un procès équitable. Ce faisant, il a certes encadré la mise en œuvre du gel préventif en l'entourant de garanties procédurales mais ne l'a pas remis en cause dans son principe. Lorsqu'il est confronté à une procédure de confiscation, le juge belge se prononce également très régulièrement en ayant égard aux arrêts de ses collègues strasbourgeois. Il ne s'est pas davantage opposé à l'évolution de la matière et a au contraire développé une jurisprudence favorisant généralement l'efficacité de la peine de confiscation spéciale.

**953.** Le partage de la charge de la preuve en matière de confiscation ainsi que la possibilité d'imposer l'immobilisation de tout un patrimoine sans devoir démontrer préalablement la culpabilité de la personne concernée paraissent cependant *a priori* difficilement conciliables avec la présomption d'innocence, le principe de la légalité des peines ainsi qu'avec le droit au respect de la propriété privée. Le chapitre suivant nous permettra cependant de constater que la Cour EDH a développé une jurisprudence très conciliante en matière de confiscation et de gel préventif, parfois peu cohérente avec les positions adoptées dans d'autres matières.





## PARTIE II

La confiscation et le gel préventif d'avoirs terroristes face à la Cour européenne  
des droits de l'homme



## II. La confiscation et le gel préventif d'avoirs terroristes face à la Cour européenne des droits de l'homme

**954.** Les dispositifs de confiscation et de gel préventif d'avoirs terroristes soulèvent de multiples questions en droit de l'Union européenne et en droit belge. Leur champ d'application personnel et matériel, leurs conditions d'application, le standard de preuve applicable et la charge de la preuve, ... constituent autant de sources de questionnement que nous avons mises en évidence et tenté de clarifier dans la première partie de notre étude. Il convient désormais de nous intéresser à la manière dont la Cour européenne des droits de l'homme a réagi face à ces mécanismes qui mettent en tension certains droits garantis par Convention.

**955.** Il existe une jurisprudence abondante relativement à la compatibilité de la confiscation avec le droit à un procès équitable et le droit au respect de la propriété privée, ainsi dans une moindre mesure qu'avec le principe de la légalité des peines. La Cour s'est également prononcée à propos d'un dispositif de gel préventif d'avoirs semblables à ceux applicables en matière de lutte contre le financement du terrorisme, ce qui permet de discerner sa position sur la question. Nous verrons qu'elle a parfois fait preuve de complaisance face à certains mécanismes pourtant très attentatoires aux droits des personnes, ce qui a conduit l'un de ses membres à affirmer que la majorité semblait « fourvoyée par une approche du droit pénal privilégiant uniquement l'efficacité »<sup>1480</sup>.

**956.** L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne montre que les recours en matière de confiscation et de gel se cristallisent autour de trois dispositions : l'article 6 et l'article 7 de la Convention ainsi que l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel à la Convention (ci-après « PPAC »). La confiscation élargie, la confiscation sans condamnation préalable ainsi que le gel préventif sont indéniablement les mesures soulevant les questions les plus épineuses. En ce qui concerne l'article 6, s'il est nécessaire de déterminer avant tout lequel du volet pénal ou du volet civil est applicable à chaque mesure, c'est ensuite essentiellement la question de leur compatibilité avec la présomption d'innocence qui nous occupera. Quant à l'article 7, notre attention se portera sur la notion de sanction pénale ainsi que sur l'exigence d'un constat de culpabilité pour pouvoir être sanctionné, questions centrales au regard notamment de la confiscation sans condamnation préalable et du gel préventif d'avoirs. Enfin, en matière de droit de propriété, c'est essentiellement le caractère proportionné ou non des différentes mesures analysées au chapitre précédent qui devra être examinée.

**957.** Nous entamerons ce chapitre par le droit à un procès équitable (A), en nous intéressant, d'une part, au volet applicable et, d'autre part, aux garanties qu'il consacre, parmi lesquelles la présomption d'innocence fera l'objet d'une attention particulière. Ensuite, nous nous pencherons sur l'article 7 (B) et plus particulièrement sur les conditions nécessaires à son applicabilité ainsi que sur la portée de l'exigence d'un constat de culpabilité pour sanctionner. Enfin, nous analyserons le contenu et les limites du droit au respect de la propriété privée (C). Nous adopterons une méthode commune dans ces trois sections en rappelant dans un premier

---

<sup>1480</sup> C.E.D.H [GC], arrêt *G.I.E.M. S.R.L. et autres c. Italie* du 28 juin 2018, affaire, reqs. 1828/06, 34163/07 et 19029/11, opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, n° 62.

temps les principes généraux essentiels pertinents découlant de la jurisprudence de la Cour<sup>1481</sup> et en examinant dans un deuxième temps de manière critique sa jurisprudence en matière de confiscation et, le cas échéant, de gel<sup>1482</sup>. Nous concluons en mettant en évidence la tendance globale de la Cour à se positionner en alliée des Etats parties dans la lutte contre le crime et le terrorisme, ce qui l'a conduite à développer une jurisprudence accompagnant les développements du droit des confiscation et du gel préventif d'avares terroristes analysés dans la première partie de cette étude (D).

## A. Le droit à un procès équitable

**958.** L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que :

« 1. 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

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à :

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

---

<sup>1481</sup> Nous partons pour ce faire des Guides de jurisprudence établis par la Cour et disponibles sur son site internet [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Très régulièrement mis à jour, ils ont l'avantage de nous permettre d'identifier aisément ce que la Cour estime être la portée des dispositions en cause.

<sup>1482</sup> C'est la distinction principale avec la logique poursuivie par le professeur BOUCHT dans son ouvrage *The Limits Of Asset Confiscation. On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds* précité. L'auteur tend en effet à déterminer les contours de mécanismes de confiscation élargie et sans condamnation pour qu'ils soient légitimes. Nous chercherons pour notre part plus modestement à analyser la jurisprudence pertinente de la Cour et à la critiquer au regard notamment des positions qu'elle a adoptées en dehors du contexte de la confiscation (et du gel préventif). Nous n'avons dans ce cadre pas pour ambition de déterminer ce qui est légitime ou non mais bien de nous interroger sur la cohérence des raisonnements adoptés en matière de confiscation et de gel préventif d'avares par la Cour quant à la portée des droits en cause.



**959.** On distingue classiquement deux volets dans cet article : civil et pénal. Chaque personne doit bénéficier du premier en cas de « contestations portant sur ses droits et obligations à caractère civil », tandis que le second est applicable lorsqu'une personne fait l'objet d'une « accusation en matière pénale ». Ils sont tous deux mobilisés par la Cour en matière de confiscation et de gel préventif comme nous le verrons ci-dessous.

**960.** Le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 6 prévoit les mêmes garanties en cas de contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil et d'accusation en matière pénale. Il est cependant établi que

« les impératifs inhérents à la notion de "procès équitable" ne sont pas nécessairement les mêmes dans les litiges relatifs à des droits et obligations de caractère civil que dans les affaires concernant des accusations en matière pénale »<sup>1483</sup>.

La Convention ne comporte d'ailleurs pas « de clauses détaillées semblables aux paragraphes 2 et 3 de l'article 6 », de sorte que

« bien que ces dispositions aient une certaine pertinence en dehors des limites étroites du droit pénal, les États contractants jouissent d'une latitude plus grande dans le domaine du contentieux civil que pour les poursuites pénales »<sup>1484</sup>.

**961.** Certes, certains principes liés à la notion de procès équitable, comme « l'exigence de "l'égalité des armes", au sens d'un "juste équilibre" entre les parties », valent aussi bien en matière civile qu'en matière pénale<sup>1485</sup>. La Cour EDH s'est en outre « inspirée » des principes qu'elle applique en matière pénale pour évaluer la compatibilité avec le droit à un procès équitable de procédures civiles menées *in absentia*<sup>1486</sup>, relatives à l'évaluation des dommages causés par une infraction pénale<sup>1487</sup> ou disciplinaires<sup>1488</sup>. Cependant, elle considère que :

« (...) les droits de l'accusé et de l'inculpé exigent une protection plus forte que les droits des parties à un procès civil »<sup>1489</sup>.

**962.** Il est donc indispensable de savoir de quel volet relèvent les différents types de confiscation ainsi que le gel préventif d'avoirs pour être en mesure d'identifier aussi précisément que possible les droits auxquels peuvent prétendre les personnes concernées par ces mesures<sup>1490</sup>.

---

<sup>1483</sup> CEDH, arrêt *Dombo Beheer b.v. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, req. 14448/88, § 32. Voy. également CEDH [GC], arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 43 à propos du paragraphe premier de l'article 6.

<sup>1484</sup> *Ibid.* Ces principes ont été récemment réaffirmés dans l'arrêt *Bartaia c. Géorgie* du 26 juillet 2018, req. 10978/06, § 28.

<sup>1485</sup> CEDH, arrêt *Dombo Beheer b.v. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, req. 14448/88, § 32. Voy. également CEDH, arrêt *Werner c. Autriche* du 24 novembre 1997, req. 21835/93, § 63 et plus récemment *Bartaia c. Géorgie* du 26 juillet 2018, req. 10978/06, § 28.

<sup>1486</sup> Not., CEDH, arrêt *Dilipak et Karakaya c. Turquie* du 4 mars 2014, reqs. 7942/05 et 24838/05, § 80 et CEDH, arrêt *Bartaia c. Géorgie* du 26 juillet 2018, req. 10978/06, § 29.

<sup>1487</sup> CEDH, arrêt *Carmel Saliba c. Malte* du 29 novembre 2016, req. 24221/13, § 67 et §§ 71-72 (évaluation des preuves).

<sup>1488</sup> CEDH, décision *R.S. c. Allemagne* du 28 mars 2017, req. 19600/15, § 35 et § 43 (évaluation des preuves).

<sup>1489</sup> CEDH [GC], arrêt *Moreira Ferreira c. Portugal* (n° 2) du 11 juillet 2017, req. 19867/12, § 67.

<sup>1490</sup> Nous aurons l'occasion de vérifier ultérieurement si comme le prétend J. BOUCHT, l'applicabilité éventuelle de l'article 6 § 2 de la Convention à la confiscation civile n'aurait que peu, voire pas d'impact, rendant en la matière cette question peu pertinente (BOUCHT, J. « Chapter 6 : Civil Asset Forfeiture and article 6(2) ECHR »,

**963.** Aussi, avant de synthétiser les droits que garantit l'article 6 (2), nous devons déterminer le champ d'application de chaque volet (1)<sup>1491</sup>. Nous pourrions ensuite analyser de manière critique la manière dont la Cour européenne a interprété l'article 6 en matière de confiscation, de saisie préalable à confiscation et de gel préventif d'avoirs (3). Nous proposerons enfin une conclusion de synthèse (4).

### **1. Les deux volets de l'article 6 : contestation à caractère civil ou accusation en matière pénale, telle est la question**

**964.** L'applicabilité du volet civil aux mécanismes de confiscation et au gel d'avoirs préventif ne relevant pas du volet pénal ne pose pas de difficulté particulière comme nous le verrons. Nous ne nous lancerons donc pas dans une analyse exhaustive de la notion de « contestation portant sur des droits et obligations à caractère civil »<sup>1492</sup> (a). En revanche, l'applicabilité du volet pénal aux mesures qui nous occupent est une question centrale vu les conséquences possibles, ce qui justifie un examen plus approfondi (b). Nous serons ensuite en mesure d'analyser de manière critique la position adoptée par la Cour en matière de confiscation et de gel préventif (c).

#### **a. Le volet civil de l'article 6 : une interprétation autonome mais pas sans limite**

**965.** Il est de jurisprudence constante que la notion de « contestation portant sur ses droits et obligations à caractère civil » est une notion autonome contenue dans la Convention, à l'instar de celle d'« accusation en matière pénale »<sup>1493</sup>. Cette notion ne peut par conséquent être interprétée uniquement par référence au droit de l'Etat en cause, mais doit l'être à la lumière des conditions de vie actuelles dans les sociétés démocratiques<sup>1494</sup>. Pour déterminer si un litige entre dans le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour

« doit rechercher en particulier s'il y a eu "contestation" sur un "droit" que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne et si l'issue de la procédure en cause était directement déterminante pour un tel droit »<sup>1495</sup>,

et ce

---

in RUI, J. P et SIEBER, U., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlin, Duncker & Humblot, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2015, pp. 180 et s.)

<sup>1491</sup> Pour un exposé global, voy. Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable (volet pénal)*, mis à jour au 31 décembre 2019, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2020 et Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable (volet civil)*, mis à jour au 20 avril 2020, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2020 disponibles sur le site de la Cour, ainsi que pour une analyse globale BEERNAERT, M.-A., et KRENC, F., *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2019.

<sup>1492</sup> Voy. pour une synthèse des éléments essentiels CEDH [GC], arrêt *Regner c. République tchèque* du 19 septembre 2017, req. 35289/11, § 99 et s. ainsi que *Ibid*, p. 35 et s.

<sup>1493</sup> Not. CEDH [plénière], arrêt *König c. Allemagne* du 28 juin 1978, req. 6232/73, § 88 et CEDH [GC], arrêt *Ferrazzini c. Italie* du 12 juillet 2001, req. 44759/98, § 24.

<sup>1494</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Ferrazzini c. Italie* du 12 juillet 2001, req. 44759/98, §§ 26 et 30.

<sup>1495</sup> Not. CEDH, arrêt *Georgiadis c. Grèce* du 29 mai 1997, req. 21522/93, § 30.

« indépendamment de la qualité des parties comme de la nature de la loi régissant la "contestation" et de l'autorité compétente pour trancher »<sup>1496</sup>.

Ce faisant, la Cour ne peut néanmoins

« interpréter l'article 6 § 1 comme si l'adjectif "civil", avec les limites que pose nécessairement cet adjectif à la catégorie des "droits et obligations" à laquelle s'applique cet article, ne figurait pas dans le texte »<sup>1497</sup>.

A cet égard, démontrer qu'un litige est de nature « patrimoniale » n'est pas suffisant en soi pour entraîner l'applicabilité de l'article 6 § 1 sous son aspect « civil »<sup>1498</sup>, bien qu'

« en règle générale [...] tout droit à caractère patrimonial est considéré comme "civil" »<sup>1499</sup>.

**966.** Depuis un arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009<sup>1500</sup>, la Cour reconnaît sans équivoque l'application de l'article 6 § 1 à des procédures autres que la procédure principale, telles que des procédures préliminaires ou provisoires sous les conditions suivantes :

- le droit en jeu tant dans la procédure au principal que dans la procédure provisoire doit être « de caractère civil » au sens autonome que revêt cette notion dans le cadre de l'article 6 de la Convention (§ 84) ;
- la nature, l'objet et le but de la mesure provisoire, ainsi que ses effets sur le droit en question, doivent être examinés de près, de sorte que chaque fois que l'on peut considérer qu'une mesure est déterminante pour le droit ou l'obligation de caractère civil en jeu, quelle que soit la durée pendant laquelle elle a été en vigueur, l'article 6 trouvera à s'appliquer (§85).

La Cour admet toutefois que

« dans des cas exceptionnels – par exemple lorsque l'effectivité de la mesure sollicitée dépend de la rapidité du processus décisionnel – il peut se révéler impossible de respecter dans l'immédiat toutes les exigences prévues à l'article 6 » (§ 86).

Aussi,

« tandis que l'indépendance et l'impartialité du tribunal ou du juge concerné constituent des garanties inaliénables qu'il est indispensable de respecter dans pareille procédure, d'autres garanties procédurales peuvent ne s'appliquer que dans la mesure où le permettent la nature et le but de la procédure provisoire considérée » (§ 86),

à charge pour le Gouvernement de démontrer en cas de recours,

« eu égard au but de la procédure en cause dans une affaire donnée, qu'une ou plusieurs garanties procédurales particulières ne pouvaient être appliquées sans compromettre indûment la réalisation des objectifs visés par la mesure provisoire en question » (§ 86).

---

<sup>1496</sup>*Ibid.*, § 34.

<sup>1497</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Ferrazzini c. Italie* du 12 juillet 2001, *op. cit.*, § 30.

<sup>1498</sup> *Ibid.*, § 25. La Cour a rejeté dans cette affaire l'applicabilité de l'article 6 § 1 à un litige fiscal (voy. not. le § 29).

<sup>1499</sup> BEERNAERT, M.-A., et KRENC, F., *op. cit.*, p. 39 (et références citées en note 139).

<sup>1500</sup> CEDH [GC], arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009, req. 17056/06, § 78 et s.

**b. Le volet pénal de l'article 6 : qu'est-ce qu'une « accusation en matière pénale » ?**

**967.** Le premier paragraphe de l'article 6 est applicable en cas de contestation en matière civile ainsi qu'en cas d'« accusation en matière pénale ». Les paragraphes 2 et 3 de l'article 6 bénéficient quant à eux à « toute personne accusée d'une infraction » (§ 2) et à « tout accusé » (§ 3). Il est établi que ces notions renvoient à celle d'« accusation en matière pénale »<sup>1501</sup>. Pour déterminer qui peut prétendre jouir des garanties du volet pénal de l'article 6, il faut par conséquent impérativement en cerner précisément la portée.

**968.** Pour ce faire, nous précisons les notions d'« accusation » (1) et de « matière pénale » (2), avant de préciser à quelle(s) phase(s) de la procédure le volet pénal est applicable (3). Enfin, nous nous intéressons à la position de la Cour quant à l'applicabilité ou non du volet pénal aux mesures préventives (4).

**(1) L'« accusation » n'implique pas nécessairement une notification formelle par l'autorité compétente**

**969.** A l'instar de la notion de « contestation en matière civile », celle d'« accusation en matière pénale » revêt un caractère « autonome » et doit être interprétée « au sens de la Convention »<sup>1502</sup>. La Cour a précisé que

« la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique [la] conduit à opter pour une conception "matérielle", et non "formelle", de l'"accusation" (...) [et] (...) lui commande de regarder au-delà des apparences et d'analyser les réalités de la procédure en litige »<sup>1503</sup>.

**970.** La Cour a indiqué à cet égard dès le début des années 1980, dans un fameux arrêt *Deweert c. Belgique* – qu'elle cite toujours très régulièrement – que

« l'"accusation" pourrait aux fins de l'article 6 § 1 (art. 6-1) se définir comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale »<sup>1504</sup>.

Cette définition fait échos à celle de « la notion de "répercussions importantes sur la situation" du suspect »<sup>1505</sup> mobilisée en son temps par la Commission des Droits de l'Homme.

**971.** La Cour soutint dans un arrêt *Eckle e.a c. Allemagne* du 15 juillet 1982, qui s'inscrit dans la même logique, qu'elle devait elle-même fixer la date à laquelle les requérants avaient commencé à faire l'objet d'une accusation en matière pénale car elle n'était pas en mesure de déterminer précisément quand ils avaient « officiellement [eu] connaissance de l'enquête ou en [avaient] ressenti les effets »<sup>1506</sup>. Cet arrêt laisse ainsi apparaître plus clairement que l'existence

<sup>1501</sup> Not. CEDH, arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, req. 6903/75, § 42 et CEDH [plénière], arrêt *Öztürk c. Turquie* du 21 février 1984, req. 8544/79.

<sup>1502</sup> CEDH, arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, req. 6903/75, § 42. Voy. également antérieurement CEDH, arrêt *Neumeister c. Autriche* du 27 juin 1968, req. 1936/63, § 18.

<sup>1503</sup> CEDH, arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, req. 6903/75, § 44.

<sup>1504</sup> *Ibid.*, § 46 et CEDH, arrêt *Eckle c. Allemagne* du 15 juillet 1982, req. 8130/78, § 73.

<sup>1505</sup> *Ibid.*

<sup>1506</sup> CEDH, arrêt *Eckle c. Allemagne* du 15 juillet 1982, req. 8130/78, § 74.

d'une « accusation en matière pénale » peut être déduite d'autre chose que d'une notification officielle par l'autorité compétente du reproche d'avoir commis une infraction pénale.

**972.** Dans un arrêt *Fotti c. Italie* du 10 décembre 1982, la Cour est plus explicite encore en considérant, sur pied notamment d'une jurisprudence ancienne et de l'arrêt *Deweer*, que le point de départ de l'entrée dans le champ d'application du volet pénal de l'article 6 peut se produire à

« une date antérieure à la saisine de la juridiction de jugement (...), celle notamment de l'arrestation, de l'inculpation ou de l'ouverture des enquêtes préliminaires »<sup>1507</sup>.

Elle ajoute que si l'accusation au sens de l'article 6 § 1 peut en général se définir comme la notification officielle du reproche d'avoir commis une infraction pénale, elle

« peut dans certains cas revêtir la forme d'autres mesures impliquant un tel reproche et entraînant elles aussi des "répercussions importantes sur la situation" du suspect ».

Suivant cet arrêt, une accusation au sens de l'article 6 § 1 peut donc exister en l'absence de toute notification officielle de l'autorité compétente du reproche d'avoir commis une infraction pénale, dès lors qu'une personne fait l'objet d'une/de mesure(s) impliquant l'existence d'un tel reproche de l'autorité compétente et ayant des répercussions importantes sur sa situation.

**973.** Un arrêt *Brusco c. France* du 14 octobre 2010<sup>1508</sup> confirme cette interprétation. Dans cette affaire le requérant avait été placé en garde à vue et avait dû prêter serment de dire « toute la vérité, rien que la vérité » avant d'être entendu en qualité de témoin dans le cadre d'une information judiciaire visant nommément deux tiers. A la suite de cette audition, il avait lui-même été mis en examen et placé en détention provisoire. Selon la Cour, bien qu'entendu en qualité de témoin, M. *Brusco* avait en réalité fait l'objet d'une accusation au sens de l'article 6 dès son placement en garde à vue – et donc avant sa mise en examen. Elle parvient à cette conclusion après avoir mis en évidence les éléments factuels suivants :

- la garde à vue a été opérée sur pied d'une commission rogatoire ne visant pas nommément M. Brusco, faisant suite à un réquisitoire introductif ne le désignant pas davantage (§ 46) ;
- la garde à vue n'était pas subordonnée à l'existence d' « indices graves et concordants » démontrant la commission d'une infraction par M. Brusco ou de « raisons plausibles » de le soupçonner (§ 46) ;
- M. Brusco avait néanmoins été nommément désigné comme le commanditaire de l'infraction par un des suspects avant que la commission rogatoire précitée ne soit tracée (§ 47) ;
- la plainte initiale de la victime le visait en outre également et il avait déjà été entendu à ce sujet (§ 47).

Selon la Cour, ces éléments démontrent que

« dès son interpellation et son placement en garde à vue, les autorités avaient des raisons plausibles de soupçonner que le requérant était impliqué dans la commission de l'infraction qui faisait l'objet de l'enquête ouverte par le juge d'instruction » (§ 47).

---

<sup>1507</sup> CEDH, arrêt *Fotti e.a. c. Italie* du 10 décembre 1982, reqs. 7604/76, 7719/76, 7781/77 et 7913/77, §§ 51 et 52.

<sup>1508</sup> CEDH, arrêt *Brusco c. France* du 14 octobre 2010, req. 1466/07, §§ 46 à 50 et spéc. 49.

Dans cette mesure, sa qualité de témoin était

« purement formelle dès lors que les autorités judiciaires et policières disposaient d'éléments de nature à le suspecter d'avoir participé à l'infraction » (§ 47).

Elle souligne en outre que la loi française a postérieurement aux faits été modifiée de sorte que, s'il n'existe aucune raison plausible de le soupçonner d'avoir commis (ou tenté de commettre) une infraction, un témoin cité pour être entendu au cours de l'exécution d'une commission rogatoire ne peut être retenu que le temps strictement nécessaire à son audition (§ 48). Enfin, faisant notamment référence à l'arrêt *Deweert* précité, la Cour relève que

« l'interpellation et le placement en garde à vue du requérant pouvaient avoir des répercussions importantes sur sa situation » (§ 49).

**974.** Réunie en Grande Chambre, la Cour confirmera sans équivoque, en s'appuyant notamment sur les arrêts *Deweert* et *Eckle* qu'il y a

« "accusation en matière pénale" dès lors qu'une personne se voit officiellement notifier, par les autorités compétentes, le reproche d'avoir commis une infraction pénale, ou que les actes effectués par celles-ci en raison des soupçons qui pèsent contre l'intéressé ont des répercussions importantes sur sa situation »<sup>1509</sup>.

**975.** On peut déduire de ces développements qu'une personne fait l'objet d'une « accusation en matière pénale » au sens de l'article 6 dès que

- l'autorité compétente lui notifie officiellement qu'il lui est reproché d'avoir commis une infraction pénale ou qu'
- elle fait l'objet d'une ou de mesure(s) ayant des répercussions importantes sur sa situation, comme par exemple une privation de liberté, et qui implique(nt) *in concreto* l'existence de soupçons de l'autorité compétente qu'elle a commis une infraction.

## **(2) Des critères souples pour déterminer ce qu'est « la matière pénale »**

**976.** Face à la tendance des Etats parties de dépenaliser certains comportements, préférant par exemple recourir à des sanctions administratives, la Cour a été contrainte de fixer des critères lui permettant de déterminer si une affaire s'inscrit ou non dans la « matière pénale » au sens de l'article 6. Dans un fameux arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976<sup>1510</sup> rendu dans une affaire relative au service militaire, elle a ainsi affirmé que :

« Si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction "mixte" sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 (art. 6, art. 7) se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention. La Cour a donc compétence pour s'assurer, sur le terrain de l'article 6 (art. 6) et en dehors même des articles 17

---

<sup>1509</sup> CEDH [GC], arrêt *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018, req. 71409/10, § 119 qui invoque CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 249.

<sup>1510</sup> CEDH [plénière], arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, reqs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72.

et 18 (art. 17, art. 18), que le disciplinaire n'empiète pas indûment sur le pénal. En résumé, l'"autonomie" de la notion de "matière pénale" opère pour ainsi dire à sens unique »<sup>1511</sup>.

**977.** Elle a ensuite indiqué qu'elle déterminerait si une « accusation » s'inscrivait ou non dans la « matière pénale » en analysant les éléments suivants (§ 82) :

- qualification pénale ou non en droit interne ;
- nature de l'infraction ;
- degré de sévérité de la sanction.

La Cour précise que le premier critère est « un simple point de départ » et que

« l'indication qu'il fournit n'a qu'une valeur formelle et relative ; il faut l'examiner à la lumière du dénominateur commun aux législations respectives des divers États contractants » (§ 82).

Le deuxième critère est en revanche « un élément d'appréciation d'un plus grand poids » (§ 82). Elle ajoute enfin que l'analyse du troisième critère est indispensable pour que son contrôle ne soit pas « illusoire » (§ 82).

**978.** Les critères – ou éléments d'appréciation<sup>1512</sup> – *Engel* sont depuis mobilisés de manière – quasiment<sup>1513</sup> – constante par la Cour dans d'autres domaines que celui du service militaire<sup>1514</sup> pour déterminer si une accusation revêt ou non un caractère pénal<sup>1515</sup>. Si le premier d'entre eux est aisément compréhensible et d'une importance relativement limitée, les deux autres – nature de l'infraction et gravité de la sanction – sont plus flous mais d'importance capitale. Ils ont dès lors été précisés – ou interprétés – par la Cour au fil de sa jurisprudence. Une analyse exhaustive de la mise en œuvre des critères *Engel* dans la jurisprudence de la Cour dépasserait le cadre de la présente étude. Nous nous bornons donc à mettre en évidence certains arrêts éclairants pour la problématique qui nous occupe à propos des deuxième (a) et troisième critères (b), ainsi que sur la manière dont ils coexistent (c).

---

<sup>1511</sup> Cette dernière phrase signifie que les Etats peuvent décider de criminaliser certains comportements – ne constituant pas l'exercice normal des droits qu'elle protège – et ainsi rendre applicable les articles 6 et 7 mais ne peuvent pas écarter l'application de ces dispositions en considérant certains comportements sur le plan administratif par exemple (voy. *Ibid.*, § 81).

<sup>1512</sup> Not. CEDH [plénière], arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, *op. cit.*, § 82 ; CEDH [plénière], arrêt *Öztürk c. Turquie* du 21 février 1984, *op. cit.*, § 52.

<sup>1513</sup> Bien qu'à certaines occasions, il n'y soit pas fait référence expressément, voy. not. CEDH, arrêt *Bendenoun c. France* du 24 février 1994, req. 12547/86, § 47 (et son analyse dans CEDH [GC], arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 32, où la Cour montre qu'en réalité l'arrêt *Bendenoun* s'inscrit dans la lignée de l'arrêt *Engel*).

<sup>1514</sup> Voy. notamment CEDH [plénière], arrêt *Öztürk c. Allemagne* du 21 février 1984, req. 8544/79, § 48 (amende administrative en matière de circulation routière) ; CEDH [GC], arrêt *Benham c. Royaume-Uni* du 10 juin 1996, req. 19380/92 (procédure d'injonction de payer un impôt) ; CEDH [GC], arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9 octobre 2003, reqs. 39665/98 et 40086/98 (sanctions disciplinaires en milieu carcéral) ; CEDH [GC], arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01 (redressement fiscal au titre de la TVA) ; CEDH, arrêt *Grande Stevens e.a. c. Italie* du 4 mars 2014, reqs. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10 (infraction à la réglementation des marchés financiers et voy. le § 100 quant à l'applicabilité du volet pénal de l'article 6 aux autorités administratives compétentes en droit économique et financier et disposant de pouvoirs de sanction).

<sup>1515</sup> Sur la mise en œuvre des critères *Engel* en matière de confiscation, voy. not. BOUCHT, J., « Chapter 6 : Civil Asset Forfeiture and article 6(2) ECHR », in RUI, J. P et SIEBER, U., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, *op. cit.*, p. 164 et s. ; BOUCHT, J., *The Limits of Asset Confiscation. On the legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, *op. cit.*, p. 122.

**(a) Le deuxième critère *Engel* : un examen concret de l'objectif, du champ d'application, de l'initiateur et des conséquences de la procédure**

**979.** Dans un arrêt *Öztürk c. Allemagne*<sup>1516</sup> rendu près de dix ans après l'arrêt *Engel*, la Cour a donné des indications plus précises (§ 53) sur les caractéristiques conférant à une infraction une « nature pénale », au sens du deuxième critère *Engel*. Elle soutient ainsi que

« relèvent en général du droit pénal les infractions dont les auteurs s'exposent à des peines destinées notamment à exercer un effet dissuasif et qui consistent d'habitude en des mesures privatives de liberté et en des amendes ».

La Cour tient également compte du fait que le comportement reproché à M. *Öztürk* – une infraction routière – relève du droit pénal dans « une large majorité des États contractants », où il est perçu comme « illégal et répréhensible » et « est sanctionné par des peines ». Elle affirme encore que les infractions pénales « se distinguent d'habitude » par leur « caractère punitif ».

**980.** Outre sa visée dissuasive, la Cour reconnaît ainsi également que l'infraction pénale a en principe également un objectif punitif. Le champ d'application général de la norme et non limité à une catégorie spécifique de personnes – comme le droit disciplinaire par exemple –, qui prescrit un comportement déterminé et est assortie d'une sanction en cas de violation, est également caractéristique de la matière pénale. En revanche, la finalité de la norme prescrite à peine de sanction ne paraît pas être essentielle. Dans l'affaire en cause, la Cour affirme ainsi qu'il

« importe peu de savoir si la disposition légale méconnue par M. *Öztürk* vise à protéger les droits et intérêts d'autrui ou seulement à satisfaire aux exigences de la circulation ».

**981.** A l'occasion d'un arrêt *Benham c. Royaume-Uni*, rendu le 10 juin 1996 en Grande Chambre, la Cour tient encore compte du fait que « l'instance en cause ici a été entamée par une autorité publique, en vertu de pouvoirs légaux d'exécution » et qu'elle « renfermait en outre certains éléments répressifs » puisqu' un placement en détention pouvait être ordonné en cas de constat d'une volonté délibérée de méconnaître l'injonction de payer en cause ou d'une négligence coupable<sup>1517</sup>.

**982.** Dans un arrêt plus récent *Jussila c. Finlande*, se prononçant sur le caractère pénal ou non d'un redressement fiscal, la Cour également réunie en Grande Chambre, a affirmé que le deuxième critère *Engel* « qui touche à la nature de l'infraction, est le plus important »<sup>1518</sup>. Elle observe que les majorations d'impôt en cause reposent sur des « dispositions juridiques générales applicables à l'ensemble des contribuables » et qu'elles « visaient pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés » de sorte qu'elles poursuivaient

---

<sup>1516</sup> CEDH [plénière], arrêt *Öztürk c. Allemagne* du 21 février 1984, req. 8544/79, §§ 51 à 54.

<sup>1517</sup> CEDH [GC], arrêt *Benham c. Royaume-Uni* du 10 juin 1996, req. 19380/92, § 56.

<sup>1518</sup> Voy. not., CEDH [plénière], arrêt *Öztürk c. Allemagne* du 21 février 1984, req. 8544/79, § 54 ; CEDH [GC], arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9 octobre 2003, reqs. 39665/98 et 40086/98, § 86 ; CEDH [GC], arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 38. Voy. également plus récemment CEDH, arrêt *Grande Stevens e.a. c. Italie* du 4 mars 2014, reqs. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, §§ 95 et s.



« un but à la fois préventif et répressif » (§ 38). Cette seconde considération suffit « à elle seule » selon la Cour à « à conférer à l'infraction infligée un caractère pénal ».

**983.** Il découle de ce qui précède que pour apprécier la nature pénale d'une infraction, il convient d'examiner si

- la peine ou les peines qui s'y attache(nt) poursui(ven)t un objectif dissuasif/préventif et punitif ;
- elle est qualifiée de pénale dans les autres Etats Parties à la Convention ;
- elle a un champ d'application général et non limité à une catégorie spécifique de personnes ;
- fait l'objet d'une instance entamée par une autorité publique, en vertu de pouvoirs légaux d'exécution ;
- la condamnation à une peine dépend d'un constat de culpabilité<sup>1519</sup>.

La Cour relève également parfois pour affirmer la nature pénale d'une infraction, que bien que poursuivie par exemple sur le plan disciplinaire, elle aurait pu l'être devant une instance pénale<sup>1520</sup>.

#### **(b) Le troisième critère *Engel* : l'emprisonnement mais pas seulement**

**984.** En ce qui concerne le troisième critère relatif à la gravité de la sanction, la Cour affirme dans l'arrêt *Engel* que la « gravité de l'enjeu, les traditions des États contractants et la valeur que la Convention attribue au respect de la liberté physique de la personne » impliquent que

« ressortissent à la "matière pénale" les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important » (§ 82).

**985.** Dans un arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9 octobre 2003, la Cour réunie en Grande Chambre en a déduit que les infractions pouvant conduire à l'imposition d'une privation de liberté – des jours de prison supplémentaires en l'espèce – doivent être présumées ressortir à la matière pénale et que cette présomption ne peut être réfutée

« qu'à titre tout à fait exceptionnel et seulement s'il est impossible de considérer que ces privations de liberté entraînent un "préjudice important" eu égard à leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution »<sup>1521</sup>.

**986.** D'autres types de sanctions, comme des amendes importantes et/ou une atteinte à la réputation, peuvent également être d'un niveau de gravité suffisant pour revêtir une nature

---

<sup>1519</sup> Il s'agit des facteurs d'analyse du second critère également mis en évidence par la Cour dans son *Guide sur l'article 6 (volet pénal)* précité, p. 11.

<sup>1520</sup> Voy. par exemple CEDH, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984, reqs. no 7819/77 et 7878/77, § 71 et CEDH [GC], arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9 octobre 2003, reqs. 39665/98 et 40086/98, § 101 et § 104.

<sup>1521</sup> CEDH [GC], arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9 octobre 2003, reqs. 39665/98 et 40086/98, § 125. Voy. également CEDH, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984, reqs. no 7819/77 et 7878/77, § 72. Dans ce second arrêt, la Cour n'a pas évoqué la possibilité même que la privation de liberté en cause (570 jours) puisse ne pas être suffisamment grave, et ce en dépit du fait qu'il s'agissait en réalité d'un refus d'accorder une remise de peine.

pénale<sup>1522</sup>. Notons que pour déterminer si la sanction est suffisamment grave, il doit être tenu compte de la ou des sanction(s) maximale(s) à laquelle/auxquelles le requérant s'exposait en raison du comportement qui lui était reproché et non pas de celle(s) qui a/ont été effectivement prononcée(s)<sup>1523</sup>.

### (c) Des critères alternatifs qui peuvent être...cumulatifs

**987.** Comme la Cour l'a précisé à de multiples reprises<sup>1524</sup>, les deuxième et troisièmes critères sont alternatifs et non cumulatifs, de sorte qu'il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, pénale ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la matière pénale, pour que le volet pénal de l'article 6 soit applicable. Dans cette optique, la légèreté de la sanction ne constitue pas « un facteur décisif pour exclusion du champ d'application de l'article 6 une infraction revêtant par ailleurs un caractère pénal »<sup>1525</sup>.

**988.** Ceci signifie que même dans l'hypothèse où la sanction serait légère (troisième critère non rempli), la nature pénale de l'infraction (deuxième critère rempli) devrait conduire à l'application du volet pénal de l'article 6. De même, une infraction qui ne serait pas de nature pénale, mais disciplinaire par exemple, peut tomber sous le volet pénal de l'article 6 si la sanction possible est suffisamment grave, c'est-à-dire à tout le moins une privation de liberté supérieure à quelques jours<sup>1526</sup>.

**989.** Cependant, le caractère alternatif des critères

« n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale »<sup>1527</sup>.

**990.** Au vu de ce qui précède, les critères *Engel* apparaissent davantage comme des balises relativement souples guidant la Cour dans son examen concret de l'affaire, que comme des critères rigides.

---

<sup>1522</sup> Voy. par exemple CEDH, arrêt *Grande Stevens e.a. c. Italie* du 4 mars 2014, reqs. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, §§ 97 et 98.

<sup>1523</sup> Not. CEDH, arrêt *Bendenoun c. France* du 24 février 1994, req.12547/86, § 47 ; CEDH [GC], arrêt *Benham c. Royaume-Uni* du 10 juin 1996, req. 19380/92, § 56 ; CEDH, arrêt *Grande Stevens e.a. c. Italie* du 4 mars 2014, reqs. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, § 98.

<sup>1524</sup> Voy. CEDH [GC], arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 31 et plus récemment CEDH, arrêt *Grande Stevens e.a. c. Italie* du 4 mars 2014, reqs. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, § 94. Voy. en ce sens, par exemple CEDH [plénière], arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, *op. cit.*, § 85 (troisième critère rempli) ; CEDH [plénière], arrêt *Öztiirk c. Allemagne* du 21 février 1984, req. 8544/79, § 54 (deuxième critère rempli sans examen du troisième).

<sup>1525</sup> CEDH [GC], arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 35. La Cour s'écarte donc de la démarche adoptée dans CEDH, arrêt *Morel c. France* du 6 juin 2000, req. 34130/96, arrêt qui constitue selon la Grande Chambre une « exception » (§ 34).

<sup>1526</sup> Not. CEDH [plénière], arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, *op. cit.*, § 68 *in fine*.

<sup>1527</sup> Not., CEDH, arrêt *Bendenoun c. France* du 24 février 1994, req.12547/86, § 47 ; CEDH [GC], arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9 octobre 2003, reqs. 39665/98 et 40086/98, § 86 ; CEDH [GC], arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 31 ; CEDH, arrêt *Grande Stevens e.a. c. Italie* du 4 mars 2014, reqs. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, § 94.

### (3) Le volet pénal de l'article 6 est applicable à la phase préalable au procès et à celle de fixation de la peine

**991.** Le sort réservé aux mesures adoptées au cours de la phase préalable au procès, parfois qualifiées de « présentencielle », est d'un intérêt particulier en matière de confiscation, vu l'importance du mécanisme de saisie provisoire – ou de « gel » selon la terminologie utilisée en droit de l'Union européenne et en droit international – pour garantir l'effectivité d'une éventuelle confiscation future.

**992.** A cet égard, la jurisprudence de la Cour est établie en ce sens que bien que

« l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un "tribunal" compétent pour décider "du bien-fondé de l'accusation", (...) il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement »<sup>1528</sup>.

**993.** La Cour considère en effet que l'inobservation initiale des garanties offertes par l'article 6 peut compromettre gravement l'équité du procès<sup>1529</sup>. Les droits garantis par le volet pénal de l'article 6 s'appliquent dès lors indubitablement à la phase d'information et d'instruction

« si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès »<sup>1530</sup>.

Etant donné qu'aucun « tribunal » n'est encore saisi, certaines garanties procédurales peuvent néanmoins ne pas s'appliquer à ces stades<sup>1531</sup> ou l'être sous des modalités particulières<sup>1532</sup>. Cette jurisprudence, si ce n'est identique, à celle applicable en matière civile<sup>1533</sup>

**994.** Le volet pénal de l'article 6 est enfin également applicable lors de la phase de fixation de la peine<sup>1534</sup>, et ne se limite donc pas à celle de l'examen du bienfondé de l'accusation<sup>1535</sup>. Il ne l'est néanmoins pas lors de celle d'exécution de la peine<sup>1536</sup>.

---

<sup>1528</sup> Not. CEDH, arrêt *Imbrioscia c. Suisse* du 24 novembre 1993, req. 13972/88, § 36 et CEDH [GC], arrêt *Dvorski c. Croatie* du 20 octobre 2015, req. 25703/11, §§ 76 et 108 (sur le droit d'être assisté par un avocat).

<sup>1529</sup> *Ibid.* à propos du droit à l'assistance d'un avocat. Voy. également CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 253.

<sup>1530</sup> CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, *op. cit.*, § 253. Voy également en ce sens CEDH [GC], arrêt *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018, req. 71409/10, §§ 119 et 124.

<sup>1531</sup> CEDH, arrêt *Vera Fernandez-Huidobro c. Espagne* du 6 janvier 2010, req. 74181/01, § 109 (sur l'impartialité du juge d'instruction), qui fait référence à l'arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009 précité, relatif à l'applicabilité du volet civil de l'article 6 aux mesures provisoires (procédure d'injonction).

<sup>1532</sup> CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 253.

<sup>1533</sup> Voy. précédemment dans ce chapitre, la sous-section 1, a.

<sup>1534</sup> Not. CEDH, arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, req. 41087/98, § 39 ainsi que CEDH arrêt *Eckle c. Allemagne* du 15 juillet 1982, req. 8130/78, § 77 et CEDH [GC], arrêt *V. c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, req. 24888/94, § 109.

<sup>1535</sup> Not. CEDH, arrêt *Minelli c. Suisse* du 25 mars 1983, req. 8660/79, § 30 (à propos du paragraphe 2 toutefois).

<sup>1536</sup> Not CEDH, décision *Moncornet de Caumont c. France* du 13 mai 2003, req. 59290/00 et CEDH, décision *Saccoccia c. Autriche* du 5 juillet 2007, req. 69917/01.

#### (4) L'exclusion des mesures préventives du champ d'application du volet pénal de l'article 6

**995.** Depuis un arrêt *Guzzardi c. Italie* rendu le 6 novembre 1980 en séance plénière<sup>1537</sup>, la Cour refuse de manière constante d'appliquer le volet pénal de l'article 6 aux procédures d'adoption de mesures préventives restreignant les droits des personnes. Cette jurisprudence est particulièrement intéressante pour ses implications en matière de confiscation sans condamnation préalable ou de gel préventif d'avoirs. Nous analysons donc l'arrêt *Guzzardi* ci-dessous.

**996.** Dans cet arrêt, la Cour jugea que la procédure d'adoption d'une mesure de « surveillance spéciale », bien que constituant en l'espèce vu ses modalités concrètes d'exécution – et non par principe – une « privation de liberté » (§ 95) contraire à l'article 5 § 1 de la Convention (§ 104), ne relevait pas du champ d'application de l'article 6 (§ 108).

**997.** La surveillance spéciale en cause avait été ordonnée par un tribunal en application de la loi n° 1423 du 27 décembre 1956 (« la loi de 1956 ») et de la loi spécifiquement consacrée à la lutte contre la mafia n° 575 du 31 mai 1965 (« la loi de 1965 »), à la demande du Procureur de la République, sur proposition du chef de la police. Bien qu'il fit l'objet de poursuites pénales et fût préventivement détenu au moment où le tribunal l'ordonna, la surveillance spéciale y était étrangère<sup>1538</sup> (§ 102). Elle se fondait en réalité sur des indices selon lesquels M. *Guzzardi* se livrait depuis des années à des activités illicites et appartenait à un groupe mafieux (§ 12). Quelques années plus tôt, M. *Guzzardi* avait d'ailleurs déjà été sommé de changer son mode de vie illicite par la police conformément à la loi de 1956. Selon la Cour, la mesure en cause était donc de nature préventive (§ 100) et ne constituait pas une condamnation destinée à réprimer une infraction en particulier (§ 100). La procédure n'impliquait en conséquence pas de décision à propos « "du bien-fondé" d'une "accusation en matière pénale" (arrêt *Engel et autres*, précité, p. 34, § 81) » (§ 108).

**998.** En ne se référant qu'au paragraphe 81 de l'arrêt *Engel* et non au paragraphe 82 – où les trois critères d'analyse sont énumérés, la Cour paraît avoir considéré que l'affaire n'impliquait en réalité aucune « accusation ». Ce constat non motivé pose question.

**999.** La Cour relève en effet par ailleurs que le requérant a reçu une « sommation » plusieurs années avant de subir la mesure préventive en cause l'enjoignant de mettre fin à ses activités délinquantes et l'avertissant que si ce n'était pas le cas, il s'exposait à des mesures telles qu'un éloignement de son lieu de résidence ou une surveillance spéciale dans un lieu déterminé (§ 46). Elle indique encore que de telles mesures, pouvaient être adoptées judiciairement après une sommation, « en sanctionnent en quelque sorte la méconnaissance » (§ 101). Il ressort de surcroît de l'arrêt que le chef de la police a proposé quelques années plus tard au Procureur de la République d'appliquer une mesure de surveillance spéciale à M. *Guzzardi* en faisant état

« des indices d'après lesquels l'intéressé, s'il prétendait exercer le métier d'ouvrier en bâtiment, se livrait en réalité à des activités illicites et appartenait à un groupe (*cosca*) de truands

---

<sup>1537</sup> CEDH [plénière], arrêt *Guzzardi c. Italie* du 6 novembre 1980, req. 7367/76.

<sup>1538</sup> M. *Guzzardi* affirmait toutefois, sans le prouver selon la Cour, que la mesure avait été adoptée pour prolonger en quelque sorte sa détention provisoire (§ 102).

(*mafiosi*) ; il énumérait quatre condamnations prononcées en 1965, 1967, 1969 et 1972 contre cet individu "des plus dangereux" » (§ 12).

Cette proposition s'appuyait d'ailleurs sur la loi de 1965, qui assouplissait les conditions d'application de mesures préventives prévues par la loi de 1956 en cas d'indices d'appartenance à un groupe mafieux (§§ 52 et 101). Dans ces conditions, pour ordonner la surveillance spéciale du requérant, le Tribunal a ainsi nécessairement dû considérer que les indices qui lui étaient présentés montraient effectivement que M. *Guzzardi* représentait un danger vu ses liens avec la *mafia* d'une part, et son mode de vie, d'autre part. Il ressort enfin de l'arrêt qu'un débat contradictoire a eu lieu relativement aux indices présentés au tribunal par le ministère public et que si M. *Guzzardi* ne s'était pas conformé à cette surveillance spéciale, il aurait été passible d'une « peine d'arrêt » de six mois à deux ans (§ 47).

**1000.** Nous avons montré qu'une « accusation » au sens de l'article 6 peut consister en la notification officielle à la personne en cause par l'autorité compétente qu'une infraction lui est reprochée ou en toute autre mesure impliquant ce reproche et ayant des répercussions graves sur sa situation<sup>1539</sup>. Or, au vu des éléments qui précèdent, il pourrait être soutenu que les autorités compétentes italiennes reprochaient à M. *Guzzardi* ses activités mafieuses depuis la sommation évoquée ci-dessus, voire à tout le moins depuis la mise en œuvre de la procédure ayant conduit à la surveillance spéciale en cause applicable aux *mafiosi* présumés. Dans les deux cas, une autorité compétente avait officiellement fait état du fait qu'il lui était reproché de vivre d'activités illicites et d'être un *mafioso*.

**1001.** La Cour a donc à nos sens écarté trop « rapidement » l'existence d'une accusation en l'espèce ; le seul fait que le droit italien qualifie la mesure de surveillance de « préventive » n'étant en tout état de cause pas suffisant. Vu le caractère autonome de l'interprétation de cette notion, une analyse concrète devait en effet nécessairement être réalisée afin que le contrôle opéré par la Cour ne soit pas purement formel<sup>1540</sup>. Si la Cour avait décidé que M. *Guzzardi* se trouvait « accusé », aurait-elle cependant pu également juger, à la lumière des critères *Engel*, que cette accusation relevait de la matière pénale au sens de l'article 6 ?

**1002.** En ce qui concerne le premier critère, il ne fait aucun doute à la lecture de l'arrêt que les deux lois appliquées à M. *Guzzardi*, abrogées en 2011<sup>1541</sup> n'étaient pas qualifiées de pénales en droit italien, sans quoi l'application de l'article 6 n'aurait d'ailleurs pas pu être écartée<sup>1542</sup>.

**1003.** Quant à la nature de l'infraction, il peut être soutenu que la procédure appliquée à M. *Guzzardi*

- poursuivait un objectif préventif ;
- reposait sur des dispositions de portée générale ;

---

<sup>1539</sup> Not. CEDH, arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, req. 6903/75, § 44 ; CEDH, arrêt *Eckle c. Allemagne* du 15 juillet 1982, req. 8130/78, §§ 73 et 74 ; CEDH, arrêt *Fotti e.a. c. Italie* du 10 décembre 1982, reqs. 7604/76, 7719/76, 7781/77 et 7913/77, §§ 51 et 52.

<sup>1540</sup> A cet égard, outre l'arrêt *Engel*, § 81, voy. également CEDH, arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, req. 6903/75, § 44.

<sup>1541</sup> Voy. l'art. 120, 1, a du *decreto legislativo* du 6 septembre 2011, n° 159, *GU* n.226 du 28 septembre 2011 - Suppl. Ordinario n. 214. Des mesures préventives semblables figurent toutefois dans le *decreto legislativo*.

<sup>1542</sup> Voy. le paragraphe 81, al. 4 de l'arrêt *Engel* précité ainsi que BEERNAERT, M.-A., et KRENC, F., *op. cit.*, pp. 45-46.

- a été entamée par une autorité publique – le Procureur de la République – tel que le prévoit la loi.

La mesure de surveillance spéciale en cause ne peut en outre, être imposée qu'après un examen par le tribunal des indices d'appartenance à une organisation mafieuse invoqués par le Procureur aux fins d'établir ou non la dangerosité de la personne en cause. Il pourrait par conséquent être soutenu qu'elle vise en réalité à sanctionner les membres d'organisations mafieuses après avoir constaté leur culpabilité<sup>1543</sup>. Ce caractère répressif apparaît plus clairement lorsqu'une telle mesure est imposée après le non-respect d'une sommation de la police de changer son mode de vie. Au vu de ces éléments et de la jurisprudence de la Cour évoquée précédemment, nous sommes d'avis qu'elle aurait donc pu considérer que le second critère *Engel* était rempli.

**1004.** Enfin, quant au troisième critère, la Cour a estimé que la surveillance spéciale appliquée à M. *Guzzardi* constituait une privation de liberté contraire à l'article 5. Or, dans l'arrêt *Engel* la Cour affirme que

« ressortissent à la "matière pénale" les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important » (§ 82).

La Cour aurait donc pu considérer qu'il était rempli, si elle avait estimé que la procédure en cause revêtait un caractère non seulement préventif mais encore répressif.

**1005.** Bien qu'elle n'ait pas examiné la mesure sous l'angle des critères *Engel*, la Cour en a néanmoins réfuté le caractère pénal, à l'occasion de l'examen de la conformité de la privation de liberté de M. *Guzzardi* avec l'article 5 de la Convention, en soutenant que :

« L'assignation de M. *Guzzardi* à résidence ne s'analysait pas en une peine destinée à réprimer une infraction concrète, mais en une mesure préventive prise sur la base d'indices dénotant une propension à la délinquance (paragraphe 9 et 12 ci-dessus). On doit en inférer, d'après la Commission, qu'au regard de l'alinéa a) (art. 5-1-a) elle ne revêtait pas le caractère d'une détention "après condamnation par un tribunal compétent" (paragraphe 102 du rapport). Aux yeux de la Cour, le rapprochement de l'article 5 § 1 a) (art. 5-1-a) avec les articles 6 § 2 et 7 § 1 (art. 6-2, art. 7-1) montre qu'aux fins de la Convention il ne saurait y avoir "condamnation" sans l'établissement légal d'une infraction - pénale ou, le cas échéant, disciplinaire (arrêt *Engel et autres*, précité, p. 27, § 68). (...) » (§ 100).

**1006.** Le raisonnement de la Cour nous paraît quelque peu superficiel et circulaire. Elle soutient en effet que la surveillance spéciale ne peut s'analyser en une peine destinée à réprimer une infraction concrète car la loi italienne n'impose pas l'établissement légal d'une culpabilité mais simplement l'établissement d'un risque. En d'autres termes, la loi italienne n'imposant pas la preuve au-delà du doute raisonnable de l'appartenance à un groupe mafieux, la mesure imposée ne pourrait être qualifiée de pénale. Or, il pourrait être soutenu, d'une part, qu'une infraction concrète est bien visée : l'appartenance à une organisation mafieuse ou à une association de malfaiteurs ; et d'autre part, que le tribunal a imposé la mesure de surveillance

---

<sup>1543</sup> Le tribunal doit en effet nécessairement considérer que les indices d'appartenance à une organisation mafieuse sont suffisants pour considérer que la personne représente un danger.

après avoir jugé qu'il existait des indices suffisants pour ce faire. La question du standard de preuve appliqué pour établir cette culpabilité n'est en réalité pas pertinente pour déterminer si la mesure revêt ou non un caractère pénal, mais constitue un élément de la procédure devant être examiné notamment sous l'angle du respect de la présomption d'innocence. Le raisonnement de la Cour conduit donc à ce qu'une éventuelle méconnaissance de l'article 6 § 2 justifie l'exclusion de la mesure en cause du champ d'application de l'article 6.

**1007.** Au vu de ce qui précède, nous pensons que les faits tels qu'exposés par la Cour auraient dû conduire à une analyse plus fine de l'existence d'une « accusation en matière pénale » et non à une affirmation péremptoire fondée sur la qualification en droit interne de la procédure de surveillance spéciale. Ceci ne signifie pas que la Cour aurait nécessairement dû conclure à l'application du volet pénal de l'article 6 – aucune opinion séparée n'allait d'ailleurs en ce sens. Un examen concret de l'affaire à la lumière de la jurisprudence relative aux notions d' « accusation » et de « matière pénale », démontre néanmoins que la seule affirmation qu'une mesure est de nature préventive (selon le droit interne) ne peut suffire à écarter l'application du volet pénal de l'article 6 au motif qu'elle n'impliquerait aucune accusation en matière pénale.

**1008.** Dans un récent arrêt *De Tommaso c. Italie*<sup>1544</sup> relatif à une mesure de confiscation, la Cour réunie en Grande Chambre a confirmé la jurisprudence *Guzzardi*, sous les critiques du Juge *Pinto De Albuquerque*. Nous y reviendrons. Notons à ce stade que l'inapplicabilité du volet pénal de l'article 6 aux mesures qualifiées de préventives est établie dans la jurisprudence de la Cour depuis plusieurs décennies. Les critiques que nous avons formulées à l'égard de l'arrêt *Guzzardi c. Italie*, qui rejoignent pour l'essentiel l'opinion en partie dissidente du Juge *Pinto de Albuquerque* dans l'arrêt *De Tommaso c. Italie*, nous paraissent néanmoins montrer que la Cour fait fausse route. Ne considère-t-elle en effet pas qu'il lui incombe d'interpréter de manière autonome la notion d'accusation en matière pénale, ce qui « lui commande de regarder au-delà des apparences et d'analyser les réalités de la procédure en litige »<sup>1545</sup> ? Aussi, il est peu compréhensible que face à des mesures à ce point attentatoires aux droits des personnes, elle refuse d'user des outils qu'elle a elle-même développés pour déterminer si une procédure constitue ou non une accusation en matière pénale, se contentant d'une formule stéréotypée et formaliste.

---

<sup>1544</sup> CEDH [GC], arrêt *De Tommaso c. Italie* du 23 février 2017, req. 43395/09, § 143.

<sup>1545</sup> CEDH, arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, req. 6903/75, § 44.

## 2. Aperçu des multiples facettes du droit à un procès équitable

**1009.** Après avoir déterminé les conditions d'application de chacun des deux volets de l'article 6, nous sommes désormais en mesure d'exposer les éléments essentiels des garanties qu'offrent les volets civil (a) et pénal (b) de cette disposition.

### a. Le volet civil de l'article 6 : le droit à un tribunal

**1010.** Il est établi depuis un fameux arrêt *Golder c. Royaume-Uni*<sup>1546</sup> qu'à l'instar d'une « bonne part de la Convention »<sup>1547</sup>, l'article 6, § 1<sup>er</sup> doit être interprété à la lumière des principes de la prééminence du droit et de l'interdiction de tout pouvoir arbitraire. Dans cette mesure, il garantit au justiciable le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil<sup>1548</sup>. Ce « droit à un tribunal » implique celui d'y avoir accès ainsi que le respect des autres garanties figurant à l'article 6 § 1 quant à l'organisation et à la composition du tribunal d'une part, et quant au déroulement de l'instance d'autre part<sup>1549</sup>. Constituant un « tout », cet ensemble « forme en bref le droit à un procès équitable »<sup>1550</sup>.

**1011.** Nous évoquons ci-dessous les différentes composantes de ce droit (1 à 3), qui faut-il le rappeler, n'est pas absolu, avant de proposer une courte conclusion de synthèse (4).

#### (1) Le droit d'accès au tribunal

**1012.** Le droit d'accès à un tribunal consiste en le « droit de saisir le tribunal en matière civile »<sup>1551</sup> pour faire valoir sa contestation. Il doit être « concret et effectif » et non « théorique et illusoire »<sup>1552</sup>, ce qui signifie que la personne concernée doit jouir « d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits »<sup>1553</sup>.

**1013.** Il découle de la jurisprudence bien établie de la Cour que l'article 6 § 1,

« s'il consacre le "droit à un tribunal" (...), n'astreint pas pour autant les États contractants à soumettre les "contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil" à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des "tribunaux" conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et *a fortiori* d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions ; un tel système peut se réclamer de la tradition juridique de beaucoup d'États membres du Conseil de l'Europe »<sup>1554</sup>.

<sup>1546</sup> CEDH [plénière], arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, req. 4451/70.

<sup>1547</sup> CEDH [GC], arrêt *Zubac c. Croatie* du 5 avril 2018, req. 40160/12, § 76.

<sup>1548</sup> Voy. récemment CEDH [GC] arrêt *Naït-Liman c. Suisse* du 15 mars 2018, req. 51357/07, § 112.

<sup>1549</sup> CEDH [plénière], arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, req. 4451/70, § 36. Voy. également CEDH [GC] arrêt *Naït-Liman c. Suisse* du 15 mars 2018, req. 51357/07, § 112.

<sup>1550</sup> *Ibid.*

<sup>1551</sup> Voy. plus récemment, CEDH [GC], arrêt *Zubac c. Croatie* du 5 avril 2018, req. 40160/12, § 76.

<sup>1552</sup> *Ibid.*, § 77.

<sup>1553</sup> CEDH, arrêt *Bellet c. France* du 4 décembre 1995, req. 23805/94, § 36.

<sup>1554</sup> Not. CEDH [plénière], arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981, reqs. 6878/75 et 7238/75, § 51 a.



**1014.** La procédure menée devant une ou plusieurs autorités ne remplissant pas les conditions de l'article 6 § 1 doit néanmoins pouvoir faire « l'objet du "contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article" (art. 6-1) »<sup>1555</sup>. Nous verrons néanmoins que la Cour considère également que dans des domaines particuliers, comme le droit administratif, le pouvoir de juridiction du tribunal peut être plus restreint pour autant qu'il soit suffisant<sup>1556</sup>.

**1015.** Le droit d'accès à un tribunal peut encore faire l'objet de limitations<sup>1557</sup>, sans que les Etats ne puissent cependant

« restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même »<sup>1558</sup>.

De plus, les restrictions au droit d'accès à un tribunal

« ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »<sup>1559</sup>.

Un double contrôle doit ainsi *a priori* être réalisé : atteinte éventuelle à la substance du droit d'accès à un tribunal d'une part, et test de proportionnalité, d'autre part.

**1016.** Dans l'arrêt *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* du 12 juillet 2001, réunie en Grande Chambre, la Cour s'appuie néanmoins sur l'absence de disproportion entre la restriction en cause et l'objectif légitime poursuivi pour exclure une éventuelle atteinte à la substance du droit<sup>1560</sup>. Ce raisonnement a été vivement critiqué par plusieurs juges<sup>1561</sup>, qui

---

<sup>1555</sup> CEDH, arrêt *Bryan c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, req. 19178/91, § 40 (qui se réfère à l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* précité). Voy. également CEDH [plénière], arrêt *Albert et Le Compte c. Belgique* du 10 février 1983, req. 7299/75 7496/76, § 29.

<sup>1556</sup> CEDH [GC], arrêt *Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portugal* du 6 novembre 2018, reqs. 5391/13, 57728/13 et 74041/13, § 176 et s.

<sup>1557</sup> Not. CEDH [GC] arrêt *Nait-Liman c. Suisse* du 15 mars 2018, req. 51357/07, § 114 et CEDH [GC], arrêt *Zubac c. Croatie* du 5 avril 2018, req. 40160/12, § 78. Voy. également CEDH [GC], arrêt *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* du 12 juillet 2001, req. 42527/98, § 44. En matière d'aide judiciaire gratuite, voy. CEDH, arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005, req. 68416/01, § 62.

<sup>1558</sup> CEDH [GC], arrêt *Zubac c. Croatie* du 5 avril 2018, req. 40160/12, § 78. Voy. également CEDH [GC], arrêt *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* du 12 juillet 2001, req. 42527/98, § 44.

<sup>1559</sup> *Ibid.*

<sup>1560</sup> CEDH [GC], arrêt *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* du 12 juillet 2001, *op. cit.*, § 69.

<sup>1561</sup> Selon l'opinion concordante de M. le juge *Ress*, à laquelle se rallie M. le juge *Zupančič*, la restriction en cause portait atteinte à la substance même de l'article 6 § 1 et que par conséquent « la question de savoir si pareille restriction peut passer pour traduire un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et les buts visés ne se pose même pas ». Le juge *Costa* soutient quant à lui que : « Cette approche mêle deux voies que la jurisprudence de la Commission et de la Cour avait le plus souvent soigneusement distinguées, telles les branches d'une alternative : des limitations (explicites ou implicites) au droit à un tribunal ne sont compatibles avec l'article 6 que si elles ne restreignent pas l'accès ouvert à un justiciable d'une manière ou à un point tels que son droit s'en trouve atteint dans sa substance même ; en outre, elles doivent tendre à un but légitime, et il faut qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (arrêts *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A no 93, pp. 24-25, § 57, ou *Levages Prestations Services c. France*, 23 octobre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, p. 1543, § 40). Le raisonnement du présent arrêt est donc à mes yeux hétérodoxe et illogique : le problème de la proportionnalité ne peut se poser que de façon subsidiaire, au cas où la substance même du droit à un tribunal n'a pas été touchée. Déduire cette non-atteinte de l'existence d'un rapport satisfaisant de proportionnalité ne me convainc pas du tout. (...) J'admets également que le raisonnement de l'arrêt, faisant dépendre l'absence d'atteinte à la substance du droit à un tribunal de la constatation qu'il ne s'agissait que de limitations, non disproportionnées, à ce droit, n'est pas tout à fait sans exemple dans la

considéraient qu'il convenait d'examiner d'abord l'existence d'une éventuelle atteinte à la substance du droit à un tribunal, avant subsidiairement de s'interroger sur la légitimité et la proportionnalité de la restriction en cause<sup>1562</sup>.

**1017.** Près de vingt ans plus tard, à l'occasion de l'affaire *Zubac c. Croatie*<sup>1563</sup>, la Grande Chambre a néanmoins adopté le même raisonnement. Elle soutint en effet qu'elle

« ne saurait conclure que la décision de la haute juridiction a constitué une entrave disproportionnée ayant porté atteinte à la substance même du droit d'accès à un tribunal qui est garanti à la requérante par l'article 6 § 1 de la Convention, ou ayant outrepassé la marge nationale d'appréciation » (§ 125).

Aucun juge n'a cette fois formulé de critique.

**1018.** Dans un arrêt prononcé quelques semaines plus tôt, la Grande Chambre avait d'ailleurs montré sans équivoque qu'elle considérait en réalité n'avoir à réaliser qu'un test de proportionnalité pour évaluer la compatibilité d'une limitation au droit d'accès à un tribunal avec l'article 6<sup>1564</sup>. L'un de ses membres n'avait néanmoins cette fois pas manqué de souligner<sup>1565</sup> que la majorité avait omis « d'examiner si les limitations imposées portent ou non atteinte au droit à un tribunal dans sa substance même » et que bien qu'« énoncé avec gravité, [ce principe] ne semble pas pris très au sérieux »

**1019.** Plusieurs décisions rendues par différentes sections de la Cour vont dans le même sens<sup>1566</sup>, tandis que d'autres n'évoquent pas l'éventuelle atteinte à la substance<sup>1567</sup> ou paraissent placer l'exigence d'absence d'atteinte à la substance du droit et celle de légitimité et proportionnalité de la mesure sur le même plan<sup>1568</sup>. Récemment, la Cour a encore conclu à la violation du droit d'accès à un tribunal, sans préciser si la violation était due à une atteinte à la substance du droit ou au caractère disproportionné de la restriction en cause<sup>1569</sup>.

---

jurisprudence (on peut opérer un certain rapprochement avec *Fayed c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 septembre 1994, série A no 294-B). Mais en fin de compte je continue de préférer la voie jurisprudentielle qui me semble la plus orthodoxe, selon laquelle, parfois, l'atteinte à la substance même du droit à l'accès aux tribunaux n'est pas incompatible avec l'article 6, sans qu'il faille procéder à un contrôle de proportionnalité ».

<sup>1562</sup> Dans un arrêt plus ancien, la Cour avait agi de la sorte en estimant que le rejet d'une demande d'assistance judiciaire en vue de se pourvoir en cassation portait atteinte à la substance même du droit garanti par l'article 6 § 1 étant donné que la législation belge imposait la représentation par un avocat pour la procédure en cassation. Concluant à une atteinte à la substance du droit, la Cour ne procède pas à un examen de proportionnalité. Voy. CEDH, arrêt *Aerts c. Belgique* du 30 juillet 1997, req. 25357/94.

<sup>1563</sup> CEDH [GC], arrêt *Zubac c. Croatie* du 5 avril 2018, req. 42527/98.

<sup>1564</sup> CEDH [GC] arrêt *Nait-Liman c. Suisse* du 15 mars 2018, req. 51357/07, §§ 117 et s.

<sup>1565</sup> *Ibid.*, opinion partiellement dissidente du juge WOJTYCZEK, § 7.

<sup>1566</sup> Dans plusieurs affaires liées au refus d'octroi de l'aide judiciaire gratuit, la Cour s'interroge sur la légitimité et la proportionnalité du système d'assistance judiciaire mis en place dans l'Etat en cause pour conclure que le droit d'accès à un tribunal n'a pas été atteint dans sa substance, voy. CEDH, arrêt *Essaadi c. France et Del Sol c. France* du 26 février 2002, req. 49384/99, §§ 23 et s., et req. 46800/99, §§ 20 et s.

<sup>1567</sup> Voy. not. CEDH, arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005, req. 68416/01, § 62.

<sup>1568</sup> Voy. CEDH, arrêt *Bakan c. Turquie* du 12 juin 2007, req. 50939/99, §§ 64 et s. Dans cette décision, la Cour évoque les deux volets de son contrôle et semble considérer qu'il y a tant une atteinte à la substance comme dans l'arrêt *Aerts c. Belgique* précité qu'une disproportion entre l'objectif poursuivi et les moyens employés par l'Etat en cause en matière de restriction de l'accès au tribunal consistant à imposer le paiement de frais de justice aux justiciables. Elle en fait de même dans un arrêt *Khamidov c. Russie* du 15 novembre 2007, req. 72118/01, § 156.

<sup>1569</sup> CEDH, arrêt *Witkowski c. Pologne* du 13 décembre 2018, req. 21497/14, § 42 et §§ 45 à 57.

**1020.** Certains auteurs considèrent que la recherche d'une éventuelle atteinte à la substance du droit par la restriction en cause serait inutile étant donné qu'une telle atteinte constitue nécessairement un manquement à l'exigence de proportionnalité, alors qu'une restriction ne passant pas le test de proportionnalité n'atteint pas nécessairement la substance du droit<sup>1570</sup>. Bien que ce constat soit correct, nous ne partageons pas la conclusion que ces auteurs en tirent. Nous considérons au contraire qu'il est indispensable que la Cour s'assure qu'une restriction au droit d'accès à un tribunal ne porte pas atteinte à la substance de ce droit, avant même de s'interroger sur sa légitimité et son caractère proportionné. Cette manière de procéder permettrait selon nous de privilégier la protection concrète et efficace du droit<sup>1571</sup>, sans risque de voir la légitimité de l'objectif poursuivi « polluer » le raisonnement de la Cour. S'interroger prioritairement sur une éventuelle atteinte à la substance du droit d'accès à un tribunal confère en effet la priorité au droit fondamental, en déterminant s'il peut souffrir telle ou telle autre restriction, quelle que soit sa justification avant de rechercher si la restriction en cause, bien que ne portant pas atteinte à la substance-même du droit, est légitime et proportionnée.

**1021.** Nous devons toutefois constater que ce n'est pas l'orientation prise par la Cour au vu des arrêts précités. Il est de surcroît évident que définir la substance du droit d'accès à un tribunal – comme de tout autre droit non absolu – n'est assurément pas une chose aisée<sup>1572</sup>, sans que cette difficulté ne nous paraisse toutefois insurmontable<sup>1573</sup>. La Cour se prononce en effet *in concreto* et peut donc à notre sens déterminer si, au vu des circonstances de l'espèce, la substance du droit en cause est atteinte. Un tel examen ne nous paraît en pratique pas plus complexe à réaliser que le test de proportionnalité.

**1022.** Le droit d'accès au tribunal peut également être restreint par la renonciation de la personne concernée à soumettre sa contestation à un tribunal au profit par exemple d'un arbitrage ou d'un règlement transactionnel<sup>1574</sup>. Cette renonciation doit néanmoins être « libre, licite et sans équivoque »<sup>1575</sup>. Vu l'importance que revêt le droit à un tribunal dans une société démocratique, la Cour estime en effet qu'une personne ne peut en perdre le bénéfice « par cela seul qu'elle a souscrit à un arrangement parajudiciaire » et qu'en ce domaine « qui relève de l'ordre public des États membres, une mesure ou solution dénoncée comme contraire à l'article 6 appelle un contrôle particulièrement attentif »<sup>1576</sup>. Aucun justiciable ne peut ainsi être contraint à renoncer à un tribunal, contrainte qui peut résulter de la crainte d'un préjudice grave qui pourrait résulter de l'absence de renonciation au droit à un tribunal<sup>1577</sup>.

---

<sup>1570</sup> Voy., VAN DROOGHENBROECK, S. et RIZCALLAH C., « art. 52-1. Limitations aux droits garantis », in PICOD, F. et VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 1083 à 1111, spéc. p. 1089

<sup>1571</sup> Pour autant bien évidemment que la Cour EDH détermine clairement ce qu'est la substance du droit d'accès à un tribunal, voy. en ce sens CEDH [GC] arrêt *Naït-Liman c. Suisse* du 15 mars 2018, req. 51357/07, opinion partiellement dissidente du juge WOJTYCZEK, §§ 7 à 9.

<sup>1572</sup> En ce sens, VAN DROOGHENBROECK, S. et RIZCALLAH C., *op. cit.*, p. 1089.

<sup>1573</sup> Le juge WOJTYCZEK propose d'ailleurs deux options relativement simples à cet égard, voy. CEDH [GC] arrêt *Naït-Liman c. Suisse* du 15 mars 2018, req. 51357/07, opinion partiellement dissidente du juge WOJTYCZEK, § 8.

<sup>1574</sup> Voy. CEDH, arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, req. 6903/75, § 49.

<sup>1575</sup> Not. CEDH, arrêt *Suda c. République Tchèque* du 28 octobre 2010, req. 1643/06, § 48.

<sup>1576</sup> *Ibid.*, § 48.

<sup>1577</sup> CEDH, arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, req. 6903/75, § 49. La simple crainte de devoir comparaître devant un tribunal ne constitue en revanche pas une « pression » incompatible avec la Convention (§ 51).

## (2) Les garanties institutionnelles : qu'est-ce qu'un « tribunal » ?

**1023.** La notion de « tribunal » est autonome, de sorte que la Cour recherche *in concreto* si une autorité nationale peut être qualifiée de tribunal, qu'elle le soit ou non comme en droit interne<sup>1578</sup>. Dans cette mesure, une autorité peut constituer un tribunal bien qu'elle ne s'intègre pas dans le système judiciaire ordinaire ; ce qui importe pour respecter l'article 6 § 1, précise la Cour, « ce sont les garanties, tant matérielles que procédurales, mises en place »<sup>1579</sup>.

**1024.** Nous verrons tout d'abord qu'un tribunal doit être en mesure de trancher le litige, sans néanmoins nécessairement devoir jouir de la plénitude de juridiction (a). Nous évoquerons ensuite les autres caractéristiques qu'il doit présenter sans les analyser (b). Elles ne présentent en effet pas d'intérêt particulier pour notre sujet d'étude.

### (a) Le tribunal ne doit pas nécessairement jouir de la plénitude de juridiction

**1025.** Sur le plan matériel, l'autorité en cause doit se caractériser par son rôle juridictionnel, à savoir

« trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »<sup>1580</sup>.

La Cour considère ainsi de manière constante que « la compétence de décider est inhérente à la notion même de "tribunal" au sens de la Convention »<sup>1581</sup> et que ne peut constituer un tribunal qu'une autorité qui assure « la solution juridictionnelle du litige »<sup>1582</sup>. Les décisions du tribunal ne peuvent de surcroît être ultérieurement infirmées par une autorité non judiciaire<sup>1583</sup>. Comme la Cour réunie en Grande chambre l'a en effet rappelé,

« un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause »<sup>1584</sup>.

**1026.** Un « tribunal » doit en principe jouir de la « plénitude de juridiction »<sup>1585</sup> et ne peut dès lors renoncer à aucune des composantes de la fonction de juger<sup>1586</sup>, sans quoi il ne pourrait prétendre exercer un « contrôle réel »<sup>1587</sup>. La plénitude de juridiction requiert en règle que le

---

<sup>1578</sup> CEDH [plénière], arrêt *Sramek c. Autriche* du 22 octobre 1984, req. 8790/79, § 36.

<sup>1579</sup> CEDH, arrêt *Rolf Gustafson c. Suède* du 1<sup>er</sup> juillet 1997, req. 23196/94, § 45.

<sup>1580</sup> *Ibid.* ainsi que CEDH [GC], arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, req. 25781/94, § 33.

<sup>1581</sup> CEDH (plénière), arrêt *Bentham c. Pays-Bas* du 23 octobre 1985, req. 8848/80, § 40.

<sup>1582</sup> *Ibid.*

<sup>1583</sup> CEDH, arrêt *Van de Hurk c. Pays-Bas* du 19 avril 1994, req. 16034/90, § 52.

<sup>1584</sup> CEDH [GC], arrêt *Brumarescu c. Roumanie* du 28 octobre 1999, req. 28342/95, § 61.

<sup>1585</sup> CEDH, arrêt *Beaumont c. France* du 24 novembre 1994, req. 15287/89, § 38.

<sup>1586</sup> CEDH, arrêt *Chevrol c. France* du 12 février 2003, req. 49636/99, § 63.

<sup>1587</sup> CEDH, arrêt *Obermeier c. Autriche* du 28 juin 1990, req. 11761/85, § 70.

tribunal « ait compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi »<sup>1588</sup>. La Cour estime que cela implique d'une part

« notamment que le juge doit disposer du pouvoir de se pencher point par point sur chacun des moyens du plaignant sur le fond, sans refuser d'examiner aucun d'entre eux, et donner des raisons claires pour leur rejet »<sup>1589</sup> ;

et d'autre part que

« quant aux faits, le juge doit pouvoir réexaminer ceux qui sont au centre du recours du plaignant »<sup>1590</sup>.

**1027.** Il ressort cependant également de la jurisprudence de la Cour que

« *the requirement that a court or tribunal should have “full jurisdiction” will be satisfied where it is found that the judicial body in question has exercised “sufficient jurisdiction” or provided “sufficient review” in the proceedings before it* »<sup>1591</sup>.

En d'autres termes, la plénitude de juridiction peut être limitée à un pouvoir de juridiction « suffisant ».

**1028.** Récemment, réunie en Grande Chambre, la Cour a ainsi souligné – dans une affaire relative au gel préventif des avoirs terroristes sur laquelle nous reviendrons – que

« le principe de pleine juridiction a été plusieurs fois tempéré par la jurisprudence de la Cour, qui lui a souvent donné une interprétation souple, notamment dans les affaires de droit administratif où la compétence de l'instance de recours était restreinte en raison de la nature technique de l'objet du litige »<sup>1592</sup>.

Un « tribunal » peut donc ne pas être en mesure de substituer sa décision à celle prise par une autre autorité – administrative par exemple – ne présentant pas toutes les garanties de l'article 6 § 1 mais uniquement de l'annuler en se fondant sur différents types de motifs<sup>1593</sup>.

**1029.** Pour déterminer si le contrôle de l'organe en cause est suffisant, la Cour analyse plusieurs critères. La Grande Chambre a jugé à ce propos que :

« 179. Afin d'évaluer si, dans un cas donné, les juridictions internes ont effectué un contrôle d'une étendue suffisante, la Cour a jugé qu'elle devait prendre en considération les compétences attribuées à la juridiction en question et des éléments tels que : a) l'objet de la décision attaquée,

---

<sup>1588</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21 juin 2016, req. 5809/08, § 128 (qui fait référence à CEDH, arrêt *Sigma Radio Television Ltd c. Chypre* du 21 juillet 2011, reqs. 32181/04 et 35122/05, §§ 151 à 157) et CEDH, arrêt *Terra Woningen B.V. c. Pays-Bas* du 17 décembre 1996, req. 20641/92, § 52 (qui se réfère not. à CEDH [plénière], arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981, reqs. 6878/75 et 7238/75, § 51 b).

<sup>1589</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21 juin 2016, req. 5809/08, § 128.

<sup>1590</sup> *Ibid.* ainsi que CEDH, arrêt *Bryan c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, req. 19178/91, § 45

<sup>1591</sup> CEDH, arrêt *Sigma Radio Television Ltd c. Chypre* du 21 juillet 2011, reqs. 32181/04 et 35122/05, § 152 confirmé notamment par CEDH [GC], arrêt *Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portugal* du 6 novembre 2018, reqs. 5391/13, 57728/13 et 74041/13, § 177.

<sup>1592</sup> CEDH [GC], arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21 juin 2016, req. 5809/08, § 130. En ce sens également CEDH [GC], arrêt *Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portugal* du 6 novembre 2018, reqs. 5391/13, 57728/13 et 74041/13, § 178.

<sup>1593</sup> Voy. notamment CEDH [GC], arrêt *Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portugal* du 6 novembre 2018, reqs. 5391/13, 57728/13 et 74041/13, § 178 ; CEDH, arrêt *Bryan c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, req. 19178/91, § 44 ; CEDH, arrêt *Chaudet c. France* du 29 octobre 2009, req. 49037/06, § 37.

plus particulièrement le point de savoir si celle-ci a trait à une question spécialisée exigeant des connaissances ou une expérience professionnelles ou si, et dans quelle mesure, elle implique l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration ; b) la méthode suivie pour parvenir à cette décision et, en particulier, les garanties procédurales existant dans le cadre de la procédure devant l'autorité administrative ; et c) la teneur du litige, y compris les moyens de recours, tant souhaités que réellement développés (*Sigma Radio Television Ltd*, précité, § 154, *Tsanova-Gecheva*, précité, § 98, et les affaires qui y sont citées, à savoir, notamment, *Bryan c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 45, série A no 335-A, et *Galina Kostova*, précité, § 59).

180. Lorsqu'elle recherche si le dispositif législatif dans son ensemble permet un contrôle adéquat des faits, la Cour doit aussi tenir compte de la nature et des objectifs de ce dispositif. En effet, en ce qui concerne les recours administratifs, la question de savoir si l'étendue du contrôle juridictionnel a été suffisante dépend non seulement de la nature discrétionnaire ou technique de l'objet de la décision attaquée et de l'aspect particulier que le requérant entend présenter devant les tribunaux comme étant le point central pour lui mais aussi, plus généralement, de la nature des « droits et obligations de caractère civil » en jeu et de la nature des objectifs de la politique poursuivie par la législation sous-jacente (*Fazia Ali c. Royaume-Uni*, no 40378/10, § 84, 20 octobre 2015).

181. Le point de savoir si un contrôle juridictionnel d'une étendue suffisante a été effectué dépendra donc des circonstances de chaque affaire : la Cour doit dès lors se borner autant que possible à examiner la question soulevée par la requête dont elle est saisie et à déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, le contrôle opéré était adéquat (*Sigma Radio Television Ltd*, précité, § 155, et *Potocka et autres c. Pologne*, no 33776/96, § 54, CEDH 2001-X) »<sup>1594</sup>.

**1030.** La capacité de contrôle du tribunal sur tout ou partie des éléments de fait peut donc être restreinte dans des domaines juridiques particuliers caractérisés par leur technicité

« en particulier lorsque les faits ont auparavant été établis au cours d'une procédure quasi judiciaire respectant nombre des exigences de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) »<sup>1595</sup>.

Il est dans ce cadre néanmoins établi<sup>1596</sup> que si l'organe en cause est empêché de trancher la question centrale du litige, le cas échéant factuelle<sup>1597</sup>, l'étendue de son contrôle ne peut être jugée suffisante au regard de l'article 6 et qu'il ne peut donc être qualifiée de « tribunal »<sup>1598</sup>. Il devra en outre être en mesure, en matière administrative « d'apprécier la proportionnalité entre la faute commise et la sanction infligée »<sup>1599</sup>.

**1031.** Comme nous l'avons vu ci-dessus, le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu. Il a été jugé que le restreindre en ne conférant pas au tribunal la plénitude de juridiction, ou en lui

---

<sup>1594</sup> CEDH [GC], arrêt *Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portugal* du 6 novembre 2018, reqs. 5391/13, 57728/13 et 74041/13, §§ 179 à 181. La Grande Chambre a ainsi consacré une jurisprudence déjà bien établie, voy. not. CEDH, arrêt *Sigma Radio Television Ltd c. Chypre* du 21 juillet 2011, reqs. 32181/04 et 35122/05, § 155. Comme exemples de contrôle, outre les arrêts précités, voy. CEDH, arrêt *Obermeier c. Autriche* du 28 juin 1990, req. 11761/85, § 70 ; CEDH, arrêt *Zumtobel c. Autriche* du 21 septembre 1993, req. 12235/86, §§ 31 et 32 (non-violation) ; CEDH, arrêt *Bryan c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, req. 19178/91, §§ 44 à 47 (non-violation) ; CEDH, arrêt *Terra Woningen B.V. c. Pays-Bas* du 17 décembre 1996, req. 20641/92, § 55 ; CEDH, arrêt *Chaudet c. France* du 29 octobre 2009, req. 49037/06, § 37 (non-violation).

<sup>1595</sup> CEDH, arrêt *Bryan c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, req. 19178/91, § 47.

<sup>1596</sup> CEDH [GC], arrêt *Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portugal* du 6 novembre 2018, reqs. 5391/13, 57728/13 et 74041/13, §§ 182 et 203.

<sup>1597</sup> CEDH, arrêt *Terra Woningen B.V. c. Pays-Bas* du 17 décembre 1996, req. 20641/92, § 54.

<sup>1598</sup> CEDH, arrêt *Sigma Radio Television Ltd c. Chypre* du 21 juillet 2011, reqs. 32181/04 et 35122/05, § 157.

<sup>1599</sup> CEDH [GC], arrêt *Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portugal* du 6 novembre 2018, reqs. 5391/13, 57728/13 et 74041/13, § 201.

reconnaissant un pouvoir de juridiction plus limité, n'impliquait en conséquence pas nécessairement une violation de l'article 6 § 1<sup>1600</sup>. Dans cette hypothèse, la Cour devrait en règle s'adonner au double test d'une atteinte éventuelle à la substance du droit d'accès et de la proportionnalité de la mesure<sup>1601</sup>.

**1032.** Dans certaines affaires plus anciennes, après avoir constaté que l'organe juridictionnel en cause ne disposait pas de la plénitude de juridiction, la Cour a néanmoins considéré qu'il y avait violation de l'article 6 § 1, sans avoir expressément établi une atteinte à la substance du droit à un tribunal et sans avoir conclu au caractère illégitime ou disproportionné de la restriction en cause<sup>1602</sup>. Réunie en Grande Chambre, la Cour a également jugé qu'il n'existait « aucune raison » pour qu'elle s'écarte du constat de violation de l'article 6 § 1 prononcé préalablement par une de ses sections, fondé sur l'absence de pouvoir de pleine juridiction dans le chef de deux organes juridictionnels – sans toutefois à nouveau faire état de l'existence éventuelle d'une atteinte à la substance du droit ou à l'illégitimité voire au caractère disproportionné de la restriction en cause<sup>1603</sup>. Plus récemment, la Grande Chambre a également conclu à la violation de l'article 6, § 1, en raison de l'insuffisance du contrôle opéré par la juridiction en cause et de l'absence d'audience publique, sans examen exprès de la compatibilité de cette restriction avec la substance du droit d'accès ou de son caractère proportionné<sup>1604</sup>. Une fois de plus, la jurisprudence de la Cour EDH n'est donc pas aisée à appréhender.

---

<sup>1600</sup> CEDH [GC], arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21 juin 2016, req. 5809/08, § 129. Voy. également CEDH, arrêt *Tinnelly & Sons ltd et autres et Mc Elduff et autres c. Royaume-Uni* du 10 juillet 1998, req. 20390/92, §§ 72 à 79, dont se revendique également CEDH, arrêt *Aleksandar Sabev c. Bulgarie* du 19 juillet 2018, req. 43503/08, § 57.

<sup>1601</sup> Voy. par exemple CEDH, arrêt *Tinnelly & Sons ltd et autres et Mc Elduff et autres c. Royaume-Uni* du 10 juillet 1998, req. 20390/92, §§ 72 à 79 (uniquement test de proportionnalité réalisé cependant). Voy. également CEDH, arrêt *Aleksandar Sabev c. Bulgarie* du 19 juillet 2018, req. 43503/08, § 57. Notons toutefois dans ce dernier cas que la Cour ne conclut pas expressément à une atteinte à la substance du droit à un tribunal ou à l'existence d'une atteinte illégitime ou disproportionnée audit droit mais conclut simplement que : « À la lumière des éléments ci-dessus, la Cour estime que le litige lié au licenciement du requérant n'a pas été examiné par un tribunal disposant de la « pleine juridiction » pour se pencher sur toutes les circonstances factuelles et juridiques pertinentes en l'espèce. Il y donc eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention, sous son volet civil » (§ 59).

<sup>1602</sup> Not. CEDH, arrêt *Obermeier c. Autriche* du 28 juin 1990, req. 11761/85, § 70 et CEDH, arrêt *Terra Woningen B.V. c. Pays-Bas* du 17 décembre 1996, req. 20641/92, § 55.

<sup>1603</sup> CEDH [GC], arrêt *Kingsley c. Royaume-Uni* du 28 mai 2002, req. 35605/97, § 34.

<sup>1604</sup> CEDH [GC], arrêt *Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portugal* du 6 novembre 2018, reqs. 5391/13, 57728/13 et 74041/13, §§ 193 et s. La Cour conclut son raisonnement comme suit : « À la lumière de ce qui précède, la Cour conclut que, dans les circonstances de l'espèce – compte tenu notamment du contexte particulier des procédures disciplinaires, qui étaient dirigées contre une juge, de la gravité des sanctions, du fait que les garanties procédurales devant le CSM étaient restreintes et de la nécessité d'apprécier des éléments factuels touchant à la crédibilité de la requérante et des témoins et constituant des points décisifs – le cumul des deux éléments que sont, d'une part, l'insuffisance du contrôle juridictionnel opéré par la section du contentieux de la Cour suprême et, d'autre part, l'absence d'audience tant au stade de la procédure disciplinaire qu'à celui du contrôle juridictionnel a eu pour conséquence que la cause de la requérante n'a pas été entendue dans le respect des exigences de l'article 6 § 1 de la Convention » (§ 214).

**(b) Les autres garanties : légalité, indépendance, impartialité, ...**

**1033.** Notons enfin que le « tribunal » ne doit pas uniquement être doté d'un pouvoir de juridiction suffisant, mais qu'il doit être « établi par la loi »<sup>1605</sup> et « remplir une série d'autres conditions – indépendance, notamment à l'égard de l'exécutif, impartialité, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure – dont plusieurs figurent dans le texte même de l'article 6 § 1 »<sup>1606</sup>.

**1034.** Ces garanties ne soulèvent néanmoins pas de difficulté particulière par rapport à l'objet de notre étude et ne nécessitent donc pas ici une analyse fouillée.

**(3) Les contestations civiles doivent être tranchées équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable**

**1035.** Outre le droit d'accès à un tribunal et les garanties institutionnelles précitées, l'article 6, § 1 impose le respect de diverses exigences procédurales. Nous les évoquons ci-dessous en nous attachant davantage sur l'exigence d'équité (a), que sur celles de publicité (b) et de respect du délai raisonnable (c), qui soulèvent moins de difficultés au regard de l'objet de notre étude.

**(a) La procédure civile considérée dans son ensemble doit être équitable**

**1036.** La première de ces exigences est l'équité. La Cour a en effet souligné à de nombreuses reprises « la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique »<sup>1607</sup>. Cette place « si éminente qu'occupe le droit à un procès équitable » dans une société démocratique conduit à ce qu'une « interprétation restrictive de l'article 6 § 1 ne se justifie pas »<sup>1608</sup>. En outre, l'exigence d'équité est valable pour toute la procédure et non

---

<sup>1605</sup> Sur cette question, voy. not. CEDH *Lavents c. Lettonie* du 28 novembre 2002, req. 58442/00, § 114 ; CEDH, arrêt *Sokourenko et Strygun c. Ukraine* du 20 juillet 2006, reqs. 29458/04 et 29465/04, §§ 22 à 24 ; CEDH, arrêt *Savino e.a. c. Italie* du 28 avril 2009, reqs. 17214/05 42113/04 20329/05, § 94.

<sup>1606</sup> CEDH [GC], arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, req. 25781/94, § 33. Voy. à propos de l'indépendance et de l'impartialité, CEDH [plénière], arrêt *Sramek c. Autriche* du 22 octobre 1984, req. 8790/79, § 42 (indépendance par rapport aux autres parties) ; CEDH, arrêt *Beaumartin c. France* du 24 novembre 1994, req. 15287/89, § 38 (indépendance par rapport aux autres parties) ; CEDH [GC], arrêt *Kleyn e.a. c. Pays-Bas* du 6 mai 2003, reqs. 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, §§ 190 et s. (notions d'indépendance et d'impartialité) ; CEDH [GC], arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009, req. 17056/06, § 93 (notion d'impartialité d'un organe juridictionnel) ; CEDH, arrêt *Crompton c. Royaume-Uni* du 27 octobre 2009, req. 42509/05, § 79 et CEDH [GC], arrêt *Denisov c. Ukraine* du 25 septembre 2018, req. 76639/11, § 65 (remède au défaut d'indépendance et d'impartialité de l'organe de décision) ; CEDH, arrêt *Agrokomplex c. Ukraine* du 6 octobre 2011, req. 23465/03, § 136 (obligation des autorités publiques d'exécuter les décisions judiciaires).

<sup>1607</sup> Not. CEDH, arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, req. 6289/73, § 24 ainsi que plus récemment CEDH [GC], arrêt *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* du 12 juillet 2001, req. 42527/98, § 45 ; CEDH [GC] arrêt *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012, req. 36760/06, § 231 ; CEDH [GC], arrêt *Zubac c. Croatie* du 5 avril 2018, *op. cit.*, § 77.

<sup>1608</sup> CEDH, arrêt *Moreira de Azevedo c. Portugal* du 23 octobre 1990, req. 112964, § 66.



seulement les audiences contradictoires<sup>1609</sup>. La Cour examine néanmoins la procédure dans son ensemble pour déterminer si elle a été équitable<sup>1610</sup>,

« eu égard à toutes les circonstances pertinentes, y compris la nature du litige et le caractère de la procédure en cause, la manière dont les preuves ont été évaluées et le point de savoir si la procédure a fourni au requérant une occasion de présenter sa cause dans des conditions ne le plaçant pas dans une situation de net désavantage »<sup>1611</sup>.

Dans cette mesure, un défaut d'équité ne conduit pas *de facto* à une violation du droit à un procès équitable s'il a pu être corrigé à un stade ultérieur de la procédure ou par une juridiction supérieure<sup>1612</sup>. Il est de plus certain que l'équité au sens de l'article 6 de la Convention vise l'équité procédurale mais non « l'équité "substantielle" notion qui se trouve à la limite du droit et de l'éthique et que seul le juge du fond peut appliquer »<sup>1613</sup>. Il incombe enfin aux Etats de veiller à ce que les conditions d'un procès équitables soient respectées<sup>1614</sup>.

**1037.** Nous précisons désormais les composantes essentielles du droit à un procès équitable, en commençant par les principes du contradictoire et de l'égalité des armes (*i*). Ensuite, dans le sillage du *Guide sur l'interprétation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*<sup>1615</sup> consacré à son volet civil, nous mettons en évidence certaines des garanties transversales, elles qui nous paraissent pertinentes pour notre propos et que nous n'avons pas encore évoquées précédemment, permettant d'assurer le caractère effectif du droit à un procès équitable, et notamment du principe du contradictoire et de celui de l'égalité des armes. Il s'agit plus précisément de l'obligation de contrôle effectif et de motivation (*ii*) et du droit d'information et de préparer sa défense (*iii*). Parallèlement, la Cour affirme de manière constante qu'il ne lui appartient pas, en règle, de remettre en cause l'appréciation des faits et des preuves par le juge national (*iv*) et que toute procédure implique des droits et des devoirs pour les justiciables (*v*).

(i) *Le contradictoire et l'égalité des armes : des garanties fondamentales... très relatives*

**1038.** Comme nous l'avons déjà évoqué, le

---

<sup>1609</sup> CEDH, arrêt *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce* du 19 décembre 1994, req. 13427/87, § 49.

<sup>1610</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Centro Europa 7 S.C.R.L. et Di Stefano c. Italie* du 7 juin 2012, req. 38433/09, § 197 ainsi que CEDH, arrêt *Dombo Beheer b.v. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, req. 14448/88, § 31 et CEDH, arrêt *Ankerl c. Suisse* du 23 octobre 1996, req. 17748/91, § 38.

<sup>1611</sup> CEDH, arrêt *Helle c. Finlande* du 19 décembre 1997, req. 20772/92, § 53.

<sup>1612</sup> *Ibid.*, §§ 54 à 61 (non-violation). Voy. également CEDH [GC], arrêt *Regner c. République tchèque* du 19 septembre 2017, req. 35289/11, § 148. CEDH, arrêt *Schuler-Zraggen c. Suisse* du 24 juin 1993, req. 14518/89, § 52 (non-violation) et CEDH, arrêt *Albert et Le Compte* du 10 février 1983, reqs. 7299/75 et 7496/76, § 34 (violation).

<sup>1613</sup> *Guide sur l'application de l'article 6 de la Convention (volet civil)*, *op. cit.*, p. 55, § 276 (avec référence à CEDH, décision *Star Cate - Epilekta Gevmata et autres c. Grèce* du 6 juillet 2010, req. 54111/07, relative au caractère inéquitable de l'indemnisation reçue à la suite de leur expropriation).

<sup>1614</sup> CEDH, arrêt *Dombo Beheer b.v. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, req. 14448/88, § 33.

<sup>1615</sup> *Guide sur l'interprétation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable (volet civil)*, *op. cit.*, p. 60.

« principe du contradictoire et celui de l'égalité des armes, étroitement liés entre eux, sont des éléments fondamentaux de la notion de "procès équitable" au sens de l'article 6 § 1 de la Convention »<sup>1616</sup>.

### Ces principes

« exigent un "juste équilibre" entre les parties : chacune doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires »<sup>1617</sup>.

### Ils imposent également au tribunal saisi de la contestation

« l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre »<sup>1618</sup>.

A défaut, une partie serait en effet placée dans une position beaucoup plus avantageuse et la contradiction ne serait que théorique ou illusoire<sup>1619</sup>. Le principe du contradictoire et celui de l'égalité des armes doivent en règle être interprétés de la même manière en matière civile et en matière pénale<sup>1620</sup>. Enfin, ces principes

« s'appliquent également dans le domaine particulier de la signification et de la notification aux parties des actes judiciaires »<sup>1621</sup>.

### 1039. Plus concrètement, le principe du contradictoire

« implique en principe la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter »<sup>1622</sup>.

Il nécessite, pour être effectif, que le justiciable dispose du temps suffisant pour consulter ces éléments et discuter leur existence, authenticité et contenu, le cas échéant par écrit<sup>1623</sup>. Le juge est également soumis au principe du contradictoire en ce sens qu'il doit permettre aux parties de discuter le moyen ou l'exception qu'il envisage de soulever d'office afin qu'elles ne soient

---

<sup>1616</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Avotiņš c. Lettonie* du 23 mai 2016, req. 17502/07, § 119 et CEDH [GC], arrêt *Regner c. République tchèque* du 19 septembre 2017, req. 35289/11, § 146.

<sup>1617</sup> *Ibid* ainsi notamment que CEDH, arrêt *Dombo Beheer b.v. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, req. 14448/88, § 33 et CEDH, arrêt *Helle c. Finlande* du 19 décembre 1997, req. 20772/92, § 53 et CEDH, arrêt *Donadze c. Georgie* du 7 mars 2006, req. 74644/01, § 31.

<sup>1618</sup> CEDH, arrêt *Donadze c. Georgie* du 7 mars 2006, req. 74644/01, § 31. Voy. également CEDH [GC], arrêt *Perez c. France* du 12 février 2004, req. 47287/99, § 80.

<sup>1619</sup> *Ibid*. à la lumière de l'arrêt *Goktepe c. Belgique* du 2 juin 2005, req. 50372/99, § 25 auquel il est fait référence.

<sup>1620</sup> CEDH, arrêt *Dombo Beheer b.v. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, req. 14448/88, § 32. Voy. également CEDH, arrêt *Werner c. Autriche* du 24 novembre 1997, req. 21835/93, § 63 et plus récemment *Bartaia c. Géorgie* du 26 juillet 2018, *op. cit.*, § 28. Dans l'arrêt *Donadze c. Georgie* du 7 mars 2006, req. 74644/01, § 31, il est d'ailleurs intéressant de relever que la Cour se réfère à l'arrêt *Goktepe c. Belgique* du 2 juin 2005, req. 50372/99, § 25 rendu en matière pénale pour établir les contours de son examen de conformité au procès équitable.

<sup>1621</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Avotiņš c. Lettonie* 23 mai 2016, req. 17502/07, § 119.

<sup>1622</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Vermeulen c. Belgique* du 20 février 1996, req. 190751, § 33 ; CEDH [GC], arrêt *Kress c. France* du 7 juin 2001, req. 39594/98, § 74 ; CEDH, arrêt *Dağtekin et autres c. Turquie* du 13 décembre 2007, req. 70516/01, § 32. Pour une bonne synthèse à ce propos, voy. CEDH, arrêt *Čepek c. République tchèque* du 5 septembre 2013, req. 9815/10, §§ 44 à 50.

<sup>1623</sup> Not., CEDH, arrêt *Krcmar et autres c. République tchèque* du 3 mars 2000, req. 35376/97, § 42 et CEDH, arrêt *Yvon c. France* du 24 avril 2003, req. 44962/98, § 39.

pas « prises au dépourvu »<sup>1624</sup>. Il revient en outre aux parties de déterminer si une pièce ou un quelconque élément porté à la connaissance du juge mérite ou non d'être commenté<sup>1625</sup>.

**1040.** Le principe de l'égalité des armes impose quant à lui à l'Etat de veiller à ce chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause et ses preuves dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires<sup>1626</sup>. Chaque partie doit dès lors être avertie de dépôt d'observations par une autre et pouvoir y répondre si elle l'estime nécessaire<sup>1627</sup>. L'égalité des armes n'implique donc pas que les parties doivent être dans une situation de stricte égalité mais bien qu'un équilibre procédural soit garanti<sup>1628</sup>.

**1041.** Le droit à une procédure respectant les principes du contradictoire et de l'égalité des armes n'est cependant pas absolu, comme l'illustre l'arrêt *Regner c. République tchèque* prononcé en septembre 2017 en Grande Chambre<sup>1629</sup>.

**1042.** La Cour y procède notamment à l'analyse de la compatibilité avec le droit à un procès équitable d'une procédure de retrait d'une attestation de sécurité. Cette dernière a pour particularité d'avoir été menée sans que les éléments factuels à l'origine de la procédure et ayant fondé tant le retrait que les décisions judiciaires sur le recours contre la décision, ne soient

---

<sup>1624</sup> Not. CEDH, arrêt *Clinique des Acacias et autres c. France* du 13 octobre 2005, reqs. 65399/01, 65406/01, 65405/01 et 65407/01, §§ 38 à 43 et CEDH, arrêt *Čepék c. République Tchèque* du 5 septembre 2013, req. 9815/10, § 48. Dans ce second arrêt la Cour indique de manière très claire que : « Le principe du contradictoire commande que les tribunaux ne se fondent pas dans leurs décisions sur des éléments de fait ou de droit qui n'ont pas été discutés durant la procédure et qui donnent au litige une tournure que même une partie diligente n'aurait pas été en mesure d'anticiper » (§ 48).

<sup>1625</sup> Not. CEDH, arrêt *K.S. c. Finlande* du 31 mai 2001, req. 29346/95, § 23 et CEDH, arrêt *Hudakova et autres c. Slovaquie* du 27 avril 2010, req. 23083/05, § 27.

<sup>1626</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Regner c. République tchèque* du 19 septembre 2017, req. 35289/11, § 146. Voy. également CEDH, arrêt *Dombo Beheer b.v. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, req. 14448/88, § 33 ; CEDH, arrêt *Yvon c. France* du 24 avril 2003, req. 44962/98, § 31 ; CEDH, arrêt *Dağtekin et autres c. Turquie* du 13 décembre 2007, req. 70516/01, § 32.

<sup>1627</sup> Not. CEDH, *Apeh Uldozotteinek Szövetsége et autres c. Hongrie* du 5 octobre 2000, req. 32367/96, § 42.

<sup>1628</sup> Dans un l'arrêt précité *Yvon c. France* du 24 avril 2003, la Cour réalise les observations suivantes avant de conclure à un défaut d'égalité des armes : « En résumé, dans la procédure en fixation des indemnités, l'exproprié se trouve confronté non seulement à l'autorité expropriante mais aussi au commissaire du Gouvernement ; le commissaire du Gouvernement et l'expropriant – lequel est dans certains cas représenté par un fonctionnaire issu des mêmes services que le premier – bénéficient d'avantages notables dans l'accès aux informations pertinentes ; en outre, le commissaire du Gouvernement, à la fois expert et partie, occupe une position dominante dans la procédure et exerce une influence importante sur l'appréciation du juge (voir, *mutatis mutandis*, *Bönisch c. Autriche*, arrêt du 6 mai 1985, série A no 92). Selon la Cour, tout cela crée, au détriment de l'exproprié, un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes » (§ 37). Dans l'arrêt également précité *Dombo Beheer b.v. c. Pays-bas* du 27 octobre 1993, l'inégalité des armes résultait du refus de la Cour d'entendre le représentant de la partie requérante alors qu'elle avait accepté d'entendre le témoin la partie adverse et ce pour déterminer le contenu d'une réunion à laquelle seule ces deux personnes avaient participé. Dans l'arrêt *Regner c. République Tchèque*, le requérant mettait en évidence que le retrait d'une attestation de sécurité était basé sur des documents classifiés pour garantir la sécurité nationale auxquels ni lui, ni son conseil n'avaient pu avoir accès mais qui avaient été soumis au juge national. Ce dernier s'était par ailleurs lui-même expressément opposé à ce que lesdites informations soient communiquées au requérant en cours d'instance. Ces informations fondaient la procédure de sorte que la décision de retrait du juge national était motivée de manière très peu argumentée sur le plan factuel. La Cour a néanmoins considéré que la procédure dans son ensemble, qui prévoyait notamment une possibilité pour le juge national d'imposer la communication de certains documents et qui réservait à ce dernier la possibilité de réaliser un contrôle plus large que celui fondé sur les motifs invoqués par le requérant avait permis de « compenser » les restrictions apportées aux droits du requérant, dont le droit à un procès équitable n'avait dès lors pas été violé.

<sup>1629</sup> CEDH [GC], arrêt *Regner c. République tchèque* du 19 septembre 2017, req. 35289/11, §§ 147 et s.

jamais communiqués au requérant. L'Etat invoquait des intérêts nationaux supérieurs pour justifier cet état de fait. La Cour lui reconnaît à cet égard « une certaine marge d'appréciation », après avoir souligné le caractère relatif des droits découlant du principe du contradictoire et de celui de l'égalité des armes (§§ 147-148). Elle précise néanmoins, en se référant à sa jurisprudence en matière pénale, que la limitation apportée à l'obligation de la divulgation des preuves doit être mise en concurrence avec les droits du justiciable, et que n'est « légitime » que celle qui ne porte pas atteinte à la substance du droit à procès équitable. Elle estime en conséquence que les

« difficultés causées à la partie requérante par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires » (§ 149).

**1043.** Il découle du raisonnement de la Cour, qu'elle considère devoir déterminer si des compensations suffisantes ont été apportées au regard du droit à un procès équitable considéré globalement et non par rapport aux seuls principes du contradictoire et de l'égalité des armes (§ 151). Elle se donne en effet pour mission

« d'examiner si les limitations ainsi imposées ont atteint le droit du requérant à un procès équitable dans sa substance » (§ 151).

La Cour relève dans ce cadre que les juridictions en cause sont indépendantes et impartiales (§ 152), ont accès à tous les documents « pertinents » (§ 152), sont compétentes pour connaître de l'ensemble des faits de l'espèce sans être limitées aux moyens invoqués par le requérant (§ 153) et ont entendu le requérant qui a formulé des observations écrites (§ 153). Elle indique regretter que le droit tchèque n'ait pas prévu que le requérant puisse être informé, à tout le moins sommairement, dans le cadre de la procédure, de la substance des reproches dont il fait l'objet, de sorte qu'il ne dût pas organiser sa défense à l'« aveugle » comme en l'espèce (§153). Elle estime cependant que les juridictions nationales ont

« dûment exercé les pouvoirs de contrôle dont elles disposaient dans ce type de procédure, à l'égard tant de la nécessité de maintenir la confidentialité des documents classés que de la justification du retrait de l'attestation de sécurité du requérant, motivant leurs décisions au regard des circonstances concrètes » (§ 154).

**1044.** D'une part, quant au maintien de la confidentialité, la Cour estime que

« rien ne permet de penser que la classification des documents en cause ait été décidée de manière arbitraire ou dans un objectif autre que l'intérêt légitime présenté comme étant poursuivi » (§ 155).

Elle parvient à ce constat en se fondant sur la motivation de la juridiction nationale suprême qui avait considéré qu'il fallait maintenir la confidentialité des documents classifiés pour éviter

« la divulgation des méthodes de travail du service de renseignements, la révélation de ses sources d'information ou des tentatives d'influence d'éventuels témoins »

et qu'

« en vertu de la loi, il n'était pas possible d'indiquer où précisément résidait le risque pour la sécurité ni d'indiquer de manière précise les considérations à la base de la conclusion constatant un tel risque, les raisons et considérations à l'origine de la décision (...) trouvant leur origine exclusive dans les informations classifiées » (§ 155).

En outre, les juridictions nationales elles-mêmes se sont opposées à la déclassification de certains documents, qui sont dès lors demeurés secrets, ce qui paraît dans le raisonnement de la Cour justifier que leur contenu n'ait pu être repris dans les motifs de leur décision (§ 158).

**1045.** D'autre part, sur le défaut de motivation des décisions rendues par les juridictions nationales invoqué – découlant de l'absence d'informations sur les faits à l'origine de l'acte contesté –, la Cour paraît finalement se satisfaire des motifs communiqués, en dépit de leur caractère à notre estime très peu concret (§ 156)<sup>1630</sup>. Comme pour appuyer sa position, elle souligne encore que le requérant a fait l'objet de poursuites – postérieures toutefois à la procédure nationale litigieuse – et affirme qu'elle

« trouve compréhensible que quand de tels soupçons existent, les autorités estiment nécessaire d'agir rapidement sans attendre l'issue de l'enquête pénale, tout en évitant la révélation, à un stade précoce, des soupçons pesant sur les intéressés, ce qui risquerait d'handicaper l'enquête pénale » (§ 157).

Elle affirme également que les autorités tchèques avaient le droit de ne pas lever la confidentialité d'une pièce « qui a servi de fondement à la décision défavorable pour le requérant » à la lumière de la jurisprudence nationale...postérieure à la procédure en cause et en conclut que l'application de la loi par les juridictions tchèques en l'espèce n'était donc pas déraisonnable ou arbitraire (§ 159). La Cour poursuit son raisonnement en indiquant – à nouveau – qu'il

« aurait été bienvenu que, dans toute la mesure compatible avec la préservation de la confidentialité et de la bonne conduite des investigations visant le requérant, les instances nationales, à tout le moins la Cour administrative suprême, eussent explicité ne fût-ce que sommairement, l'intensité du contrôle auquel elles s'étaient livrées et les reproches retenus à l'encontre du requérant ».

Il n'en demeure pas moins qu'eu égard

« à l'ensemble de la procédure, à la nature du litige et à la marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales, (...) les limitations subies par le requérant dans la jouissance des droits qu'il tirait des principes du contradictoire et de l'égalité des armes ont été compensées de telle manière que le juste équilibre entre les parties n'a pas été affecté au point de porter atteinte à la substance même du droit du requérant à un procès équitable » (§ 161).

**1046.** Cet arrêt nous paraît peu convaincant à plusieurs égards. Tout d'abord, la Cour avait précisément relevé que l'une des deux atteintes concrètes aux droits du requérant était que les motifs de la décision de retrait ne lui avaient pas été communiqués. Or, elle paraît considérer que cette restriction a été compensée par le contrôle opéré par les juridictions nationales dont elle confirme toutefois qu'il n'a pas permis d'éclairer davantage le requérant sur ce qui lui était reproché, en ce compris à la lecture des jugements rendus. De plus, la Cour affirme qu'il lui est en réalité impossible de « se prononcer sur l'intensité du contrôle auquel les juridictions

---

<sup>1630</sup> La Cour indique que « la Cour administrative suprême a considéré qu'il se dégageait à l'exclusion de tout doute des documents classifiés que le requérant ne remplissait plus les conditions légales pour pouvoir être mis au secret. Elle a observé que le risque le concernant tenait à son comportement, qui nuisait à sa crédibilité et à sa capacité à tenir le secret. Elle releva par ailleurs que le document confidentiel émanant du service de renseignements contenait des informations concrètes, complètes, détaillées et relatives au comportement et au mode de vie du requérant, lesquelles permettaient en l'espèce de s'assurer de leur pertinence quant à savoir si le requérant présentait un risque pour la sécurité nationale » (§ 156).

nationales se sont livrées » (§ 158). Le maintien du caractère secret des documents sur base desquels la décision en cause a été adoptée, qui justifie le défaut de motivation, serait donc compensé par le contrôle opéré par les juridictions nationales, dont la Cour indique ne pas être mesure d'évaluer l'intensité. Un tel raisonnement ne manque pas surprendre. La Cour EDH paraît encore déduire de la décision des juridictions nationales de maintenir le secret des documents en cause, le caractère légitime et non entaché d'arbitraire de la décision initiale de les classer secrets. Elle affirme de surcroît que les juridictions nationales ont pu, sans tomber dans l'arbitraire, refuser de déclassifier un document essentiel en se basant sur une interprétation donnée à la loi tchèque postérieurement à la procédure nationale et sans évaluer la compatibilité de l'interprétation donnée à l'époque à la loi tchèque avec la Convention. Par ailleurs, la Cour justifie l'adoption de mesures rapides par les autorités, « sans attendre l'issue de l'enquête pénale », en raison de soupçons pesant sur le requérant tout en relevant que les poursuites sont postérieures à la décision administrative en cause et sans relever, par exemple, qu'il disposait d'un recours quelconque s'il était *in fine* blanchi de ces accusations.

**1047.** Au vu de ce qui précède, il est donc difficile de suivre la Cour lorsqu'elle indique que la procédure dans son ensemble a permis de compenser les atteintes aux droits découlant du principe du contradictoire et de celui de l'égalité des armes de sorte que leur substance n'a pas été atteinte. Nous n'apercevons au contraire pas ce qu'il est resté de ces droits puisque finalement le requérant n'a jamais su au cours de la procédure ce qui fondait la décision qu'il attaquait et s'est donc manifestement trouvé dans une situation de net désavantage par rapport à l'autorité publique qui avait pris la décision lors du processus juridictionnel<sup>1631</sup>. Nous regrettons à cet égard l'opacité des motifs de l'arrêt ainsi que l'absence de contrôle de proportionnalité. Il s'agit cependant à notre connaissance de l'arrêt le plus récent rendu en Grande Chambre relativement aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes en matière civile.

**1048.** Outre cette décision contestable, il ressort de la jurisprudence que dans

« quelques affaires aux circonstances très particulières, la Cour a estimé, par exemple, que la non-communication d'une pièce de la procédure et l'impossibilité pour le requérant de la discuter n'avaient pas porté atteinte à l'équité de la procédure, dans la mesure où cette faculté n'aurait eu aucune incidence sur l'issue du litige et où la solution juridique retenue ne prêtait guère à discussion »<sup>1632</sup>.

---

<sup>1631</sup> Voy. en ce sens l'opinion en partie dissidente commune aux Juges *Raimondi, Sicilianos, Spano, Ravarani* et *Pastor Vilanova* (qui conclut à la violation de l'article 6 § 1 vu l'absence totale de communication au requérant des éléments retenus pour fonder la décision en cause) ainsi que l'opinion en partie dissidente du Juge *Serghides*. Ce dernier appelle notamment à une interprétation extensive du droit à un procès équitable et à une interprétation restrictive de toute exception implicite à celui-ci. Il soutient également que cet arrêt s'écarte de la jurisprudence antérieure de la Cour et notamment de l'arrêt *Dağtekin et autres c. Turquie* précité et d'un arrêt *Užukauskas c. Lituanie* du 6 juillet 2010, req. 16965/04. Il conclut pour sa part à une violation de l'article 6 § 1 qui a été selon lui « anéanti » (§ 75).

<sup>1632</sup> CEDH, arrêt *Čepék c. République Tchèque* du 5 septembre 2013, req. 9815/10, § 46. La Cour fait référence aux arrêts *Stepínska c. France* du 15 juin 2004, req. 1814/02, § 18 ; *Salé c. France* du 21 mars 2006, req. 39765/04, § 19 ; *Verdú Verdú c. Espagne* du 15 février 2007, req. 43432/02, § 28. Il s'agit d'affaires dans lesquelles l'action devant le juge national du requérant était manifestement irrecevable. Voy. également sur le caractère non absolu du droit à une procédure contradictoire, CEDH, arrêt *Hudakova et autres c. Slovaquie* du 27 avril 2010, req. 23083/05, §§ 26 et CEDH [GC], arrêt *Regner c. République tchèque* du 19 septembre 2017, req. 35289/11, § 146.

(ii) *Obligation de contrôle effectif et de motivation : examiner les éléments de la contestation et le montrer*

**1049.** Tout d'abord, le tribunal saisi de la contestation a

« l'obligation de se livrer à un examen effectif des de la contestation des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre »<sup>1633</sup>.

**1050.** Pour montrer aux parties qu'il a respecté cette obligation et leur permettre d'évaluer l'opportunité de faire appel de la décision, le tribunal doit motiver sa décision<sup>1634</sup> en répondant aux « moyens de défense essentiels »<sup>1635</sup> mais pas nécessairement « en donnant une réponse détaillée à chaque argument »<sup>1636</sup>. La compatibilité de la motivation avec le droit à un procès équitable doit ainsi être analysée à la lumière des circonstances de l'espèce, en tenant compte

« notamment de la diversité des moyens qu'un plaideur peut soulever en justice et des différences dans les Etats contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts »<sup>1637</sup>.

(iii) *Le justiciable doit être informé de ce que sait le tribunal et pouvoir s'y préparer*

**1051.** Il ressort de la jurisprudence que le tribunal devrait communiquer au justiciable les pièces sur base desquelles il tranchera le litige<sup>1638</sup>, ou à tout le moins l'informer de leur dépôt au dossier<sup>1639</sup>. Le simple fait qu'elles soient accessibles ne constitue ainsi pas une garantie suffisante<sup>1640</sup>.

**1052.** Le justiciable doit de surcroît bénéficier du temps suffisant pour préparer sa défense et ses éléments de preuve<sup>1641</sup>.

**1053.** Enfin, la Cour EDH estime que les autorités administratives doivent en règle donner accès aux justiciables aux documents en leur possession qui sont susceptibles de les aider à établir le bienfondé de leur contestation et ne peuvent nier de façon mensongère l'existence de ces documents<sup>1642</sup>. A cet égard, si nous avons montré que l'invocation par les autorités publiques de motifs de sécurité ou de terrorisme peut justifier le refus de communiquer certaines

---

<sup>1633</sup> CEDH, arrêt *Donadze c. Georgie* du 7 mars 2006, req. 74644/01, § 31. Voy. également CEDH [GC], arrêt *Perez c. France* du 12 février 2004, req. 47287/99, § 80.

<sup>1634</sup> Not. CEDH, arrêt *H c. Belgique* du 30 novembre 1987, req. 8950/80, § 53 et CEDH, arrêt *Suominen c. Finlande* du 1<sup>er</sup> juillet 2003, req. 37801/97, § 37 et CEDH [GC], arrêt *Gorou c. Grèce* (n° 2) du 20 mars 2009, req. 12686/03, § 37.

<sup>1635</sup> CEDH, décision *Burg et autres c. France* du 28 janvier 2003, req. 34763/02.

<sup>1636</sup> CEDH [GC], arrêt *Gorou c. Grèce* (n° 2) du 20 mars 2009, req. 12686/03, § 37.

<sup>1637</sup> *Ibid.*

<sup>1638</sup> CEDH, arrêt *Kerojärvi c. Finlande* du 19 juillet 1995, req. 17506/90, §§ 41 à 43.

<sup>1639</sup> CEDH [GC], arrêt *Goç c. Turquie* du 11 juillet 2002, req. 36590/97, § 57.

<sup>1640</sup> *Ibid.*

<sup>1641</sup> CEDH, décision *Adorisio et autres c. Pays-Bas* du 17 mars 2015, reqs. 47315/13, 48490/13 et 49016/13, §§ 98 à 101.

<sup>1642</sup> CEDH, arrêt *McGinley et Egan c. Royaume-Uni* du 9 juin 1998, reqs. 21825/93 et 23414/94, § 86. Voy. également sur cette question et particulièrement sur ce qui peut justifier la dissimulation de preuves, CEDH [GC] arrêt *Regner c. République tchèque* du 19 septembre 2017, req. 35289/11, §§ 146 et s.

informations, elle ne suffit cependant pas à les exonérer du contrôle par un tribunal du respect des garanties du procès équitable<sup>1643</sup>. Selon la Cour, il existe en effet des

« techniques permettant de concilier, d'une part, les soucis légitimes de sécurité quant à la nature et aux sources de renseignements et, de l'autre, la nécessité d'accorder en suffisance au justiciable le bénéfice des règles de procédure »<sup>1644</sup>.

(iv) *La Cour n'est en principe pas un juge de troisième ou de quatrième instance*

**1054.** La Cour affirme de manière constante depuis des dizaines d'années que le contrôle de l'équité de la procédure ne peut la conduire à « substituer sa propre appréciation des faits à celle des juridictions nationales »<sup>1645</sup>. Elle soutient ainsi sur pied de l'article 19 de la Convention, qu'

« il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention, par exemple si elles peuvent exceptionnellement s'analyser en un "manque d'équité" incompatible avec l'article 6 de la Convention »<sup>1646</sup>.

**1055.** La juridiction strasbourgeoise n'a, dans cette mesure, conclu qu'à de rares occasions à la violation de l'article 6 § 1 – et plus particulièrement de l'obligation de se livrer à un examen effectif de la contestation – en raison de l'erreur manifeste d'appréciation du juge interne<sup>1647</sup> ou du caractère arbitraire de sa décision emportant un « déni de justice »<sup>1648</sup>, voire de l'invocation d'un « motif légalement non valable »<sup>1649</sup>.

**1056.** En outre, bien que la Convention garantisse le droit à un procès équitable, elle ne

« régleme[n]te pas pour autant l'admissibilité des preuves ou leur appréciation, matière qui relève dès lors au premier chef du droit interne et des juridictions nationales »<sup>1650</sup>.

**1057.** Réunie en Grande Chambre, la Cour a précisé à cet égard qu'elle

---

<sup>1643</sup> CEDH [GC], arrêt *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, req. 22414/93, § 131 et CEDH, arrêt *Dağtekin et autres c. Turquie* du 13 décembre 2007, req. 70516/01, § 32.

<sup>1644</sup> *Ibid.* Comp. cependant avec l'arrêt *Regner c. République Tchèque* du 19 septembre 2017, req. 35289/11, §§ 147 et s. analysé ci-dessus.

<sup>1645</sup> Not. CEDH, arrêt *Dombo Beheer b.v. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, req. 14448/88, § 31.

<sup>1646</sup> CEDH [GC], arrêt *Garcia Ruiz c. Espagne* du 21 janvier 1999, req. 30544/96, § 28. Voy. récemment, CEDH [GC], arrêt *Bochan c. Ukraine* (n° 2) du 5 février 2015, req. 22251/08, § 61 et CEDH [GC], arrêt *De Tommaso c. Italie* du 23 février 2017, § 170.

<sup>1647</sup> Not. CEDH, arrêt *Dulaurans c. France* du 21 mars 2000, req. 34553/97, §§ 33 à 39.

<sup>1648</sup> CEDH, arrêt *Khamidov c. Russie* du 15 novembre 2007, req. 72118/01, § 174 et CEDH, arrêt *Andelkovic c. Serbie* du 9 avril 2013, req. 1401/08, § 27 et plus récemment CEDH [GC], arrêt *Bochan c. Ukraine* (n° 2) du 5 février 2015, req. 22251/08, § 64.

<sup>1649</sup> CEDH, arrêt *De Moor c. Belgique* du 23 juin 1994, req. 16997/90, § 55.

<sup>1650</sup> CEDH [GC], arrêt *Garcia Ruiz c. Espagne* du 21 janvier 1999, req. 30544/96, § 28. Voy. récemment, CEDH [GC], arrêt *Bochan c. Ukraine* (n° 2) du 5 février 2015, req. 22251/08, § 61 et CEDH [GC], arrêt *De Tommaso c. Italie* du 23 février 2017, § 170. Voy. également CEDH, arrêt *Khamidov c. Russie* du 15 novembre 2007, req. 72118/01, § 172 (affaire dans laquelle la preuve avait pourtant manifestement été écartée par le juge national pour des motifs erronés). L'administration de la preuve, qui relève de l'article 6 § 1 ne doit ainsi pas être confondue avec l'admissibilité de la preuve qui en est en principe exclue.



« a plutôt pour tâche de juger du caractère équitable de la procédure dans son ensemble, et notamment de la manière dont les preuves ont été recueillies »<sup>1651</sup>.

**1058.** La Cour ne constitue ainsi pas

« un juge de quatrième instance et elle ne remet pas en cause sous l'angle de l'article 6 § 1 l'appréciation des tribunaux nationaux, sauf si leurs conclusions peuvent passer pour arbitraires ou manifestement déraisonnables »<sup>1652</sup>.

(v) *La procédure emporte des droits et des devoirs*

**1059.** Selon la Cour, les « droits procéduraux et obligations procédurales vont normalement de paire »<sup>1653</sup>, de sorte que « les parties sont tenues d'accomplir avec diligence les actes de procédure relatifs à leur affaire »<sup>1654</sup>.

**1060.** Elle tient par conséquent compte de l'attitude des parties pour déterminer si elles ont bénéficié d'un procès équitable, sans faire l'impasse sur « la pratique judiciaire »<sup>1655</sup>.

**(b) Le droit à la publicité**

**1061.** Le justiciable dont le litige entre dans le champ d'application de l'article 6 § 1 a droit à ce que « sa cause soit entendue publiquement ». En effet, la publicité

« protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public [et] constitue aussi l'un des moyens de contribuer à préserver la confiance dans les cours et tribunaux »<sup>1656</sup>.

La Cour soutient encore que « la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice » contribue « à atteindre le but de l'article 6 § 1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention »<sup>1657</sup>. Le droit à la publicité implique le droit à une audience devant un tribunal, sauf exceptions<sup>1658</sup>, ainsi que le droit au prononcé public du jugement.

**1062.** Le droit à une audience publique n'est néanmoins pas absolu,

---

<sup>1651</sup> CEDH [GC], arrêt *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2000, req. 25735/94, § 66.

<sup>1652</sup> CEDH [GC], arrêt *De Tommaso c. Italie* du 23 février 2017, § 170

<sup>1653</sup> CEDH [GC], arrêt *Zubac c. Croatie* du 5 avril 2018, *op. cit.*, § 93.

<sup>1654</sup> *Ibid.* Voy. également CEDH [GC], arrêt *Avotiņš c. Lettonie* 23 mai 2016, req. 17502/07, § 124.

<sup>1655</sup> CEDH [GC], arrêt *Gorou c. Grèce* du 20 mars 2009, req. 12686/03, § 32.

<sup>1656</sup> CEDH [GC], arrêt *Malhous c. République tchèque* du 12 juillet 2001, req. 33071/96, § 55. Voy. également récemment CEDH, arrêt *Eker c. Turquie* du 24 octobre 2017, req. 24016/05, § 23.

<sup>1657</sup> *Ibid.*

<sup>1658</sup> L'article 6 § 1 dispose à cet égard que : « 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 ».

« les circonstances qui permettent de se dispenser d’une audience dépendant essentiellement de la nature des questions dont les tribunaux internes se trouvent saisis »<sup>1659</sup>.

Il peut notamment s’agir du caractère essentiellement technique du litige – mais non s’il implique des contestations de fait ou de crédibilité<sup>1660</sup> – qui peut ainsi se résoudre sur pied du dossier et des observations écrites des parties<sup>1661</sup>. Si des circonstances exceptionnelles le justifient, une telle manière de procéder peut également être conforme à l’article 6 § 1 si la décision à intervenir n’est pas susceptible de recours<sup>1662</sup>. La Cour a également indiqué que

« d’autres considérations, dont le droit à un jugement dans un délai raisonnable et la nécessité en découlant d’un traitement rapide des affaires inscrites au rôle des tribunaux, entrent en ligne de compte pour déterminer si des débats publics sont nécessaires »<sup>1663</sup>.

Il n’est en outre pas nécessairement contraire à la Convention qu’une audience ne soit organisée qu’en première instance mais non devant le juge de deuxième ou de troisième degré si les caractéristiques de la procédure le justifient, notamment l’absence de discussion sur le plan factuel ou de la crédibilité<sup>1664</sup>.

**1063.** Il apparaît en revanche que l’importance du litige pour le justiciable peut justifier la tenue d’une audience ou à tout le moins conduire à un contrôle plus étroit du caractère exceptionnel des circonstances justifiant l’absence de débats publics<sup>1665</sup>.

**1064.** Notons encore que si le prononcé du jugement doit en principe être réalisé en public, la publicité peut être garantie autrement, à la lumière des spécificités de la procédure en cause et du but de l’article 6<sup>1666</sup>. Il convient quoi qu’il en soit d’examiner la procédure dans son ensemble pour déterminer si elle respecte ou non le droit à la publicité<sup>1667</sup>.

### (c) La justice doit être rendue dans un délai raisonnable

**1065.** L’article 6, § 1 impose aux Etats, qui jouissent à cet égard d’une certaine marge d’appréciation, d’organiser leur système judiciaire afin d’assurer une justice aussi rapide que

---

<sup>1659</sup> CEDH [GC], arrêt *De Tommaso c. Italie* du 23 février 2017, req. 43395/09, § 163. Voy. également CEDH, arrêt *Eker c. Turquie* du 24 octobre 2017, req. 24016/05, § 24.

<sup>1660</sup> Not. CEDH [plénière], arrêt *Helmers c. Suède* du 29 octobre 1991, 11826/85, § 36 ; CEDH, arrêt *Salomonsson c. Suède* du 12 novembre 2002, req. 38978/97, § 39 et CEDH, arrêt *Eker c. Turquie* du 24 octobre 2017, req. 24016/05, § 24.

<sup>1661</sup> Not. CEDH, arrêt *Salomonsson c. Suède* du 12 novembre 2002, req. 38978/97, § 34. Voy. également CEDH, arrêt *Eker c. Turquie* du 24 octobre 2017, req. 24016/05, § 24.

<sup>1662</sup> Not. CEDH, arrêt *Miller c. Suède* du 8 février 2005, req. 55853/00, § 29 et CEDH, arrêt *Kootummel c. Autriche* du 10 décembre 2009, req. 49616/06, § 19 ainsi que plus récemment CEDH, arrêt *Eker c. Turquie* du 24 octobre 2017, req. 24016/05, § 24.

<sup>1663</sup> CEDH, arrêt *Eker c. Turquie* du 24 octobre 2017, req. 24016/05, § 24.

<sup>1664</sup> CEDH [plénière], arrêt *Helmers c. Suède* du 29 octobre 1991, 11826/85, §§ 36 à 38.

<sup>1665</sup> Voy. CEDH, arrêt *Fischer c. Autriche* du 26 avril 1995, req. 16922/90, § 44.

<sup>1666</sup> CEDH, arrêt *Moser c. Autriche* du 21 septembre 2006, req. 12643/02, § 101.

<sup>1667</sup> CEDH, arrêt *Axen c. Allemagne* du 8 décembre 1983, req. 8273/78, § 28.

possible<sup>1668</sup>. Le délai à prendre en compte commence à courir à dater de la saisine du tribunal<sup>1669</sup> ou, le cas échéant de l'autorité administrative devant être saisie préalablement<sup>1670</sup>. Il s'achève au terme de la procédure, y compris les instances de recours<sup>1671</sup>, de sorte que toutes les phases des procédures judiciaires tendant à vider des « contestations sur des droits et obligations de caractère civil » doivent aboutir dans un délai raisonnable, sans que les phases postérieures aux décisions sur le fond puissent être exceptées<sup>1672</sup>. La durée de la procédure doit être analysée *in concreto* dans sa globalité<sup>1673</sup>. Suivant la jurisprudence *Micallef c. Malte*, que nous avons déjà évoquée, la durée des procédures préliminaires et provisoires peut entrer dans le calcul du délai raisonnable de la procédure, mais n'y entre pas nécessairement<sup>1674</sup>.

**1066.** Trois critères ont été mis en évidence par la Cour pour évaluer le caractère raisonnable ou non de la durée de la procédure : la complexité de l'affaire, du comportement du requérant et des autorités et de l'enjeu du litige pour l'intéressé<sup>1675</sup>. Nous y reviendrons en traitant de la jurisprudence en matière de saisie préalable à confiscation et de gel préventif d'avoirs.

#### **(4) Conclusion de synthèse de la section a : un droit aux limites trop floues**

**1067.** Nous avons montré que le volet civil de l'article 6, qui garantit le droit à un tribunal, est applicable en cas « contestation portant sur des droits et obligations à caractère civil ». Il s'agit d'une notion autonome contenue dans la Convention, dont la Cour définit les contours sans devoir s'en tenir à ce qu'elle peut signifier en droit national.

**1068.** Les droits garantis par le volet civil de l'article 6 sont applicables à la procédure principale et aux procédures préliminaires ou provisoires qui l'entourent, pour autant qu'elles soient également de nature civile et que la mesure qui en découle soit déterminante pour le droit ou l'obligation de caractère civil en jeu, quelle que soit la durée pendant laquelle elle a été en vigueur.

**1069.** Le droit à un tribunal implique d'avoir accès à un tribunal, présentant certaines caractéristiques : être établi par la loi, avoir la capacité de trancher les litiges et de jouir à cette

---

<sup>1668</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Scordino c. Italie (n°1)* du 29 mars 2006, req. 36813/97, §§ 183 à 188. La Cour préconise la mise en place par les Etats touchés par un arriéré judiciaire important d'une procédure permettant d'« accélérer » la procédure et non seulement un recours indemnitaire *a posteriori*. Voy. également récemment mais sans référence à la marge d'appréciation des Etats puisque la manière de lutter contre le dépassement endémique du délai raisonnable dans un Etat n'était pas en cause, CEDH [GC], arrêt *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie* 29 novembre 2016, req. 76943/11, § 142.

<sup>1669</sup> Not. CEDH, arrêt *Poiss c. Autriche* du 23 avril 1987, req. 9816/82, § 50. Ce point de départ diffère comme nous le verrons en matière pénale où le calcul du délai commence au moment où une personne est informée par l'autorité compétente qu'elle est accusée d'une infraction (not. CEDH, arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1982, req. 6903/75, § 42).

<sup>1670</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Kress. C. France* du 7 juin 2001, req. 39594/98, § 90.

<sup>1671</sup> Not. CEDH, arrêt *Poiss c. Autriche* du 23 avril 1987, req. 9816/82, § 50

<sup>1672</sup> Not. CEDH, arrêt *Robins c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1997, req. 22410/93, § 28.

<sup>1673</sup> Not. CEDH, arrêt *Obermeier c. Autriche* du 28 juin 1990, req. 11761/85, § 72 ainsi que CEDH [GC], arrêt *Comingersoll S.A. c. Portugal* du 6 avril 2000, req. 35382/97, § 23.

<sup>1674</sup> Voy. les conditions pour qu'elles soient soumises à l'article 6 § 1, CEDH [GC], arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009, req. 17056/06, §§ 83 à 86.

<sup>1675</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Comingersoll S.A. c. Portugal* du 6 avril 2000, req. 35382/97, § 19 et plus récemment CEDH [GC], arrêt *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie* 29 novembre 2016, req. 76943/11, § 143.

occasion de la plénitude de juridiction. Le tribunal doit en outre être indépendant et impartial. Il garantit également aux justiciables le bénéfice d'un procès équitable, faisant l'objet d'une certaine publicité, et ce dans un délai raisonnable. L'équité dont la portée en matière civile est moins intense qu'en matière pénale, recouvre plusieurs garanties dont essentiellement celles du bénéfice d'un contrôle effectif de la contestation soumise au tribunal et le respect des principes du contradictoire et de l'égalité des armes.

**1070.** La jurisprudence de la Cour montre que ces garanties sont définies relativement clairement dans leur principe. En raison notamment de la marge d'appréciation dont disposent les Etats pour organiser leur système judiciaire, elles ont néanmoins une intensité variable en pratique. Ainsi, l'accès à un tribunal disposant de la plénitude de juridiction et présentant l'indépendance et l'impartialité requises par l'article 6 ne doit pas nécessairement être garanti à tous les stades de la procédure, pourvu qu'une juridiction présentant ces caractéristiques puisse *in fine* se prononcer sur la contestation. De même, si le tribunal doit en principe disposer de la plénitude de juridiction, la Cour de Strasbourg n'exclut pas en droit administratif ou dans des domaines complexes ou techniques, qu'il jouisse d'un pouvoir de juridiction plus limité, pourvu qu'il soit suffisant.

**1071.** Le droit à un tribunal n'est en outre pas absolu. Nous avons ainsi pu constater qu'il pouvait faire l'objet de restrictions sans qu'il ne soit *de facto* violé.

**1072.** En matière d'accès à un tribunal, si elle constate une restriction, la Cour affirme devoir effectuer un double contrôle :

- la restriction a-t-elle porté ou non atteinte à la substance même du droit à un tribunal et, si tel n'est pas le cas,
- poursuivait-elle un objectif légitime et avait-elle un caractère proportionné ?

Nous avons néanmoins pu constater qu'elle ne contrôlait en pratique pas, ou à tout le moins pas de manière satisfaisante, l'atteinte éventuelle à la substance du droit d'accès, notion qui demeure à l'heure actuelle très floue. La portée de son contrôle en cas de limitation du pouvoir de juridiction du tribunal l'est également.

**1073.** Si le requérant se prévaut du caractère inéquitable de la procédure, la Cour cherchera à déterminer si cette dernière prise dans son ensemble présente ou non un caractère équitable. Ceci signifie qu'un défaut de motivation, l'absence d'accès à certaines pièces ou à des documents administratifs n'entraînent pas nécessairement la violation du droit à un procès équitable, si la restriction en cause a été suffisamment compensée au cours de la procédure. Dans le cadre de cette analyse, la Cour tiendra compte de l'éventuel intérêt public des autorités à restreindre les droits du justiciable. A l'occasion de son contrôle du caractère équitable de la procédure, il n'incombe par ailleurs pas à la Cour de se poser comme un troisième ou un quatrième degré de juridiction. Elle ne se prononcera donc pas sur d'éventuelles erreurs de droit ou de fait commises par les juridictions internes, sauf si elles sont d'une intensité telle qu'elles rendent en réalité la procédure inéquitable.

**1074.** Enfin, notre brève analyse du droit à un tribunal a permis de montrer que la conjonction de la portée parfois assez limitée reconnue concrètement à certaines de ses composantes, et de son caractère relatif peut conduire la Cour à rendre des décisions très contestables. L'arrêt

*Regner c. République Tchèque* montre ainsi que le droit à un tribunal peut être respecté alors même que les garanties d'un contrôle effectif, du contradictoire et de l'égalité des armes avaient été restreintes de manière telle au cours de la procédure interne qu'on peut se demander ce qu'il en était concrètement demeuré.

### **b. Le volet pénal de l'article 6 : un droit renforcé à l'équité de la procédure**

**1075.** Toute personne faisant l'objet d'une accusation en matière pénale doit bénéficier des droits figurant à l'article 6 § 1 : accès à un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui tranchera équitablement, dans un délai raisonnable et en principe publiquement (1 à 3). Elle bénéficiera en outre des garanties spécifiques figurant aux paragraphes 2 et 3 (4).

**1076.** Bien que le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 6 prévienne les mêmes garanties en cas de contestation en matière civile et d'accusation en matière pénale<sup>1676</sup>, la Cour a affirmé à plusieurs reprises, comme nous l'avons déjà relevé, que « les exigences du procès équitable sont plus rigoureuses en matière pénale »<sup>1677</sup>. Dans cette mesure, nous examinons la jurisprudence de la Cour relativement à la mise en œuvre des trois paragraphes de l'article 6, et non seulement des deux spécifiquement consacrés à la matière pénale. Nous proposerons ensuite une conclusion de synthèse (5).

#### **(1) Le droit d'accès à un tribunal**

**1077.** Les développements consacrés à cette question lors de l'analyse du volet civil de l'article 6 sont en règle également valables en matière pénale<sup>1678</sup>, nous nous bornons dès lors ici à rappeler les conditions auxquelles ce droit peut être restreint.

**1078.** Tout d'abord, aucune restriction ne peut porter atteinte à la substance-même du droit d'accès à un tribunal<sup>1679</sup> et doit poursuivre un but légitime ainsi que présenter un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé<sup>1680</sup>. Dans cette mesure, imposer des conditions de recevabilité à l'exercice d'un recours n'est pas en soi problématique, pour autant qu'elles n'aillent pas au-delà des limites précitées, en tenant compte de la marge d'appréciation dont disposent en outre les Etats dans ce domaine<sup>1681</sup>. Aussi,

« les tribunaux doivent, en appliquant des règles de procédure, éviter à la fois un excès de formalisme qui porterait atteinte à l'équité de la procédure, et une souplesse excessive qui aboutirait à supprimer les conditions de procédure établies par les lois »<sup>1682</sup>.

---

<sup>1676</sup> La Cour indique ainsi régulièrement qu'il n'est pas utile de se prononcer sur la nature pénale d'une affaire donnée, étant donné que le volet civil de l'article 6 est jugé applicable en raison de l'équivalence des droits garantis dans le cas d'espèce par les deux volets de l'article 6, voy. not. CEDH [plénière], arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981, reqs. 6878/75 et 7238/75, § 53.

<sup>1677</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 43.

<sup>1678</sup> Voy. not. CEDH [GC], arrêt *Omar c. France* du 29 juillet 1998, req. 24767/94, § 34 et CEDH [GC], arrêt *Guérin c. France* du 29 juillet 1998, req. 25201/94, § 37.

<sup>1679</sup> Voy. pour un cas d'application, CEDH, arrêt *Labergère c. France* 26 septembre 2006, req. 16846/02, § 23.

<sup>1680</sup> *Ibid.*

<sup>1681</sup> Not. CEDH, arrêt *Reichman c. France* du 12 juillet 2016, req. 50147/11, § 28.

<sup>1682</sup> *Ibid.*, § 31.

Dans ce cadre, l'enjeu pour le requérant que représente, par exemple, une condamnation à une lourde peine d'emprisonnement a été pris en compte pour évaluer la compatibilité de règles de procédures règlementant l'exercice d'un recours avec le droit d'accès à un tribunal<sup>1683</sup>.

**1079.** Ensuite, il n'est pas contraire à la Convention de confier à des autorités ne constituant pas un « tribunal » la poursuite et la sanction d'infractions mineures,

« pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 »<sup>1684</sup>.

S'inscrivant indéniablement dans la lignée de son arrêt *Lecompte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* évoqué quant à l'accès à un tribunal en matière civile<sup>1685</sup>, la Cour s'est ainsi néanmoins montrée plus stricte en limitant en principe cette possibilité aux infractions mineures. Nous y reviendrons dans la sous-section suivante.

## **(2) Les exigences institutionnelles auxquelles doit répondre un « tribunal »**

**1080.** Comme en matière civile, il est établi que le « tribunal » se caractérise « au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »<sup>1686</sup> et qu'il « doit aussi remplir un ensemble d'autres conditions telles que l'indépendance et la durée du mandat de ses membres, ainsi que l'impartialité et l'existence de garanties offertes par la procédure »<sup>1687</sup>. Le tribunal doit de surcroît disposer du « pouvoir de rendre une décision obligatoire non susceptible de modification par une autorité non judiciaire »<sup>1688</sup>.

**1081.** Nous examinons les enseignements essentiels de la jurisprudence quant au pouvoir de juridiction dont doit disposer un tribunal d'une part (a), et évoquons ceux relatifs aux autres garanties dites « institutionnelles » d'autre part (b).

### **(a) Un tribunal doit en principe disposer d'un pouvoir de pleine juridiction**

**1082.** Le droit à un tribunal ne fait pas obstacle à la poursuite et à la répression des infractions pénales (légères) par une autorité ne constituant pas un tribunal. Toutefois, dans ce cas, la Cour

---

<sup>1683</sup> CEDH, arrêt *Labergère c. France* 26 septembre 2006, req. 16846/02, § 23.

<sup>1684</sup> Not. CEDH [plénière], arrêt *Öztiirk c. Allemagne* du 21 février 1984, req. 8544/79, § 56 et plus récemment CEDH, arrêt *Julius Kloiber Schlachthof GmbH et autres c. Autriche* du 4 avril 2013, reqs. 21565/07, 21572/07, 21575/07 et 21580/07, § 28.

<sup>1685</sup> CEDH [plénière], arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981, reqs. 6878/75 et 7238/75, § 51 a.

<sup>1686</sup> Not. CEDH [plénière], arrêt *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1984, req. 10328/83, § 64.

<sup>1687</sup> *Ibid.*

<sup>1688</sup> Not. CEDH, arrêt *Van de Hurk c. Pays-Bas* du 19 avril 1994, req. 16034/90, p. 16, § 45 et CEDH, arrêt *Findlay c. Royaume-Uni* du 25 février 1997, req. 22107/1993, § 77.

exige qu'il existe une possibilité d'en saisir ultérieurement un, c'est-à-dire de saisir un « organe judiciaire de pleine juridiction »<sup>1689</sup>.

**1083.** La « pleine juridiction » implique en principe que le tribunal doit disposer du

« pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi »<sup>1690</sup>.

Il a néanmoins été jugé que la nature différente des procédures menées devant des juridictions administratives et pénales peut conduire à influencer les modalités d'application des garanties offertes par le volet pénal de l'article 6<sup>1691</sup>.

**1084.** Aussi, face à une compétence discrétionnaire d'une administration, la Cour a déjà considéré qu'une juridiction administrative constituait un organe judiciaire de pleine juridiction, bien qu'elle ne disposât pas du pouvoir de se substituer à l'autorité administrative indépendante qui s'était préalablement prononcée, étant donné qu'elle avait

- examiné les différentes allégations de fait et de droit du requérant ;
- vérifié, par rapport aux circonstances particulières de l'affaire, si ladite autorité avait fait un usage approprié de ses pouvoirs (bien-fondé de sa décision, proportionnalité de la décision, exactitude des évaluations techniques) ;
- pu vérifier l'adéquation de la sanction à l'infraction commise et le cas échéant aurait pu remplacer cette sanction<sup>1692</sup>.

**1085.** La Cour a également rendu un intéressant arrêt relatif à la sanction du retrait de points de permis de conduire appliquée en France en cas de commission de certaines infractions de roulage<sup>1693</sup>. Il ressort de l'arrêt que cette sanction intervient dès que l'une des infractions visées par la loi a été déclarée établie par le biais, soit d'une condamnation devenue définitive, soit du paiement de l'amende forfaitaire par le contrevenant, paiement impliquant la reconnaissance de l'infraction et l'acceptation tacite du retrait de point. Lorsqu'une infraction est constatée, le contrevenant est par ailleurs averti par l'autorité administrative compétente du fait que l'infraction qu'il a commise est susceptible de conduire à un retrait de points et qu'il existe un traitement automatisé des pertes et reconstitutions de points. Il est ainsi, selon la Cour, en mesure de contester les éléments constitutifs de l'infraction en cause.

**1086.** En l'espèce, le requérant n'avait pas payé l'amende, de sorte que le retrait de points ne pouvait reposer que sur une condamnation définitive par la juridiction pénale compétente. Dans ce cadre, la Cour constate que les deux juridictions qui se sont prononcées – le tribunal de police et la Cour d'appel – satisfont aux exigences de l'article 6 § 1 et que le requérant a été en mesure

---

<sup>1689</sup> Not. CEDH, arrêt *Menarini Diagnostics sprl c. Italie* du 27 septembre 2011, req. 43509/08, §§ 58-59 et CEDH, arrêt *Grande Stevens e.a. c. Italie* du 4 mars 2014, reqs. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, § 139.

<sup>1690</sup> *Ibid.* ainsi que CEDH, arrêt *Silvester's Horeca Service c. Belgique* du 4 mars 2004, req. 47650/99, § 27.

<sup>1691</sup> Not. CEDH, arrêt *Menarini Diagnostics sprl c. Italie* du 27 septembre 2011, req. 43509/08, § 62.

<sup>1692</sup> *Ibid.*, § 78 et s. Voy également CEDH, arrêt *Silvester's Horeca Service c. Belgique* du 4 mars 2004, req. 47650/99, § 28. Comp. avec CEDH [GC], arrêt *Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portugal* du 6 novembre 2018, reqs. 5391/13, 57728/13 et 74041/13, §§ 179 et s.

<sup>1693</sup> CEDH, arrêt *Malige c. France* du 23 septembre 1998, req. 27812/95, §§ 43-52.

« contester la réalité de l'infraction pénale consistant dans l'excès de vitesse, et soumettre aux juges répressifs tous les moyens de fait et de droit qu'il a estimés utiles à sa cause, sachant que sa condamnation entraînerait en outre le retrait d'un certain nombre de points » (§ 48).

De plus, bien qu'en principe une sanction relevant du domaine pénal doive pouvoir être contrôlée par un tribunal répondant aux exigences de l'article 6 § 1 (§ 45), la Cour valide l'automatisme de l'infliction d'un retrait de point appliquée en l'espèce. Selon elle,

« la loi elle-même a prévu dans une certaine mesure la modulation du retrait de points en fonction de la gravité de la contravention commise par le prévenu » (§ 49).

Elle estime en outre que cette sanction, qui consiste en la perte de quatre points de permis de conduire sur douze, n'est pas disproportionnée au regard de la gravité du comportement sanctionné (§ 49). La Cour juge par ailleurs qu'un contrôle juridictionnel suffisant

« se trouve incorporé dans la décision pénale de condamnation prononcée à l'encontre [du requérant], sans qu'il soit nécessaire de disposer d'un contrôle séparé supplémentaire de pleine juridiction portant sur le retrait de points » (§ 50).

Elle relève enfin qu'un recours pour excès de pouvoir peut être introduit

« afin de faire contrôler que l'autorité administrative a agi à l'issue d'une procédure régulière » (§ 50).

**1087.** Il découle de cet arrêt qu'une sanction peut être imposée par une autorité administrative après une procédure pénale, sans qu'y soit attaché un recours de pleine juridiction. Il faut néanmoins qu'un contrôle juridictionnel suffisant soit exercé par le juge pénal ayant rendu la décision initiale et que la sanction ne soit pas disproportionnée. On peut déceler dans cet arrêt une certaine cohérence avec la jurisprudence en matière civile, où la Cour n'exige également dans certains domaines, comme le droit administratif, qu'un contrôle suffisant et non de pleine juridiction. La Cour a néanmoins à notre estime été plus loin en jugeant qu'un tribunal pouvait disposer d'un pouvoir de juridiction suffisant à l'égard d'une sanction imposée au terme d'une procédure administrative ultérieure. Le fait que le législateur ait lui-même fixé le degré de la sanction en fonction de l'infraction établie et que cette sanction ne soit en quelque sorte pas définitive – étant donné que les points de permis de conduire pouvaient être récupérés – a cependant manifestement eu un certain poids pour parvenir à cette conclusion.

#### **(b) Le tribunal doit être établi par la loi, indépendant, impartial, ...**

**1088.** Tout « tribunal » doit par ailleurs être « établi par la loi », expression qui concerne selon une jurisprudence constante « non seulement la base légale de l'existence même du tribunal, mais encore la composition du siège dans chaque affaire »<sup>1694</sup>. L'objectif de cette garantie est d'éviter que l'organisation du système judiciaire ne soit laissée à la discrétion de l'exécutif et qu'elle soit régie par la loi<sup>1695</sup>.

---

<sup>1694</sup> Not. CEDH, arrêt *Lavents c. Lettonie* du 28 novembre 2002, req. 58442/00, § 114.

<sup>1695</sup> Not. CEDH, arrêt *Coeme e.a. c. Belgique* du 22 juin 2000, reqs. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 98.



**1089.** Comme en matière civile, l'indépendance et l'impartialité qui doivent également caractériser le tribunal sont étroitement liées et sont souvent examinées conjointement<sup>1696</sup>. L'exigence d'indépendance du tribunal implique qu'il doit être indépendant du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif et des parties<sup>1697</sup>. Se référant à sa jurisprudence en matière civile, la Cour a indiqué dans un arrêt *Findlay c. Royaume-Uni* que

« que, pour établir si un tribunal peut passer pour "indépendant", il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance »<sup>1698</sup>.

Réunie en Grande Chambre, la Cour a récemment rappelé dans un arrêt *Morice c. France*<sup>1699</sup> que l'impartialité « se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris et peut s'apprécier de diverses manières » (§ 73), en suivant une approche subjective ou objective. Comme en matière civile, un défaut d'indépendance et/ou d'impartialité peut être « réparé » par une juridiction supérieure et exclure ainsi un futur constat de violation de l'article 6 par la Cour<sup>1700</sup>.

**1090.** Ces exigences ne suscitant pas de difficulté particulière dans notre champ d'étude, nous nous bornons ici à ce très bref rappel.

### **(3) Les garanties générales d'ordre procédural prévues au paragraphe 1<sup>er</sup> : équité, publicité et délai raisonnable**

**1091.** Après avoir rappelé en quoi consistait le droit d'accès à un « tribunal » en matière pénale, nous sommes désormais en mesure de préciser les contours des garanties procédurales consacrées par le volet pénal de l'article 6 § 1 : équité (a), publicité (b) et respect du délai raisonnable (c). Comme en matière civile, la première d'entre elle donnera lieu aux développements les plus importants compte tenu de son importance pour notre sujet d'étude.

---

<sup>1696</sup> Not. CEDH, arrêt *Findlay c. Royaume-Uni* du 25 février 1997, req. 22107/93, § 73 et plus récemment CEDH, arrêt *Thiam c. France* du 18 octobre 2018, req. 80018/12, § 60.

<sup>1697</sup> Not. CEDH, décision *Ninn-Hansen c. Danemark* du 18 mai 1999, req. 28972/95.

<sup>1698</sup> CEDH, arrêt *Findlay c. Royaume-Uni* du 25 février 1997, req. 22107/93, § 73 (avec référence à l'arrêt CEDH, arrêt *Bryan c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, req. 19178/91, § 37). Dans ce cadre, la Cour a récemment rappelé, d'une part, que « l'inamovibilité des juges en cours de mandat est généralement considérée comme un corollaire de leur indépendance et, partant, comme l'une des exigences de l'article 6 § 1, d'autre part que « la nomination de juges par l'exécutif est admissible, pourvu que les juges ainsi nommés soient libres de toute pression ou influence lorsqu'ils exercent leur rôle juridictionnel » (CEDH, arrêt *Thiam c. France* du 18 octobre 2018, req. 80018/12, § 59). Elle soutient également de manière constante depuis des années que bien que la notion de séparation des pouvoirs entre le politique et le judiciaire connaît une importance croissante dans sa jurisprudence, aucun article de la Convention n'impose aux Etats membres de se soumettre à une quelconque conception constitutionnelle des limites à poser aux possibles interactions entre les pouvoirs, de sorte qu'il convient d'examiner dans chaque cas si les droits garantis par la Convention, dont celui d'être jugé par un tribunal indépendant, ont été respectés (Not. CEDH, arrêt *Henryk Urban et Ryszard Urban c. Pologne* du 30 novembre 2010, req. 23614/08, § 46 ainsi que la jurisprudence citée).

<sup>1699</sup> CEDH [GC], arrêt *Morice c. France* du 23 avril 2015, req. 29369/10, §§ 73-18. Cet arrêt cite largement CEDH [GC], arrêt *Kyprianou c. Chypre* du 15 décembre 2005, req. 73797/01, §§ 118 et s (matière pénale) et l'arrêt rendu en matière civile CEDH [GC], arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009, req. 17056/06, §§ 93 et s.

<sup>1700</sup> Not. CEDH, arrêt *De Cubber c. Belgique* du 26 octobre 1984, req. 9186/80, § 33 et CEDH [GC], arrêt *Kyprianou c. Chypre* du 15 décembre 2005, req. 73797/01, § 134.

**(a) la procédure pénale considérée dans son ensemble doit être équitable**

**1092.** Toute personne faisant l'objet d'une accusation en matière pénale doit bénéficier d'un procès équitable. La notion d'équité du procès renvoie à différentes garanties procédurales que nous évoquerons ci-dessous. Soulignons cependant dès à présent que, comme en matière civile, la méconnaissance au cours de la procédure d'une (ou plusieurs) de ces garanties n'entraîne pas *de facto* la violation de l'article 6<sup>1701</sup>. La Cour affirme en effet de manière constante que, si les exigences générales d'équité posées à l'article 6 s'appliquent à toutes les procédures pénales, quel que soit le type d'infraction concerné, le caractère équitable de la procédure dans son ensemble doit être examiné pour déterminer s'il y a ou non eu violation de l'article 6<sup>1702</sup>. Ceci implique également que considérées ensemble, plusieurs restrictions aux garanties d'un procès équitable peuvent entraîner une violation de l'article 6 alors que prises isolément, ce ne serait pas le cas<sup>1703</sup>. La Cour soutient plus précisément que

« le respect des exigences [de l'équité] s'apprécie au cas par cas à l'aune de la conduite de la procédure dans son ensemble et non en se fondant sur l'examen isolé de tel ou tel point ou incident, bien que l'on ne puisse exclure qu'un élément déterminé soit à ce point décisif qu'il permette de juger de l'équité du procès à un stade précoce »<sup>1704</sup>.

**1093.** En cas de lacunes au regard de telle ou de telle autre garantie procédurale entachant la procédure, la Cour procèdera à un examen de l'ensemble de la procédure en ayant égard aux facteurs d'analyse « non-limitatifs » suivants :

- a) la vulnérabilité particulière du requérant, par exemple en raison de son âge ou de ses capacités mentales ;
- b) le dispositif légal encadrant la procédure antérieure à la phase de jugement et l'admissibilité des preuves au cours de cette phase, ainsi que le respect ou non de ce dispositif, étant entendu que, quand s'applique une règle dite d'exclusion, il est très peu vraisemblable que la procédure dans son ensemble soit jugée inéquitable ;
- c) la possibilité ou non pour le requérant de contester l'authenticité des preuves recueillies et de s'opposer à leur production ;
- d) la qualité des preuves et l'existence ou non de doutes quant à leur fiabilité ou à leur exactitude compte tenu des circonstances dans lesquelles elles ont été obtenues ainsi que du degré et de la nature de toute contrainte qui aurait été exercée ;
- e) lorsque les preuves ont été recueillies illégalement, l'illégalité en question et, si celle-ci procède de la violation d'un autre article de la Convention, la nature de la violation constatée ;

---

<sup>1701</sup> Sur la méthodologie appliquée par la Cour afin de déterminer si la procédure a revêtu un caractère équitable, voy. l'arrêt récent CEDH [GC], arrêt *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018, req. 71409/10, §§ 120 à 122.

<sup>1702</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, req. 54810/00, § 97 et CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 252.

<sup>1703</sup> Voy. not. CEDH [plénière], arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* du 6 décembre 1988, req. 10590/83, §§ 67 à 89 et plus récemment CEDH, arrêt *Mirilashvili c. Russie* du 11 décembre 2008, req. 6293/04, § 165 ainsi que CEDH [GC], arrêt *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018, req. 71409/10, § 194.

<sup>1704</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 251 et CEDH [GC], arrêt *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018, req. 71409/10, § 121.

- f) s'il s'agit d'une déposition, la nature de celle-ci et le point de savoir s'il y a eu prompt rétractation ou rectification ;
- g) l'utilisation faite des preuves, et en particulier le point de savoir si elles sont une partie intégrante ou importante des pièces à charge sur lesquelles s'est fondée la condamnation, ainsi que la force des autres éléments du dossier ;
- h) le point de savoir si la culpabilité a été appréciée par des magistrats professionnels ou par des jurés et, dans ce dernier cas, la teneur des instructions qui auraient été données au jury ;
- i) l'importance de l'intérêt public à enquêter sur l'infraction particulière en cause et à en sanctionner l'auteur ;
- j) l'existence dans le droit et la pratique internes d'autres garanties procédurales »<sup>1705</sup>.

**1094.** Aussi, l'emploi de méthodes d'enquête contraires à l'article 8 de la Convention et l'utilisation des informations qui ont été tirées au cours de la procédure pénale ont pu être jugés compatibles avec le droit à un procès équitable<sup>1706</sup>. Vu le caractère absolu de l'article 3 de la Convention, des dépositions obtenues à la suite de l'utilisation de méthodes contraires à l'article 3 ne devraient en revanche jamais pouvoir être invoquées comme preuves des faits pertinents, de sorte que leur utilisation entraînera un constat de violation de l'article 6 quelle qu'en soit la valeur probante<sup>1707</sup>. La même solution doit être appliquée concernant les autres éléments de preuve obtenus par la torture<sup>1708</sup>. En ce qui concerne les éléments de preuve obtenus par l'utilisation de méthodes contraires à l'article 3 n'atteignant pas le degré de gravité de la torture, la Cour estime que

« l'équité d'un procès pénal et la sauvegarde effective de l'interdiction absolue énoncée à l'article 3 dans ce contexte ne se trouvent en jeu que s'il est démontré que la violation de l'article 3 a influé sur l'issue de la procédure dirigée contre l'accusé, autrement dit a eu un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine »<sup>1709</sup>.

#### Ces principes

« valent non seulement lorsque la victime du traitement contraire à l'article 3 est l'accusé lui-même mais aussi lorsqu'il s'agit d'un tiers »<sup>1710</sup>.

#### **1095.** Il est par ailleurs établi 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 »<sup>1711</sup>,

<sup>1705</sup> *Ibid.*, § 274 et *Ibid.*, § 150.

<sup>1706</sup> Voy. not. les références citées dans CEDH [GC], arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, req. 54810/00, § 98 et CEDH [GC], arrêt *Gäfgen c. Allemagne* du 1<sup>er</sup> juin 2010, req. 22978/05, § 165.

<sup>1707</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Gäfgen c. Allemagne* du 1<sup>er</sup> juin 2010, req. 22978/05, §§ 166-167, CEDH, arrêt *El Haski c. Belgique* du 25 septembre 2012, req. 649/08, § 85 et CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 254.

<sup>1708</sup> CEDH [GC], arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, req. 54810/00, § 105 et CEDH [GC], arrêt *Gäfgen c. Allemagne* du 1<sup>er</sup> juin 2010, req. 22978/05, §§ 167.

<sup>1709</sup> CEDH [GC], arrêt *Gäfgen c. Allemagne* du 1<sup>er</sup> juin 2010, req. 22978/05, § 178 et CEDH, arrêt *El Haski c. Belgique* du 25 septembre 2012, req. 649/08, § 85.

<sup>1710</sup> CEDH, arrêt *El Haski c. Belgique* du 25 septembre 2012, req. 649/08, § 85.

<sup>1711</sup> CEDH [GC], arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, req. 54810/00, § 97.

sans toutefois que des « préoccupations d'intérêt général » puissent « justifier des mesures vidant de leur substance même les droits de la défense d'un requérant »<sup>1712</sup>. Dans le fameux arrêt *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016 précité, la Cour a ainsi affirmé, à propos du droit d'accès à un avocat que :

« Il est hors de question que les droits tenant à l'équité du procès soient atténués pour la seule raison que les personnes concernées sont soupçonnées d'être mêlées à des actes de terrorisme. En ces temps difficiles, la Cour estime primordial que les Parties contractantes manifestent leur engagement pour les droits de l'homme et la prééminence du droit en veillant au respect, notamment, des garanties minimales offertes par l'article 6 de la Convention. Il reste que, pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, 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 (...). De plus, il ne faut pas appliquer l'article 6 d'une manière qui causerait aux autorités de police des difficultés excessives pour combattre par des mesures effectives le terrorisme et d'autres crimes graves, comme elles doivent le faire pour honorer l'obligation, découlant pour elles des articles 2, 3 et 5 § 1 de la Convention, de protéger le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique des membres de la population (...). Toutefois, les préoccupations d'intérêt général ne sauraient justifier des mesures vidant de leur substance même les droits de la défense d'un requérant (...) »<sup>1713</sup>.

**1096.** Enfin, selon la Cour,

« c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques »<sup>1714</sup>.

En revanche, dans les affaires tombant dans le champ d'application du volet pénal de l'article 6, mais de gravité moindre ou ne relevant pas « des catégories traditionnelles du droit pénal », c'est-à-dire de son « noyau dur », la Cour considère que

« les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur »<sup>1715</sup>.

Comme le relèvent M.-A. BEERNAERT et F. KRENC, cette distinction entre le noyau dur du droit pénal et sa « périphérie molle »

« suscite inmanquablement des interrogations quant à savoir ce qui relève exactement de l'un ou de l'autre et quant aux conséquences précises découlant de cette classification »<sup>1716</sup>.

Elle conduit également à donner du poids aux qualifications et distinctions de droit interne, alors même que la Cour les écarte au stade de l'applicabilité de l'article 6 au profit de l'interprétation autonome de la matière pénale<sup>1717</sup>.

**1097.** Il découle de ce qui précède que le droit à un procès pénal équitable peut être tempéré ou limité au motif qu'il existe un intérêt public particulier à la poursuite de certaines infractions,

---

<sup>1712</sup> *Ibid.* Voy. notamment à propos du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, CEDH [GC], arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, req. 36391/02, §§ 54 et 56-63. Dans sa formulation, cette jurisprudence est assez proche de l'arrêt *Regner c. République tchèque* analysé en matière civile.

<sup>1713</sup> CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 252. Voy. également CEDH [GC], arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, req. 54810/00, § 97 et CEDH [GC], arrêt *Bykov c. Russie* du 13 mars 2009, req. 4378/02, § 93.

<sup>1714</sup> CEDH [GC], arrêt *Gäffgen c. Allemagne* du 1<sup>er</sup> juin 2010, req. 22978/05, § 177.

<sup>1715</sup> CEDH [GC], arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 43.

<sup>1716</sup> BEERNAERT, M.-A., et KRENC, F., *op. cit.*, pp. 84-85.

<sup>1717</sup> *Ibid.*, p. 85.

comme le terrorisme, sans que la ou les restriction(s) en cause ne puisse(nt) cependant vider ce droit de sa substance au regard de la procédure prise dans son ensemble<sup>1718</sup>. De plus, les poursuites susceptibles de déboucher sur une lourde peine, c'est-à-dire celles qui concernent les infractions les plus graves et relativement auxquelles l'intérêt public des poursuites est le plus élevé, appellent un contrôle plus rigoureux du caractère équitable de la procédure. Un conflit existe par conséquent entre d'une part l'obligation des Etats parties d'assurer aux accusés un procès équitable « au plus degré possible » et d'autre part, l'intérêt public à les poursuivre, sans imposer de charge excessive aux autorités de police, et à les sanctionner afin de garantir le respect d'autres droits consacrés par la Convention. L'issue de l'évaluation du caractère équitable d'une procédure apparaît dès lors hautement incertaine en matière de terrorisme ou de criminalité organisée par exemple vu les facteurs à prendre en compte et la nécessité de considérer *a posteriori* la procédure dans son ensemble.

**1098.** Nous exposons désormais les éléments essentiels des principales garanties procédurales<sup>1719</sup> de l'article 6 § 1, à savoir le droit de participer à son procès (*i*), le respect des principes du contradictoire et de l'égalité des armes (*ii*), l'obligation de motivation des décisions (*iii*) et le droit au silence (*iv*). Ensuite nous rappelons que la Cour ne remet en principe pas en cause l'appréciation du juge national des faits et des preuves (*v*), bien qu'elle enserme l'usage de techniques spéciales d'investigation dans certaines limites (*vi*).

*(i) Le droit de participer à son procès*

**1099.** Il est établi dans la jurisprudence de la Cour que l'article 6,

« lu comme un tout, reconnaît à l'accusé le droit d'être effectivement associé à son procès, ce qui inclut, entre autres, le droit non seulement d'y assister, mais aussi d'entendre et suivre les débats »<sup>1720</sup>.

En matière pénale, ce droit est non seulement inhérent au principe du contradictoire mais peut également « se déduire des garanties énoncées aux alinéas c), d) et e) de l'article 6 par. 3 »<sup>1721</sup>.

*(ii) L'égalité des armes et le contradictoire*

**1100.** Les principes de l'égalité des armes et du contradictoire constituent des facettes complémentaires du droit à un procès équitable<sup>1722</sup>.

**1101.** Le premier

---

<sup>1718</sup> Il apparaît donc que la Cour ne suit pas la même méthode qu'en matière de droit d'accès à un tribunal où elle indique devoir s'assurer non seulement que la substance du droit n'est pas atteinte par la restriction, mais encore que ladite restriction poursuit un but légitime et est proportionnée, voy. à ce propos le point 20 de l'opinion concordante commune aux Juges *Yudkivska, Vučinić, Turković* et *Hüseynov* après l'arrêt CEDH [GC], arrêt *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018, *op. cit.*

<sup>1719</sup> Auxquelles l'accusé peut renoncer, voy. not. CEDH [GC], arrêt *Murtazaliyeva c. Russie* du 18 décembre 2018, req. 36658/05, § 117.

<sup>1720</sup> CEDH [GC], arrêt *Murtazaliyeva c. Russie* du 18 décembre 2018, req. 36658/05, § 91.

<sup>1721</sup> CEDH, arrêt *Stanford c. Royaume-Uni* du 23 février 1994, req. 16757/90, § 26.

<sup>1722</sup> Voy. notamment CEDH [GC], arrêt *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, req. 28901/95, § 60 ; CEDH [GC], arrêt *Öcalan C. Turquie* du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 140 (égalité des armes) et CEDH [GC], arrêt *Murtazaliyeva c. Russie* du 18 décembre 2018, req. 36658/05, § 91 (contradictoire).

« exige que chacune des parties se voie offrir la possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation défavorable par rapport à son adversaire »<sup>1723</sup>.

**1102.** Le droit à un procès pénal contradictoire implique par ailleurs,

« pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie, ainsi que de les commenter »<sup>1724</sup>.

Il revient à la partie en cause de déterminer si les éléments présentés méritent une réaction, de sorte que la législation nationale doit garantir que

« la partie adverse soit au courant du dépôt d'observations et jouisse d'une possibilité véritable de les commenter »<sup>1725</sup>.

La législation nationale peut remplir cette exigence de diverses manières, mais la méthode adoptée doit garantir que la partie adverse soit au courant du dépôt d'observations ou de preuves et jouisse d'une possibilité véritable de les commenter<sup>1726</sup>. A défaut sans qu'il soit nécessaire de démontrer concrètement l'existence d'un préjudice causé par l'inégalité procédurale, il y aura méconnaissance des principes du contradictoire et de l'égalité des armes<sup>1727</sup>. Pour être en mesure de préparer utilement sa défense, tout accusé doit en outre notamment être en mesure « de prendre connaissance du résultat des investigations conduites tout au long de la procédure »<sup>1728</sup>.

**1103.** Parmi les « facilités » dont doit bénéficier l'accusé figure donc en règle le libre accès aux éléments du dossier, ainsi que la capacité de déposer toute écrit et au besoin la possibilité d'obtenir copie des documents pertinents<sup>1729</sup>. La Cour a indiqué qu'un défaut des autorités à cet égard ferait lourdement pencher la balance vers un constat de violation du principe de l'égalité des armes<sup>1730</sup>. Aussi, nonobstant une éventuelle limitation de l'accès au dossier répressif, il est nécessaire que l'accusé et/ou son conseil puisse(nt) prendre connaissance avant les débats des éléments de preuve et que son conseil soit en mesure de formuler des observations à leur propos au cours de sa plaidoirie<sup>1731</sup>. Par ailleurs, il a été jugé que la partie poursuivante a en règle l'obligation de communiquer à la défense tous les éléments de preuves en sa possession à charge

---

<sup>1723</sup> CEDH [GC], arrêt *Öcalan C. Turquie* du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 140. Pour déterminer si une partie constitue un adversaire, « la Cour attribue de l'importance aux apparences autant qu'à la sensibilité accrue aux garanties d'une bonne justice » (CEDH [GC], arrêt *Öcalan C. Turquie* du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 140 ainsi que CEDH, arrêt *Bulut c. Autriche* du 22 février 1996, req. 17358/90, §§ 47-48. Voy. également CEDH, arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991, req. 12005/86, §§ 24-26).

<sup>1724</sup> CEDH [GC], arrêt *Murtazaliyeva c. Russie* du 18 décembre 2018, req. 36658/05, § 91.

<sup>1725</sup> Not. CEDH, arrêt *Bulut c. Autriche* du 22 février 1996, req. 17358/90, § 49, CEDH, arrêt *Zahirović c. Croatie* du 25 avril 2014, req. 58590/11, § 42 et CEDH [GC], arrêt *Murtazaliyeva c. Russie* du 18 décembre 2018, req. 36658/05, § 91

<sup>1726</sup> *Ibid.* Voy. également CEDH, arrêt *Matanović c. Croatie* du 4 avril 2017, req. 2742/12, § 151.

<sup>1727</sup> CEDH, arrêt *Zahirović c. Croatie* du 25 avril 2014, req. 58590/11, § 42 et CEDH, arrêt *Bulut c. Autriche* du 22 février 1996, req. 17358/90, § 49.

<sup>1728</sup> CEDH [GC], arrêt *Murtazaliyeva c. Russie* du 18 décembre 2018, req. 36658/05, § 91.

<sup>1729</sup> Not. CEDH, arrêt *Beraru c. Roumanie* du 18 mars 2014, req. 40107/04, § 70. Il n'existe néanmoins pas de droit d'obtenir automatiquement des copies, voy. CEDH, arrêt *Matanović c. Croatie* du 4 avril 2017, req. 2742/12, §§ 168-169 (à propos de l'absence d'obtention de copies d'enregistrements).

<sup>1730</sup> *Ibid.* (voy. jurisprudence citée). Voy. également CEDH, arrêt *Kuopila c. Finlande* du 27 avril 2000, req. 27752/95, §§ 35 à 38 (rapport complémentaire de police soumis au tribunal par l'accusation sans en informer la défense et a fortiori le communiquer).

<sup>1731</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Öcalan C. Turquie* du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 140.

et à décharge<sup>1732</sup>, bien qu'il puisse néanmoins être nécessaire dans certains cas que l'accusé requiert lui-même la production d'éléments de preuves et la justifie<sup>1733</sup>.

**1104.** Comme en matière civile, le droit de l'accusé d'avoir accès à tous les éléments de preuve n'est cependant pas absolu<sup>1734</sup>. Il peut en effet se heurter à des intérêts opposés, tels que la sauvegarde de la sécurité nationale, ou la nécessité de protéger des témoins ou de garder secrètes les méthodes de recherche de la police, de sorte que comme la Cour l'a affirmé récemment,

« *in some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest* »<sup>1735</sup>.

Une telle restriction ne peut toutefois être mise en œuvre que si elle est « *strictly necessary* », et elle doit de surcroît être suffisamment compensée par la procédure suivie devant le tribunal<sup>1736</sup>. La Cour a précisé à cet égard qu'il ne lui incombait pas de juger du caractère nécessaire ou non de la dissimulation de preuves opérées par les autorités, car il revient en principe aux juridictions internes d'apprécier les preuves produites devant elles<sup>1737</sup>. Sa tâche est donc

« de contrôler si le processus décisionnel appliqué dans un cas donné a satisfait autant que possible aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes et était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé »<sup>1738</sup>.

On peut observer à la lecture des décisions citées qui concernent la plupart d'entre elles le Royaume-Uni, que la Cour considère que si, d'une part, la défense sait que des éléments lui sont cachés, et d'autre part, le juge saisi a connaissance de ces éléments de preuve et a le pouvoir d'en ordonner la divulgation, notamment parce qu'ils seraient favorables à la défense, l'article 6 n'est pas violé du fait de la restriction apportée aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes<sup>1739</sup>. Elle conclut en revanche à la violation de l'article 6 si ces compensations n'ont été offertes qu'en degré d'appel, sans que le juge d'appel n'ait pu remédier à la violation du principe du contradictoire et de l'égalité des armes en réentendant par exemple les témoins<sup>1740</sup>.

---

<sup>1732</sup> CEDH, arrêt *Matanović c. Croatie* du 4 avril 2017, req. 2742/12, § 151. Voy. également CEDH, arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, reqs. 21363/93, 21364/93, 21427/93 et 22056/93, § 51 et CEDH, arrêt *Natunen c. Finlande* du 31 mars 2009, req. 21022/04, § 39.

<sup>1733</sup> Not. CEDH, arrêt *Matanović c. Croatie* du 4 avril 2017, req. 2742/12, § 157.

<sup>1734</sup> CEDH [GC], arrêt *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, reqs. 28901/95, § 61, CEDH [GC], arrêt *Jasper c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, req. 27052/95, § 52 et CEDH [GC], arrêt *Edwards c. Royaume-Uni* du 27 octobre 2004, reqs. 39647/98 et 40461/98, § 46 ainsi que plus récemment CEDH, arrêt *Matanović c. Croatie* du 4 avril 2017, *op. cit.*, § 151.

<sup>1735</sup> CEDH, arrêt *Matanović c. Croatie* du 4 avril 2017, *op. cit.*, § 152 (et références citées). Voy. également CEDH [GC], arrêt *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, *op. cit.*, § 61 et CEDH [GC], arrêt *Jasper c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, req. 27052/95, § 52 et CEDH [GC], arrêt *Edwards c. Royaume-Uni* du 27 octobre 2004, reqs. 39647/98 et 40461/98, § 46.

<sup>1736</sup> *Ibid.*

<sup>1737</sup> CEDH [GC], arrêt *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, *op. cit.*, §§ 62 à 66 (violation), CEDH [GC], arrêt *Jasper c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, req. 27052/95, §§ 53 à 58 (non-violation), CEDH [GC], arrêt *Fitt et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, req. 28901/95, §§ 43 à 50 (non-violation), CEDH [GC], arrêt *Edwards c. Royaume-Uni* du 27 octobre 2004, reqs. 39647/98 et 40461/98, § 46 (violation) et CEDH, arrêt *Matanović c. Croatie* du 4 avril 2017, *op. cit.*, §§ 160 et s.

<sup>1738</sup> *Ibid.* En en sens également, not. CEDH, arrêt *Matanović c. Croatie* du 4 avril 2017, *op. cit.*, §§ 153 et 154.

<sup>1739</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Fitt et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, req. 28901/95, §§ 48-49.

<sup>1740</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, *op. cit.*, §§ 65-66.

**1105.** La Grande Chambre s'est appuyée sur cette jurisprudence en matière civile dans l'arrêt *Regner c. République Tchèque*, sans faire mention cependant du critère du caractère strictement nécessaire de la non-divulgaration, mais évoquant celui de l'absence d'atteinte à la substance du droit à un procès équitable<sup>1741</sup>.

(iii) *L'obligation de motivation des décisions judiciaires*

**1106.** L'article 6 § 1 exige que les décisions judiciaires soient suffisamment – l'étendue de cette obligation peut en effet varier selon les circonstances – motivées et non « automatiques et stéréotypées »<sup>1742</sup>.

(iv) *Le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination*

**1107.** La Cour juge, sans la moindre ambiguïté, que

« le droit de se taire et - l'une de ses composantes - le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable »<sup>1743</sup>.

Elle affirme encore que

« le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé »<sup>1744</sup>

et est, en ce sens, « étroitement lié au principe de la présomption d'innocence consacré à l'article 6 par. 2 de la Convention »<sup>1745</sup>. La Cour a précisé à cet égard que le droit de ne pas témoigner contre soi-même ne constitue pas une protection « contre la tenue de propos incriminants en tant que telle mais (...) contre l'obtention de preuves par la coercition ou l'oppression »<sup>1746</sup>, ce qui ne signifie pas que toute contrainte directe entraîne nécessairement une violation de ce droit, qui n'est ainsi pas absolu<sup>1747</sup>.

---

<sup>1741</sup> Voy. ci-dessus II, A, 2, a, (3), (a).

<sup>1742</sup> Not. récemment, CEDH [GC], arrêt *Moreira Ferreira c. Portugal* (n° 2) du 10 juillet 2017, req. 19867/12, § 84.

<sup>1743</sup> CEDH [GC], arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, req. 19187/91, § 68. Voy. également CEDH [GC], arrêt *John Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996, req. 18731/91, § 45.

<sup>1744</sup> *Ibid.*

<sup>1745</sup> *Ibid.*

<sup>1746</sup> CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 267.

<sup>1747</sup> *Ibid.*, §§ 267-269. La Cour indique plus précisément que: « 267. (...) C'est l'existence d'une contrainte qui peut faire douter du respect de ce droit. Pour cette raison, la Cour doit d'abord examiner la nature et le degré de la contrainte dont il a été fait usage pour obtenir les preuves (*Heaney et McGuinness c. Irlande*, no 34720/97, §§ 54-55, CEDH 2000-XII, *O'Halloran et Francis*, précité, § 55, et *Bykov*, précité, § 92). Dans sa jurisprudence, la Cour a distingué au moins trois types de situations de nature à faire craindre l'existence d'une contrainte abusive contraire à l'article 6. La première situation est celle d'un suspect qui, menacé de subir des sanctions s'il ne témoigne pas, soit témoigne (voir, par exemple, *Saunders*, précité, et *Brusco c. France*, no 1466/07, 14 octobre 2010) soit est puni pour avoir refusé de le faire (voir, par exemple, *Heaney et McGuinness*, précité, et *Weh c. Autriche*, no 38544/97, 8 avril 2004). La deuxième situation est celle où des pressions physiques ou



**1108.** Afin d'évaluer la compatibilité de la procédure avec le droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour aura notamment égard au fait que l'accusé a eu accès à un avocat promptement, soit en règle dès le premier interrogatoire<sup>1748</sup>. Pour que le droit de garder le silence et de ne pas s'incriminer ne soit pas illusoire ou théorique, les accusés doivent en avoir connaissance et doivent dès lors en être informés par les autorités compétentes<sup>1749</sup>, dès le stade de l'interrogatoire par la police<sup>1750</sup>.

**1109.** Enfin, si le silence du prévenu ne peut certes pas fonder « exclusivement ou essentiellement » une condamnation, il peut être pris en compte

« dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part, pour apprécier la force de persuasion des éléments à charge »<sup>1751</sup>.

(v) *La Cour ne remet en principe pas en cause l'appréciation des faits et des preuves du juge national*

**1110.** Au vu de l'article 19 de la Convention, il n'incombe pas à la Cour, hormis en cas de décision arbitraire ou manifestement déraisonnable<sup>1752</sup>,

---

psychologiques, souvent sous la forme de traitements contraires à l'article 3 de la Convention, sont exercées pour obtenir des aveux ou des éléments matériels (voir, par exemple, *Jalloh, Magee* et *Gäfgen*, tous précités). La troisième situation est le recours par les autorités à un subterfuge pour extorquer des informations qu'elles n'ont pu obtenir par un interrogatoire (*Allan c. Royaume-Uni*, no 48539/99, CEDH 2002-IX).

268. Un témoignage obtenu sous la contrainte qui semble de prime abord dépourvu de caractère incriminatoire – telles des remarques disculpant leur auteur ou de simples informations sur des questions de fait – peut par la suite être utilisé dans une procédure pénale à l'appui de la thèse de l'accusation, par exemple pour contredire ou discréditer d'autres déclarations de l'accusé ou son témoignage pendant la phase de jugement, ou encore pour compromettre sa crédibilité. Le droit de ne pas témoigner contre soi-même ne saurait raisonnablement se limiter aux déclarations incriminant leur auteur (*Saunders*, précité, § 69).

269. Toutefois, le droit de ne pas témoigner contre soi-même n'est pas absolu (*Heaney et McGuinness*, précité, § 47, *Weh*, précité, § 46, et *O'Halloran et Francis*, précité, § 53). Le degré de contrainte appliqué sera incompatible avec l'article 6 s'il atteint ce droit dans sa substance même (*John Murray*, précité, § 49). Mais toutes les formes de contrainte directe ne vident pas automatiquement ce droit de sa substance même pour conduire ainsi à une violation de l'article 6 (*O'Halloran et Francis*, précité, § 53). Ce qui est crucial dans ce contexte, c'est l'usage qui est fait au cours du procès pénal des éléments recueillis sous la contrainte (*Saunders*, précité, § 71) ».

<sup>1748</sup> *Ibid.*, §§ 255-256 et not. CEDH [GC], arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, req. 36391/02, §§ 54-55. Suivant la Cour, l'accès à un avocat ne peut toutefois être retardé que si : « (...) à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 (...). Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation » (*Ibid.* mais voir l'analyse à notre sens contestable réalisée *in concreto* dans l'arrêt *Ibrahim e.a.*).

<sup>1749</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 272.

<sup>1750</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *John Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996, req. 18731/91, § 45. Voy. également sur cette question, CEDH, arrêt *Stojkovic c. France et Belgique* du 27 octobre 2011, req. 25303/08, § 54.

<sup>1751</sup> CEDH [GC], arrêt *John Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996, *op. cit.*, § 47.

<sup>1752</sup> Voy. not. CEDH, arrêt *Melich et Beck c. République tchèque* du 24 juillet 2008, req. 35450/04, § 48 et CEDH, arrêt *Nemtsov c. Russie* du 31 juillet 2014, req. 1774/11, §§ 87 et s.

« de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention »<sup>1753</sup>.

**1111.** Dans cette mesure, l'article 6 « ne réglemente pas (...) l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui relève au premier chef du droit interne »<sup>1754</sup>, de sorte que

« la tâche de la Cour ne consiste pas à se prononcer sur le point de savoir si certains éléments de preuve ont été obtenus de manière illégale mais à examiner si une telle "illégalité" a entraîné la violation d'un droit protégé par la Convention »<sup>1755</sup>.

En effet, la Cour

« doit examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l' "illégalité" en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation »<sup>1756</sup>.

Sans préjudice de ce que nous indiquons ci-dessus relativement l'examen de l'équité de la procédure entachée de violation de l'article 3 ou de l'article 8, il ressort de la jurisprudence que la Cour aura égard à différents éléments en cas d'obtention illégale d'éléments de preuve. Elle recherchera si l'accusé « s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation » et si « la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude »<sup>1757</sup>. Elle s'interrogera également sur le caractère déterminant ou non de l'élément de preuve pour l'issue du procès<sup>1758</sup>.

*(vi) Un usage encadré des techniques d'investigation spéciales*

**1112.** La Cour accepte<sup>1759</sup> que la lutte contre la criminalité grave, comme la délinquance organisée ou la corruption, puisse conduire les autorités à mettre en œuvre des techniques d'investigation spéciales telles que le recours à des agents infiltrants, à des informateurs ou à des pratiques « sous couverture ».

---

<sup>1753</sup> Parmi beaucoup d'autres, CEDH [GC], arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, req. 54810/00, § 94 et CEDH [GC], arrêt *Bykov c. Russie* du 10 mars 2009, req. 4378/02, § 88. Certains arrêts renvoient également à une possibilité d'intervention de la Cour en cas d' « arbitraire » (voy. not. CEDH, arrêt *Melich et Beck c. République tchèque* du 24 juillet 2008, req. 35450/04, § 48).

<sup>1754</sup> I CEDH [GC], arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, *op. cit.*, § 95 et CEDH [GC], arrêt *Bykov c. Russie* du 10 mars 2009, *op. cit.*, § 89.

<sup>1755</sup> CEDH [GC], arrêt *Ramanauskas c. Lituanie* du 5 février 2008, req. 74420/01, § 52.

<sup>1756</sup> CEDH [GC], arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, req. 54810/00, § 94 et CEDH [GC], arrêt *Bykov c. Russie* du 10 mars 2009, req. 4378/02, § 88.

<sup>1757</sup> *Ibid.*, § 96 et *Ibid.*, § 90. La Cour soutient en outre de manière constante : « Si un problème d'équité ne se pose pas nécessairement lorsque la preuve obtenue n'est pas corroborée par d'autres éléments, il faut noter que lorsqu'elle est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre ». En ce qui concerne la valeur probante des éléments de preuve recueillis grâce à des témoins collaborant avec l'accusation, voy. not. CEDH, arrêt *Habran et Dalem c. Belgique* du 17 janvier 2017, reqs. 43000/11 et 49380/11, §§ 96 et s.

<sup>1758</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Gäfgen c. Allemagne* du 1<sup>er</sup> juin 2010, req. 22978/05, § 180.

<sup>1759</sup> Voy. CEDH [GC], arrêt *Ramanauskas c. Lituanie* du 5 février 2008, req. 74420/01, §§ 49-50.

**1113.** Sans qu'elles n'induisent par essence une atteinte au droit à un procès équitable, leur usage doit néanmoins être cantonné dans les limites claires, vu le risque de provocations policières qu'elles engendrent<sup>1760</sup>. Aussi,

« l'emploi ultérieur de telles sources par le juge du fond pour fonder une condamnation (...) n'est acceptable que s'il est entouré de garanties adéquates et suffisantes contre les abus et notamment d'une procédure claire et prévisible pour autoriser, exécuter et contrôler les mesures d'investigation dont il s'agit »<sup>1761</sup>.

### (b) Le droit à un procès public

**1114.** L'article 6 § 1 garantit à l'accusé un procès public, droit impliquant en principe la tenue d'une audience<sup>1762</sup>. L'accusé doit de surcroît pouvoir comparaître et être « entendu »<sup>1763</sup>. Selon la Cour, la

« comparution d'un prévenu revêt une importance capitale dans l'intérêt d'un procès pénal équitable et l'obligation de garantir à l'accusé le droit d'être présent dans la salle d'audience – soit pendant la première procédure à son encontre, soit au cours d'un nouveau procès – est l'un des éléments essentiels de l'article 6 »<sup>1764</sup>.

Aussi, bien qu'

« une procédure se déroulant en l'absence du prévenu [ne soit] pas en soi incompatible avec l'article 6 de la Convention, il demeure néanmoins qu'un déni de justice est constitué lorsqu'un individu condamné *in absentia* ne peut obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit, alors qu'il n'est pas établi qu'il a renoncé à son droit de comparaître et de se défendre »<sup>1765</sup>.

**1115.** Notons que l'article 6 § 1 prévoit expressément plusieurs exceptions à la publicité des audiences ; et que dans certaines affaires ne relevant pas du « noyau dur » du droit pénal ou de moindre importance, le droit à un procès public peut être tempéré<sup>1766</sup>.

### (c) Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable

**1116.** L'accusé a le droit « de voir sa cause jugée dans un délai raisonnable, une fois le processus judiciaire entamé »<sup>1767</sup>, afin qu'il ne demeure pas « trop longtemps dans l'incertitude de la solution qui sera réservée à l'accusation pénale portée contre lui ». Le délai commence à courir au moment où la personne se trouve « accusée »<sup>1768</sup>.

---

<sup>1760</sup> *Ibid.*, § 51.

<sup>1761</sup> *Ibid.*, § 53. Les éléments de preuves obtenus à la suite d'une provocation policière ne peuvent quant à eux être utilisés sous peine de porter atteinte à l'équité de la procédure dans son ensemble (§ 54).

<sup>1762</sup> Sur cette question, voy. CEDH [GC], arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01, §§ 41-43.

<sup>1763</sup> *Ibid.*, § 40.

<sup>1764</sup> CEDH [GC], arrêt *Hermi c. Italie* du 18 octobre 2006, req. 18114/02, § 58. Ces principes peuvent néanmoins être tempérés en appel, voy. *Ibid.*, § 60.

<sup>1765</sup> CEDH [GC], arrêt *Sejdovic c. Italie* du 1<sup>er</sup> mars 2006, req. 56581/00, § 82.

<sup>1766</sup> CEDH [GC], arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, *op. cit.*, §§ 43 à 45.

<sup>1767</sup> CEDH [GC], arrêt *Kart c. Turquie* du 3 décembre 2009, req. 8917/05, § 68.

<sup>1768</sup> CEDH, arrêt *Neumeister c. Autriche* du 27 juin 1968, req. 1936/63, § 18.

**1117.** Comme nous l'avons déjà relevé, une personne est accusée, soit en cas de « notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale »<sup>1769</sup>, soit lorsque les actes posés par les autorités compétentes, en raison des soupçons qui pèsent contre elle, ont des répercussions importantes sur sa situation<sup>1770</sup>. La période à prendre en compte couvre toute la procédure et s'achève avec le jugement final rendu sur le bienfondé de l'accusation, le cas échéant par une instance de recours<sup>1771</sup>. Il est dans ce cadre certain qu'il n'est pas décidé du bienfondé de l'accusation tant que la peine n'a pas été déterminée<sup>1772</sup>.

**1118.** L'évaluation du caractère raisonnable ou non de la durée de la procédure implique une évaluation globale des circonstances de la cause<sup>1773</sup> à la lumière des critères suivants développés par la Cour au fil de sa jurisprudence<sup>1774</sup> : la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et la manière dont l'affaire a été conduite par les autorités administratives et judiciaires.

#### **(4) Les garanties particulières prévues aux paragraphes 2 et 3 : présomption d'innocence et droits de la défense**

**1119.** En cas d'accusation en matière pénale, la personne concernée bénéficie également des garanties figurant aux deuxième et troisième paragraphes de l'article 6, qui ont pour objectif de lui garantir un procès équitable. Il ressort ainsi de la jurisprudence de la Cour EDH que

« la présomption d'innocence consacrée par le paragraphe 2 de l'article 6 figure parmi les éléments du procès pénal équitable »<sup>1775</sup>.

De plus, elle estime que les droits minimaux figurant à l'article 6 § 3, montrent par des exemples ce qu'exige l'équité dans les situations procédurales qui se produisent couramment dans les affaires pénales, et que l'on peut donc y voir

« des aspects particuliers de la notion de procès équitable en matière pénale contenue à l'article 6 § 1 »<sup>1776</sup>.

---

<sup>1769</sup> CEDH, arrêt *Deweere c. Belgique* du 27 février 1980, req. 6903/75, § 46 ainsi que plus récemment CEDH [GC], arrêt *Mc Farlane c. Irlande* du 10 septembre 2010, req. 31333/06, § 143.

<sup>1770</sup> CEDH [GC], arrêt *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018, req. 71409/10, § 119 qui invoque CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 249.

<sup>1771</sup> *Ibid.* et CEDH, arrêt *Neumeister c. Autriche* du 27 juin 1968, req. 1936/63, § 19 ainsi que CEDH [plénière], arrêt *König c. Allemagne* du 28 juin 1978, req. 6232/73, § 99.

<sup>1772</sup> Not. CEDH, arrêt *Eckle c. Allemagne* du 15 juillet 1982, req. 8130/78, § 77 et CEDH [GC], arrêt *V. c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, req. 24888/94, § 109. L'exécution d'une décision d'acquiescement fait également partie de la procédure, voy. CEDH [GC], arrêt *Assanidzé c. Géorgie* du 8 avril 2004, req. 71503/01, §§ 181-182.

<sup>1773</sup> Not. CEDH [plénière], arrêt *König c. Allemagne* du 28 juin 1978, req. 6232/73, § 99 et CEDH, arrêt *Boddaert c. Belgique* du 12 octobre 1992, req. 12919/87, § 36.

<sup>1774</sup> Not. CEDH, arrêt *Neumeister c. Autriche* du 27 juin 1968, req. 1936/63, §§ 20-21, CEDH [plénière], arrêt *König c. Allemagne* du 28 juin 1978, req. 6232/73, § 99 et CEDH [GC], arrêt *Pelissier et Sassi c. France* du 25 mars 1999, req. 25444/94, § 67.

<sup>1775</sup> CEDH, arrêt *Melich et Beck c. République tchèque* du 24 juillet 2008, req. 35450/04, § 47.

<sup>1776</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 251 et CEDH, arrêt *Matanović c. Croatie* du 4 avril 2017, req. 2742/12, § 149.

Il n'est ainsi pas rare que les arguments soulevés par les requérants sur pied de ces dispositions et du droit plus général à un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 soient examinés ensemble<sup>1777</sup>.

**1120.** Le droit d'être présumé innocent et celui de bénéficier des garanties du paragraphe trois n'est cependant pas absolu. Dans ce cadre, comme nous l'avons déjà mis en évidence,

« le respect des exigences du procès équitable s'apprécie au cas par cas à l'aune de la conduite de la procédure dans son ensemble et non en se fondant sur l'examen isolé de tel ou tel point ou incident, bien que l'on ne puisse exclure qu'un élément déterminé soit à ce point décisif qu'il permette de juger de l'équité du procès à un stade précoce. Pour apprécier l'équité globale d'un procès, la Cour prend en compte, s'il y a lieu, les droits minimaux énumérés à l'article 6 § 3, qui montre par des exemples ce qu'exige l'équité dans les situations procédurales qui se produisent couramment dans les affaires pénales. (...). Ces droits minimaux garantis par l'article 6 § 3 ne sont toutefois pas des fins en soi : leur but intrinsèque est toujours de contribuer à préserver l'équité de la procédure pénale dans son ensemble »<sup>1778</sup>.

**1121.** En d'autres termes, la violation d'une de ces garanties particulières entraînera un constat de violation du droit à un procès équitable uniquement si l'équité de la procédure dans son ensemble est atteinte<sup>1779</sup>. Parallèlement, des lacunes non susceptibles d'entraîner isolément la violation de l'article 6 peuvent conduire la Cour à constater que la procédure considérée dans son ensemble a été inéquitable<sup>1780</sup>. Le contrôle opéré est donc le même que celui opéré au regard des garanties générales du premier paragraphe<sup>1781</sup>.

**1122.** Au terme de cette présentation de la fonction des paragraphes 2 et 3 de l'article 6, et du rappel de leur caractère relatif, nous sommes en mesure d'en préciser le contenu. Nous distinguons les différents aspects de la présomption d'innocence (a) et des droits de la défense (b).

#### **(a) La présomption d'innocence : une garantie aux multiples implications**

**1123.** L'article 6 § 2 dispose que :

« Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ».

Dans un arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, la Cour réunie en Grande Chambre a précisé la portée de cette disposition en indiquant que :

« 93. Considérée comme une garantie procédurale dans le cadre du procès pénal lui-même, la présomption d'innocence impose des conditions concernant notamment la charge de la preuve (*Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 décembre 1988, § 77, série A no 146, et *Telfner c. Autriche*, no 33501/96, § 15, 20 mars 2001) ; les présomptions de fait et de droit (*Salabiaku*

---

<sup>1777</sup> Voy. par exemple les arrêts cités aux deux notes précédentes.

<sup>1778</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018, req. 71409/10, §§ 121-122.

<sup>1779</sup> Voy. par exemple en matière de droit d'accès à un avocat *Ibid.*, §§ 123 et s. (violation) et CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, §§ 260-265 (non-violation).

<sup>1780</sup> Not. CEDH, arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, *op. cit.*, § 56.

<sup>1781</sup> CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, *op. cit.*, § 147.

*c. France*, 7 octobre 1988, § 28, série A no 141-A, et *Radio France et autres c. France*, no 53984/00, § 24, CEDH 2004-II) ; le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (*Saunders c. Royaume-Uni*, 17 décembre 1996, § 68, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, et *Heaney et McGuinness c. Irlande*, no 34720/97, § 40, CEDH 2000-XII) ; la publicité pouvant être donnée à l'affaire avant la tenue du procès (*Akay c. Turquie* (déc.), no 34501/97, 19 février 2002, et *G.C.P. c. Roumanie*, no 20899/03, § 46, 20 décembre 2011) ; la formulation par le juge du fond ou toute autre autorité publique de déclarations prématurées quant à la culpabilité d'un prévenu (Allenet de Ribemont, précité, §§ 35-36, et *Nešťák c. Slovaquie*, no 65559/01, § 88, 27 février 2007)

94. Compte tenu toutefois de la nécessité de veiller à ce que le droit garanti par l'article 6 § 2 soit concret et effectif, la présomption d'innocence revêt aussi un autre aspect. Son but général, dans le cadre de ce second volet, est d'empêcher que des individus qui ont bénéficié d'un acquittement ou d'un abandon des poursuites soient traités par des agents ou autorités publics comme s'ils étaient en fait coupables de l'infraction qui leur avait été imputée. (...). Sans protection destinée à faire respecter dans toute procédure ultérieure un acquittement ou une décision d'abandon des poursuites, les garanties d'un procès équitable énoncées à l'article 6 § 2 risqueraient de devenir théoriques et illusoire. Ce qui est également en jeu une fois la procédure pénale achevée, c'est la réputation de l'intéressé et la manière dont celui-ci est perçu par le public. Dans une certaine mesure, la protection offerte par l'article 6 § 2 à cet égard peut recouvrir celle qu'apporte l'article 8 (voir, par exemple, *Zollmann c. Royaume-Uni* (déc.), no 62902/00, CEDH 2003-XII, et *Taliadorou et Stylianou c. Chypre*, nos 39627/05 et 39631/05, §§ 27 et 56-59, 16 octobre 2008) »<sup>1782</sup> (nous soulignons).

**1124.** Nous revenons ci-dessous sur certains des aspects de la présomption d'innocence ainsi mis en évidence, relativement à la répartition de la charge de la preuve entre l'accusation et l'accusé (*i*), au droit de ne pas être présenté comme coupable avant d'être déclaré tel (*ii*), à l'usage de présomptions de fait et de droit (*iii*), au droit de ne pas s'accuser soi-même (*iv*). Nous nous intéresserons ensuite à la portée externe de la présomption d'innocence (*v*) et, enfin, à son exclusion de principe lors de la phase de détermination de la peine (*vi*).

*(i) La charge de la preuve doit reposer sur l'accusation et le doute profiter à l'accusé*

**1125.** A l'occasion de l'affaire *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* du 6 décembre 1988, la Cour, statuant en séance plénière, a indiqué que le principe de la présomption d'innocence implique que « la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé »<sup>1783</sup>.

<sup>1782</sup> CEDH [GC], arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09, §§ 93-94. Voy. très récemment CEDH, arrêt *Bikas c. Allemagne* du 25 janvier 2018, req. 76607/13, § 43.

<sup>1783</sup> CEDH [plénière], arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* du 6 décembre 1988, req. 10590/83, § 77. Outre dans l'arrêt *Allen c. Royaume-Uni* précité, la Cour a invoqué ce précédent, notamment dans les arrêts *Telfner c. Autriche* du 20 mars 2001, req. 33501/96, § 15, *Lavents c. Lettonie* du 28 novembre 2002, req. 58442/00, § 125 ou CEDH, arrêt *Ajdaric c. Croatie* du 13 décembre 2011, req. 20883/09, § 51. Voy. également à cet égard CEDH, arrêt *Capeau c. Belgique* du 13 janvier 2005, req. 42914/98, § 25 dans lequel la Cour indique : « Cependant, on ne saurait à bon droit renverser purement et simplement la charge de la preuve dans le cadre de la procédure d'indemnisation introduite à la suite d'une décision définitive de non-lieu à poursuites. Le fait d'exiger d'une personne qu'elle apporte la preuve de son innocence, ce qui donne à penser que la juridiction considère l'intéressée comme coupable, apparaît déraisonnable et révèle une atteinte à la présomption d'innocence. La Cour rappelle à cet égard que, dans le domaine pénal, le problème de l'administration des preuves doit notamment être envisagé au regard de l'article 6 § 2 et exige, entre autres, que la charge de la preuve pèse sur l'accusation (*Barberà*,

**1126.** Plusieurs arrêts déduisent de cette facette de la présomption d'innocence que le tribunal a l'obligation de suffisamment et valablement motiver sa décision de condamnation au regard des éléments invoqués par l'accusé<sup>1784</sup>. De plus, lorsque l'accusation a apporté des éléments de preuve suffisants, il peut être attendu de l'accusé qu'il fournisse des explications<sup>1785</sup> – sans que ne lui soit néanmoins imposée une charge extrême et insurmontable<sup>1786</sup> – de sorte que le tribunal peut tirer des conclusions de son silence éventuel<sup>1787</sup>.

**1127.** On pourrait néanmoins être désorienté à la lecture de la jurisprudence récente de la Cour, relativement au standard de preuve applicable : le doute doit certes profiter à l'accusé mais quelle doit être l'intensité de ce doute ? En d'autres termes, la culpabilité doit-elle être prouvée au-delà du doute raisonnable ou un standard de preuve moins exigeant peut-il être prévu ?

**1128.** Dans un arrêt *Bykas c. Allemagne* du 25 janvier 2018, la Cour a en effet indiqué que

« *the standard of proof necessary for finding a person guilty of an offence is for the national authorities to determine* »<sup>1788</sup>.

La présomption d'innocence n'impliquerait donc pas l'application d'un standard de preuve déterminé<sup>1789</sup>. La Cour avait néanmoins constaté préalablement qu'en l'espèce le tribunal avait été convaincu de la culpabilité de l'accusé pour toutes les infractions qui lui étaient reprochées – commises sur la même personne au cours d'une longue période –, bien qu'il ne fût pas en mesure de déterminer précisément où et quand certaines d'entre elles avaient commises. Conformément au droit interne, le tribunal n'avait donc pas pu formellement condamner l'accusé de ces chefs d'accusation, pour lesquels il avait provisoirement mis fin aux poursuites, mais avait pu en tenir compte pour fixer la peine – ce qui était considéré comme problématique par le requérant au regard de la présomption d'innocence. La Cour avait de surcroît précisé que la fin provisoire des poursuites avait eu lieu le dernier jour du procès au cours duquel des éléments de preuve relatifs à toutes les infractions avaient été examinés et discutés. Il apparaît donc à l'analyse que bien qu'un standard de preuve différent ait été appliqué selon la Cour pour juger l'accusé coupable de certaines des infractions qui lui étaient reprochées, le tribunal avait été « convaincu » (§ 51) du fait que l'accusé les avait commises.

**1129.** En réalité, la Cour ne semble donc pas s'être écartée du principe, récemment exprimé notamment dans l'arrêt *Tsalkitzis c. Grèce (n°2)* du 19 octobre 2017, selon lequel la présomption d'innocence implique que le doute raisonnable devait profiter à l'accusé – de sorte que sa culpabilité doit être prouvée au-delà de tout doute raisonnable<sup>1790</sup>. Nous estimons donc

---

*Messegué et Jabardo c. Espagne*, arrêt du 6 décembre 1988, série A no 146, p. 33, §§ 76-77). Par conséquent, le raisonnement de la commission d'appel en matière de détention préventive inopérante est incompatible avec le respect de la présomption d'innocence ».

<sup>1784</sup> Voy. not. CEDH, arrêt *Melich et Beck c. République tchèque* du 24 juillet 2008, req. 35450/04, §§ 49 et 52 et CEDH, arrêt *Ajdaric c. Croatie* du 13 décembre 2011, req. 20883/09, § 51.

<sup>1785</sup> CEDH, arrêt *Telfner c. Autriche* du 20 mars 2001, req. 33501/96, §§ 17-18.

<sup>1786</sup> CEDH, arrêt *Nemstov c. Russie* du 31 juillet 2014, req. 1774/11, § 92.

<sup>1787</sup> Voy. not. CEDH [GC], arrêt *John Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996, req. 18731/91, § 54. Voy. également CEDH, décision *Zschüschen c. Belgique* du 2 mai 2017, req. 23572/07.

<sup>1788</sup> CEDH, arrêt *Bikas c. Allemagne* du 25 janvier 2018, req. 76607/13, § 59

<sup>1789</sup> En ce sens, BOUCHT, J., « Chapter 6 : Civil Asset Forfeiture and Art. 6(2) ECHR », *op. cit.*, pp. 182 à 184.

<sup>1790</sup> CEDH, arrêt *Tsalkitzis c. Grèce (n°2)* du 19 octobre 2017, req. 72624/10, § 60. Voy. également CEDH, arrêt *Ajdaric c. Croatie* du 13 décembre 2011, req. 20883/09, § 51 ainsi que l'analyse réalisée par la Cour des preuves

que la capacité des Etats de fixer le standard de preuve applicable en matière pénale ne peut les conduire à permettre la condamnation par application d'un standard de preuve plus lâche que celui de la conviction au-delà du doute raisonnable, comme par exemple celui de la balance des probabilités, mis en œuvre en matière civil<sup>1791</sup>.

(ii) *Le droit de ne pas être présenté comme coupable par une autorité publique avant que sa culpabilité ait été légalement établie*

**1130.** La présomption d'innocence s'oppose encore à ce qu'une décision judiciaire reflète l'opinion qu'un accusé est coupable d'une infraction avant d'avoir été légalement déclaré coupable<sup>1792</sup>, et plus largement, à ce que toute autorité publique déclare qu'une personne est coupable d'une infraction avant que sa culpabilité ait été établie par un tribunal<sup>1793</sup>.

(iii) *... ce qui ne fait pas obstacle à l'usage de présomptions de fait ou de droit ou à l'adoption de mesures d'exécution*

**1131.** Cela étant, la présomption d'innocence n'exclut pas l'usage de présomptions de fait ou de droit pour asseoir une déclaration de culpabilité, ce qui conduit *de facto* à un assouplissement de la charge de la preuve pour l'accusation, et à une obligation pour l'accusé d'apporter des éléments de preuve suffisants pour renverser la présomption en cause.

**1132.** La Cour a ainsi indiqué dans un fameux arrêt *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988 que :

« Tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit ; la Convention n'y met évidemment pas obstacle en principe, mais en matière pénale elle oblige les États contractants à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil. (...) L'article 6 par. 2 (art. 6-2) ne se désintéresse donc pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense »<sup>1794</sup>.

---

retenues contre le requérant à l'occasion de CEDH, arrêt *Telfner c. Autriche* du 21 mars 2001, req. 33501/96, §§ 17 et 18 ou de CEDH, arrêt *Zhang c. Ukraine* du 13 novembre 2018, req. 6970/15, §§ 62 et s. ainsi que sa propre application de ce standard dans les affaires interétatiques (not. CEDH, arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 20 mars 2018, req. 5310/71), à l'occasion desquelles elle indique également que : « *According to its established case-law, proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact* ».

<sup>1791</sup> *Contra* BOUCHT, J., « Chapter 6: Civil Asset Forfeiture and Art. 6(2) ECHR », *op. cit.*, p. 181. L'auteur soutient qu'il n'est pas établi que la jurisprudence aille en ce sens et qu'il pourrait être soutenu que la Cour impose simplement de fixer un standard de preuve et non le standard de preuve pénal.

<sup>1792</sup> Outre les références citées dans l'arrêt *Allen c. Royaume-Uni* précité, voy. CEDH, arrêt *Cleve c. Allemagne* du 15 janvier 2015, req. 48144/09, § 32 ainsi que CEDH, arrêt *Melich et Beck c. République tchèque* du 24 juillet 2008, req. 35450/04, § 53 (décision d'entendre un témoin en l'absence des accusés).

<sup>1793</sup> Not. CEDH, arrêt *Allenet de Ribemont c. France* du 10 février 1995, req. 15175/89, §§ 35-36 et CEDH, arrêt *Y.B. e.a. c. Turquie* du 28 octobre 2004, reqs. 48173/99 et 48319/99, § 43.

<sup>1794</sup> CEDH, arrêt *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, req. 10519/83, § 28. Voy. également CEDH, arrêt *Vastberga Taxi Aktiebolag et Vulic c. Suède* du 23 juillet 2002, req. 36985/97, §§ 113-116 ; CEDH, arrêt *Radio France c. France* du 30 mars 2004, req. 53984/00, § 24 ; CEDH, arrêt *Klouvi c. France* du 30 juin 2011, req. 30754/03, §§ 41 et s. ; CEDH, arrêt *Iasir c. Belgique* du 26 janvier 2016, req. 21614/12, §§ 30-32.



Ils doivent donc

« ménager un équilibre entre l'importance de l'enjeu et les droits de la défense ; en d'autres termes, les moyens employés doivent être raisonnablement proportionnés au but légitime poursuivi »<sup>1795</sup>.

**1133.** Il a encore été jugé en ce sens que la présomption d'innocence et plus largement la Convention ne peuvent être interprétées « *as excluding, in principle, enforcement measures being taken before decisions on tax surcharges have become final* », pour autant que lesdites mesures soient enserrées dans des limites raisonnables assurant « *a fair balance between the interests involved* »<sup>1796</sup>.

(iv) *Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination*

**1134.** Garanti par le droit à un procès équitable, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, corollaire du droit de garder le silence, est également « étroitement lié au principe de la présomption d'innocence »<sup>1797</sup>. Nous renvoyons à cet égard aux développements déjà consacrés à cette question.

(v) *La présomption d'innocence n'est pas uniquement applicable à la procédure pénale*

**1135.** Le principe de la présomption d'innocence

« régit l'ensemble de la procédure pénale, indépendamment de l'issue des poursuites, et non le seul examen du bien-fondé de l'accusation »<sup>1798</sup>.

Il s'applique également aux décisions judiciaires adoptées postérieurement à l'abandon/extinction des poursuites ou à une décision d'acquiescement<sup>1799</sup>, c'est-à-dire hors du cadre de la procédure pénale, pour autant qu'il existe un lien suffisant entre ces procédures<sup>1800</sup>.

---

<sup>1795</sup> CEDH, arrêt *Janosevic c. Suède* du 23 juillet 2002, req. 34619/97, § 101.

<sup>1796</sup> CEDH, arrêt *Vastberga Taxi Aktiebolag et Vulic c. Suède* du 23 juillet 2002, req. 36985/97, §§ 117-118.

<sup>1797</sup> CEDH [GC], arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, req. 19187/91, § 68. La Cour poursuit en indiquant: « *Moreover, provisions allowing early enforcement of certain criminal penalties can be found in the laws of other Contracting States. However, considering that the early enforcement of tax surcharges may have serious implications for the person concerned and may adversely affect his or her defence in the subsequent court proceedings, as with the position with the use of presumptions in criminal law, the States are required to confine such enforcement within reasonable limits that strike a fair balance between the interests involved. This is especially important in cases like the present one in which enforcement measures were taken on the basis of decisions by an administrative authority, that is, before there had been a court determination of the liability to pay the surcharges in question* ».

<sup>1798</sup> Not. CEDH, arrêt *Minelli c. Suisse* du 25 mars 1983, req. 8660/79, § 30 et CEDH, arrêt *Poncelet c. Belgique* du 30 mars 2010, req. 44418/07, § 50.

<sup>1799</sup> Not. CEDH, arrêt *Vanjak c. Croatie* du 14 janvier 2010, req. 29889/04, § 67 et CEDH [GC], arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09, §§ 94 et s., spéc. 98 et 103.

<sup>1800</sup> Voy. not. CEDH [GC], arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09, § 104 et CEDH, arrêt *Bikas c. Allemagne* du 25 janvier 2018, req. 76607/13, § 32. Un tel lien peut exister selon la Cour par exemple « lorsque l'action ultérieure nécessite l'examen de l'issue de la procédure pénale et, en particulier, lorsqu'elle oblige la juridiction concernée à analyser le jugement pénal, à se livrer à une étude ou à une évaluation des éléments de preuve versés au dossier pénal, à porter une appréciation sur la participation du requérant à l'un ou à l'ensemble des événements ayant conduit à l'inculpation, ou à formuler des commentaires sur les indications qui continuent

A défaut, la présomption d'innocence ne serait que théorique. Dans ce cadre, la présomption d'innocence peut être applicable à une procédure dans laquelle la personne concernée n'a pas la qualité d'accusé<sup>1801</sup>.

**1136.** La portée du principe n'est toutefois pas la même en cas d'acquiescement ou d'arrêt/abandon des poursuites. La Cour a en effet récemment rappelé que dans la première hypothèse,

« *the voicing of suspicions regarding an accused's innocence is no longer admissible* »,

alors que dans la seconde,

« *the presumption of innocence will only be violated (...) if, without the accused's having previously been proved guilty according to law and, in particular, without his having had an opportunity to exercise the rights of the defence, a judicial decision concerning him reflects an opinion that he is guilty* »<sup>1802</sup>.

Le contexte de l'affaire ainsi que les termes employés par l'autorité appelée à statuer après l'abandon des poursuites ou l'acquiescement sont donc d'une importance essentielle<sup>1803</sup>, ce qui ne rend pas les choses aisées pour les juges nationaux<sup>1804</sup>.

**1137.** La présomption d'innocence est encore applicable à des procédures « parallèles »<sup>1805</sup> à la procédure pénale, c'est-à-dire des procédures qui ne s'inscrivent pas dans le prolongement d'une procédure pénale achevée/abandonnée mais qui sont liées à une procédure pénale en cours<sup>1806</sup>.

**1138.** Il a en revanche été jugé sans équivoque que l'article 6 § 2 n'était pas applicable à une procédure administrative de confiscation dite *in rem* ou civile qui avait été mise en œuvre antérieurement à une procédure pénale, d'une part, parce qu'elle précédait les poursuites (portée extérieure au procès pénal), et d'autre part, parce qu'elle n'impliquait pas elle-même une accusation en matière pénale (portée intérieure au procès)<sup>1807</sup>. Nous estimons que cette

---

de suggérer une éventuelle culpabilité de l'intéressé » (*ibid.*). Voy. également CEDH, arrêt *Cleve c. Allemagne* du 15 janvier 2015, req. 48144/09, § 34 qui soutient que : « *In cases in which a criminal court rejected an indictment and acquitted the accused or discontinued the proceedings against him, both the Court and the Commission stressed that the reasoning in the domestic court's decision forms a whole with, and cannot be dissociated from, the operative provisions. Therefore, the Convention organs had to examine the reasoning of the domestic court's decision in the light of the presumption of innocence despite the fact that the indictment was rejected.* »

<sup>1801</sup> CEDH, arrêt *Diamantides c. Grèce (n° 2)* du 19 mai 2005, req. 71563/01, § 34 (qui fait référence à CEDH, arrêt *Minelli c. Suisse* du 25 mars 1983, req. 8660/79, § 37 et à CEDH, arrêt *Daktaras c. Lituanie* du 10 octobre 2000, req. 42095/98, § 41).

<sup>1802</sup> CEDH, arrêt *Bikas c. Allemagne* du 25 janvier 2018, req. 76607/13, § 44. Voy. également CEDH, arrêt *Capeau c. Belgique* du 13 janvier 2005, req. 42914/98, §§ 24 et s et CEDH [GC], arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09, §§ 120 à 126.

<sup>1803</sup> CEDH [GC], arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09, §§ 125 et 126 et

<sup>1804</sup> Voy. l'opinion séparée du Juge *De Gaetano* à la suite de l'arrêt *Allen c. Royaume-Uni* précité.

<sup>1805</sup> Terme employé dans le *Guide sur l'article 6 de la Convention – Droit à un procès équitable (volet pénal)*, précité, p. 57.

<sup>1806</sup> Il peut par exemple s'agir de la procédure de révocation d'une libération conditionnelle fondée sur la commission d'une infraction au cours du délai d'épreuve, infraction qui faisait l'objet d'une procédure pénale pendante devant une autre juridiction (voy. CEDH, arrêt *Bohmer c. Allemagne* du 3 octobre 2002, req. 37568/97, §§ 53 et s.) ou d'une procédure d'extradition aux fins de poursuites (voy. CEDH, arrêt *Eshonkulov c. Russie* du 15 janvier 2015, req. 68900/13, §§ 74-75).

<sup>1807</sup> CEDH, arrêt *Gogitidze c. Géorgie* du 12 mai 2015, req. 36862/05, § 125.

jurisprudence est contestable et nous y reviendrons lors de l'analyse de la jurisprudence de la Cour en matière de confiscation.

(vi) *La présomption d'innocence n'est en principe pas applicable à la phase de détermination de la peine*

**1139.** L'article 6 § 2 garantit le droit d'être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. La présomption d'innocence cesse donc dès que l'accusé a été déclaré coupable, de sorte qu'elle n'est pas applicable aux affirmations relatives à sa personnalité et à son comportement à l'occasion de la détermination de la peine, à moins que lesdites affirmations soient d'une telle nature et d'un tel degré qu'elles constituent en réalité une nouvelle accusation au sens de la Convention<sup>1808</sup>.

**(b) Les droits de la défense : des moyens de garantir l'équité de la procédure et non « une fin en soi »**

**1140.** L'article 6 § 3 dispose que :

« Tout accusé a droit notamment à :

- a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;
- d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
- e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

**1141.** Comme nous l'avons déjà relevé, les garanties figurant au paragraphe 3 constituent des aspects particuliers du droit à un procès équitable consacré au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 6<sup>1809</sup>. Dans cette mesure, la Grande Chambre a précisé que

« ces droits minimaux ne sont toutefois pas des fins en soi : leur but intrinsèque est toujours de contribuer à préserver l'équité de la procédure pénale dans son ensemble »<sup>1810</sup>.

Aussi, la violation de l'une de ces garanties particulières n'entraînera pas *de facto* un constat de violation du droit à un procès équitable<sup>1811</sup>. En outre, le respect de ces droits minimaux ne fait

<sup>1808</sup> Récemment, voy. not. CEDH, arrêt *Bikas c. Allemagne* du 25 janvier 2018, req. 76607/13, § 33.

<sup>1809</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Sakhnovski c. Russie* du 2 novembre 2010, req. 21272/03, § 94.

<sup>1810</sup> CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 251.

<sup>1811</sup> *Ibid.*, §§ 260-265 (sur la méconnaissance du droit d'accès à un avocat).

pas obstacle à ce que la procédure considérée dans son ensemble présente néanmoins un caractère inéquitable<sup>1812</sup>.

**1142.** Nous en précisons les principales caractéristiques ci-dessous en traitant les droits à l'information et de pouvoir préparer sa défense ensemble (i), avant d'aborder le droit d'être assisté par un avocat (ii), le droit d'interroger les témoins (iii) et celui de bénéficier de l'assistance d'un interprète (iv).

(i) *Le droit à l'information et à la préparation de sa défense*

**1143.** Le droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre soi (§ 3, a) doit être envisagé à la lumière de celui de préparer sa défense (§ 3, b), ils sont ainsi liés<sup>1813</sup>.

**1144.** L'information dont doit bénéficier l'accusé porte sur les faits matériels mis à sa charge et sur la qualification juridique qui leur est donnée<sup>1814</sup>. Il s'agit d'une condition essentielle de l'équité de la procédure, de sorte que les autorités sont appelées à faire preuve d'un « soin extrême » lorsqu'elle notifie une accusation<sup>1815</sup>.

**1145.** L'obligation d'information ne fait cependant pas obstacle à ce que des éléments factuels soient précisés par le tribunal sur base d'éléments produits au cours des débats, et portés à la connaissance de l'accusé<sup>1816</sup>. Les preuves fondant l'accusation ne doivent par ailleurs pas nécessairement être mentionnées dans l'acte d'information notifié<sup>1817</sup>, qui n'est soumis à aucune forme particulière<sup>1818</sup>, mais qui doit être effectivement reçu par l'accusé<sup>1819</sup>.  
L'obligation d'information

« incombe entièrement aux autorités de poursuite, qui ne peuvent y satisfaire passivement en produisant des informations sans en avertir la défense »<sup>1820</sup>.

Cette obligation d'information porte également sur l'éventuelle requalification des faits par le tribunal<sup>1821</sup>, à moins qu'elle porte sur un élément intrinsèque de l'accusation et n'ait en ce sens pas porté atteinte à l'exercice des droits de la défense<sup>1822</sup>.

---

<sup>1812</sup> Not. CEDH, arrêt *Deweere c. Belgique* du 27 février 1980, *op. cit.*, § 56.

<sup>1813</sup> CEDH [GC], arrêt *Pélissier et Sassi c. France* du 25 mars 1999, req. 25444/94, § 54.

<sup>1814</sup> Not. *Ibid.*, § 51.

<sup>1815</sup> Not. *Ibid.* et CEDH [GC], arrêt *Sejdovic c. Italie* du 1<sup>er</sup> mars 2006, req. 56581/00, § 90 ainsi que plus récemment CEDH, arrêt *Varela Geis c. Espagne* du 5 mars 2013, req. 61005/09, § 41. Cette notification est également essentielle pour déterminer le moment à partir duquel une personne fait l'objet d'une accusation au vu de la définition donnée à cette notion (voy. notamment l'arrêt *Deweere c. Belgique*, précité).

<sup>1816</sup> CEDH, arrêt *Pereira Cruz e.a. c. Portugal* du 26 juin 2018, reqs 56396/12, 52757/13, 57186/13 et 68115/13, § 198.

<sup>1817</sup> Commission des droits de l'homme [plénière], décision *X. c. Belgique* du 9 mai 1977, req. 7628/76.

<sup>1818</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Pélissier et Sassi c. France* du 25 mars 1999, req. 25444/94, § 53.

<sup>1819</sup> Commission des droits de l'homme [plénière], décision *C. c. Italie* du 11 mai 1988, req. 10889/84.

<sup>1820</sup> CEDH, arrêt *Mattoccia c. Italie* du 25 juillet 2000, req. 23969/94, § 65. Naturellement, l'accusé ne peut être responsable du défaut d'information, voy. CEDH, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984, reqs. 7819/77 et 7878/77, § 96.

<sup>1821</sup> CEDH, arrêt *Mattoccia c. Italie* du 25 juillet 2000, req. 23969/94, § 61 ainsi que plus récemment CEDH, arrêt *Pereira Cruz e.a. c. Portugal* du 26 juin 2018, reqs 56396/12, 52757/13, 57186/13 et 68115/13, § 198.

<sup>1822</sup> <sup>1821</sup> <sup>1822</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Pélissier et Sassi c. France* du 25 mars 1999, req. 25444/94, §§ 55-62 et CEDH, arrêt *Juha Nuutinen c. Finlande* du 24 avril 2007, req. 45830/99, § 32 ainsi que CEDH, arrêt *Penev c. Bulgarie* du

**1146.** Le caractère suffisant des informations communiquées s'apprécie selon les circonstances de la cause, à la lumière du droit de préparer sa défense<sup>1823</sup> (§ 3 b), étant établi que

« l'accusé doit en tout cas disposer d'éléments suffisants pour comprendre pleinement les charges portées contre lui en vue de préparer convenablement sa défense »<sup>1824</sup>.

Dans le même ordre d'idée, l'information doit être communiquée en temps voulu au regard des circonstances de la cause<sup>1825</sup> et dans une langue que l'accusé comprend<sup>1826</sup>.

**1147.** Le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense vise à assurer, autant que faire se peut, une égalité entre défense et accusation<sup>1827</sup> et peut ainsi être considéré, à l'instar de l'article 6 § 1, comme un fondement du principe de l'égalité des armes<sup>1828</sup>. Il ressort d'une jurisprudence bien établie que ce droit

*« implies that the substantive defence activity on his behalf may comprise everything which is "necessary" to prepare the main trial. The accused must have the opportunity to organise his defence in an appropriate way and without restriction as to the possibility to put all relevant defence arguments before the trial court, and thus to influence the outcome of the proceedings. The provision is violated only if this is made impossible »*<sup>1829</sup>.

**1148.** Sa portée doit être analysée à la lumière de la nature de la procédure et du stade auquel elle se trouve ainsi que de la complexité de l'affaire<sup>1830</sup>, c'est-à-dire selon les circonstances particulières de chaque affaire<sup>1831</sup>. Les « facilités » qui doivent être accordées à l'accusé sont celles qui sont « nécessaires » pour préparer sa défense, ce qui signifie qu'elles se « limitent à celles qui concourent ou peuvent concourir à la préparation de la défense »<sup>1832</sup>. Parmi elles, comme nous l'avons déjà évoqué, figure la possibilité d'avoir accès au résultat des investigations menées au cours de la procédure<sup>1833</sup>. En outre, si l'accès au dossier peut n'être

---

7 janvier 2010, req. 20494/04, §§ 36-44, dans lequel la Cour met également en évidence le fait que la requalification n'a fait l'objet d'aucun débat devant le tribunal (§ 41), pour appuyer son constat de violation du droit à un procès équitable. Il convient de mettre cette obligation en lien avec le principe du contradictoire qui vise notamment à éviter qu'une partie soit prise au dépourvu (voy. récemment CEDH, arrêt *Pereira Cruz e.a. c. Portugal* du 26 juin 2018, reqs 56396/12, 52757/13, 57186/13 et 68115/13, § 199).

<sup>1823</sup> CEDH [GC], arrêt *Pélissier et Sassi c. France* du 25 mars 1999, req. 25444/94, § 54. Ces deux droit ainsi « liés ».

<sup>1824</sup> CEDH, arrêt *Pereira Cruz e.a. c. Portugal* du 26 juin 2018, reqs. 56396/12, 52757/13, 57186/13 et 68115/13, § 198.

<sup>1825</sup> Not. CEDH, arrêt *Borisova c. Bulgarie* du 21 décembre 2006, req. 56891/00, §§ 42-44. Ce délai doit être évalué en tenant compte du moment où la personne en cause est accusée au sens de la Convention et non de manière formelle (voy. CEDH, arrêt *Casse c. Luxembourg* du 27 avril 2006, req. 40327/02, § 71).

<sup>1826</sup> Une traduction écrite ou verbale, pour autant que les droits de la défense puissent être effectivement exercés, peut être donnée, voy. CEDH [GC], arrêt *Hermi c. Italie* du 18 octobre 2006, req. 18114/02, § 68 et § 70.

<sup>1827</sup> CEDH, arrêt *Mayzit c. Russie* du 20 janvier 2005, req. 63378/00, § 79.

<sup>1828</sup> Not. Commission des droits de l'homme, rapport *Jespers c. Belgique* du 14 décembre 1981, req. 8403/78, § 55.

<sup>1829</sup> Commission des droits de l'homme, rapport *Can c. Autriche* du 12 juillet 1984, req. 9300/81, § 53 et plus récemment CEDH, arrêt *Mayzit c. Russie* du 20 janvier 2005, req. 63378/00, § 78 ainsi que CEDH, arrêt *Gregacevic c. Croatie* du 10 juillet 2012, req. 58331/09, § 51.

<sup>1830</sup> CEDH, arrêt *Gregacevic c. Croatie* du 10 juillet 2012, req. 58331/09, § 51.

<sup>1831</sup> Not. CEDH, arrêt *Iglin c. Ukraine* du 12 janvier 2012, req. 39908/05, § 65.

<sup>1832</sup> Not. Commission des droits de l'homme, rapport *Jespers c. Belgique* du 14 décembre 1981, req. 8403/78, § 57 et CEDH, arrêt *Mayzit c. Russie* du 20 janvier 2005, req. 63378/00, § 79.

<sup>1833</sup> Not. Commission des droits de l'homme, rapport *Jespers c. Belgique* du 14 décembre 1981, req. 8403/78, § 57 ainsi que plus récemment CEDH, arrêt *Iglin c. Ukraine* du 12 janvier 2012, req. 39908/05, § 65.

accordé qu'à l'avocat de l'accusé, cette situation ne peut faire obstacle à ce qu'il ait connaissance des éléments de preuve retenus contre lui et puisse formuler ses observations<sup>1834</sup>. L'accusé doit encore avoir la possibilité de s'entretenir préalablement à l'audience avec son avocat<sup>1835</sup>.

**1149.** En ce qui concerne la question du temps nécessaire à la préparation de sa défense, il faut naturellement tenir compte de la complexité de l'affaire mais aussi du « volume de travail habituel d'un avocat »<sup>1836</sup>. La Convention vise dans ce cadre à préserver l'accusé d'un procès hâtif, à l'occasion duquel ses droits procéduraux ne peuvent être garantis<sup>1837</sup>. En principe, il incombe à l'accusé de solliciter un délai supplémentaire – si le droit interne le permet<sup>1838</sup> – pour préparer sa défense s'il estime le temps imparti insuffisant<sup>1839</sup>, à moins que les circonstances exceptionnelles de la cause auraient dû conduire le tribunal à agir en ce sens de sa propre initiative<sup>1840</sup>. Le droit de disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense implique également que le tribunal indique suffisamment clairement les motifs sur lesquels se fonde sa décision, et les communique à l'accusé dans un délai lui permettant d'évaluer en connaissance de cause l'opportunité de faire appel<sup>1841</sup>.

(ii) *Le droit de se défendre seul ou d'être assisté par un avocat, le cas échéant gratuitement*

**1150.** L'accusé a encore le droit de se défendre lui-même ou d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat, lorsque les intérêts de la justice l'exigent (§ 3 c).

**1151.** A l'instar des autres garanties figurant à l'article 6, ce droit est applicable dès lors que la personne en cause se trouve accusée<sup>1842</sup>, étant donné que lesdites garanties peuvent « jouer un rôle au stade antérieur à la phase de jugement si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès »<sup>1843</sup>, ce qui n'est pas douteux quant à l'accès à un avocat<sup>1844</sup>. Nous renvoyons pour le surplus le lecteur intéressé à la jurisprudence fournie de la Cour en la matière<sup>1845</sup>, qui dépasse le cadre de notre étude.

---

<sup>1834</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Ocalan c. Turquie* du 12 mai 2005, req. 46221/99, § 140.

<sup>1835</sup> Not. CEDH, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984, reqs. 7819/77 et 7878/77, § 99.

<sup>1836</sup> CEDH, décision *Mattick c. Allemagne* du 31 mars 2005, req. 62116/00.

<sup>1837</sup> Not. CEDH, arrêt *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie* du 20 septembre 2011, req. 14902/04, § 540 et en ce sens, CEDH, arrêt *Galstyan c. Arménie* du 15 novembre 2007, req. 26986/03, § 85.

<sup>1838</sup> CEDH, arrêt *Galstyan c. Arménie* du 15 novembre 2007, req. 26986/03, § 85.

<sup>1839</sup> Not. CEDH, arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984, *op. cit.*, § 98.

<sup>1840</sup> CEDH, arrêt *Goddi c. Italie* du 9 avril 1984, req. 8966/80, § 31 ainsi que CEDH [GC], arrêt *Sakhnovski c. Russie* du 2 novembre 2011, req. 21272/03, § 106.

<sup>1841</sup> CEDH, arrêt *Baucher c. France* du 24 juillet 2007, req. 53640/00, §§ 42 et s.

<sup>1842</sup> CEDH, arrêt *Imbrioscia c. Suisse* du 24 novembre 1993, req. 13972/88, §§ 34-36.

<sup>1843</sup> CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 253.

<sup>1844</sup> CEDH [GC], arrêt *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018, req. 71409/10, §§ 125-126.

<sup>1845</sup> Voy. le *Guide sur l'article 6 – droit à un procès équitable (volet pénal)* précité, pp.69-78. Voy. également CEDH [GC], arrêt *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018, req. 71409/10, §§ 114 et s.

(iii) *Le droit d'interroger les témoins*

**1152.** L'accusé doit avoir l'opportunité d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge, et d'obtenir la convocation et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que des témoins à charge (§ 3 d).

**1153.** La notion de « témoin à charge » revêt un sens autonome et vise toute personne qui livre un témoignage susceptible de fonder, d'une manière substantielle, la condamnation du prévenu<sup>1846</sup>, en ce compris les victimes<sup>1847</sup>, coaccusés<sup>1848</sup> et experts<sup>1849</sup>. Selon la Cour, lorsque le tribunal admet à titre de preuves les déclarations antérieures d'un témoin à charge n'ayant pas comparu au procès,

« l'article 6 § 3 d) consacre le principe selon lequel, avant qu'un accusé puisse être déclaré coupable, tous les éléments à charge doivent en principe être produits devant lui en audience publique, en vue d'un débat contradictoire »<sup>1850</sup>.

**1154.** Nous renvoyons pour le surplus le lecteur intéressé à la jurisprudence pertinente de la Cour<sup>1851</sup>.

(iv) *Le droit d'être assisté d'un interprète*

**1155.** Pour être complet, rappelons que l'accusé a de surcroît le droit d'être assisté gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience (§ 3 e). Ce droit ne posant aucune question particulière en matière de confiscation ou de gel d'avoirs, nous nous bornons néanmoins à ce rappel.

**(5) Conclusion de synthèse : des garanties procédurales renforcées associées à la présomption d'innocence**

**1156.** Tout personne faisant l'objet d'une accusation en matière pénale doit bénéficier des droits garantis par l'ensemble de l'article 6, et non seulement, comme en matière civile, de ceux figurant au premier paragraphe. Aussi, outre le droit d'être jugé équitablement par un tribunal, disposant de la plénitude de juridiction, publiquement et dans un délai raisonnable, au terme d'une procédure équitable, l'accusé devra être présumé innocent tant qu'il n'aura pas

---

<sup>1846</sup> Not. CEDH, arrêt *Lucà c. Italie* du 27 février 2001, req. 33354/96, § 41 et CEDH, arrêt *Kaste et Mathisen c. Norvège* du 9 novembre 2006, reqs. 18885/04 et 21166/04, § 53.

<sup>1847</sup> CEDH, arrêt *Vladimir Romanov c. Russie* du 24 juillet 2008, req. 41461/02, § 97.

<sup>1848</sup> CEDH, arrêt *Lucà c. Italie* du 27 février 2001, req. 33354/96, § 41 et CEDH, arrêt *Kaste et Mathisen c. Norvège* du 9 novembre 2006, reqs. 18885/04 et 21166/04, § 53.

<sup>1849</sup> En ce sens, CEDH, arrêt *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, req. 20524/92, §§ 81 et 82.

<sup>1850</sup> CEDH [GC], arrêt *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* du 15 décembre 2011, reqs. 26766/05 et 22228/06, § 118 et CEDH, arrêt *Schatschaschwili c. Allemagne* du 15 décembre 2015, req. 9154/10, § 103. La Cour s'adonne à un examen de la compatibilité avec l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention d'une telle procédure en trois étapes en recherchant : « i. s'il existait un motif sérieux justifiant la non-comparution du témoin et, en conséquence, l'admission à titre de preuve de sa déposition (...) ; ii. si la déposition du témoin absent a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation (...) ; et iii. s'il existait des éléments compensateurs, notamment des garanties procédurales solides, suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense en conséquence de l'admission d'une telle preuve et pour assurer l'équité de la procédure dans son ensemble » (*ibid.*, § 147 et *ibid.* § 108).

<sup>1851</sup> Notamment les deux arrêts précités ainsi que CEDH [GC], arrêt *Murtazaliyeva c. Russie* du 18 décembre 2018, req. 36658/05, §§ 139 et s. (et références citées)

légalement été déclaré coupable. Il jouira également des droits visés au paragraphe 3, censés permettre de garantir une procédure équitable dans le contexte particulier d'une procédure pénale.

**1157.** Les garanties générales figurant au paragraphe premier connaissent une interprétation semblable à celle qui leur est donnée en matière civile. Notre survol de la matière a néanmoins montré que, comme la Cour l'a affirmé à de multiples reprises, le droit à un procès équitable en matière pénale soulève des questions différentes à certains égards et appelle généralement à une protection renforcée.

**1158.** En matière d'accès à un tribunal et des qualités que celui-ci doit présenter, volet civil et volet pénal sont néanmoins très proches. Comme en matière civile, il n'est notamment pas exclu que le tribunal saisi ne soit pas doté, dans des domaines particuliers, comme le droit administratif, d'un pouvoir de pleine juridiction. Les critères de contrôle du caractère suffisant du pouvoir de juridiction du tribunal en cause rappellent ceux mis en œuvre en matière civile, mais ne sont cependant pas identiques. Pour déterminer si le droit d'accès à un tribunal a été restreint de manière incompatible avec l'article 6, la Cour soutient en effet également devoir s'assurer que la restriction en cause n'a pas porté atteinte à la substance du droit, qu'elle poursuivait un but légitime et était proportionnée. Elle considère de plus également qu'une infraction peut être poursuivie et sanctionnée par une autorité ne présentant pas toutes les caractéristiques d'un tribunal, pour autant que l'accusé puisse ensuite en saisir un. La Cour précise néanmoins que seules les infractions légères peuvent être concernées, particularité propre à la matière pénale.

**1159.** Les différences majeures se situent du point de vue de la portée de l'exigence d'équité de la procédure. Certes, comme en matière civile, la procédure devra être considérée dans son ensemble pour déterminer si une limitation des garanties du procès équitable constitue une violation de l'article 6. Ce contrôle apparaît néanmoins comme étant plus intense, au vu notamment des facteurs d'analyse développés par la Cour, ainsi que de l'attention particulière qu'elle porte à l'origine des éléments de preuve retenus contre l'accusé, et au contrôle de la rétention d'informations en vue de sauvegarder les droits de tiers ou la sécurité publique. La mise en balance de l'intérêt à poursuivre les infractions les plus graves d'une part, avec l'intérêt de l'accusé au respect de son droit à un procès équitable d'autre part, ainsi que l'obligation de garantir à l'accusé une protection plus intense pour ce même type d'infractions, rendent néanmoins la portée concrète du droit à un procès équitable très incertaine. Il en est de même de la distinction opérée par la Cour au sein de la matière pénale entre les infractions relevant de ses catégories traditionnelles, son « noyau dur », et les autres auxquelles la Cour considère que les garanties du procès équitable peuvent être appliquées moins rigoureusement.

**1160.** Si les garanties particulières figurant au paragraphe 3 précisent ou renforcent pour l'essentiel celles que contient déjà implicitement le paragraphe 1er, la présomption d'innocence garantie par le paragraphe 2 constitue pour notre sujet d'étude l'apport majeure du volet pénal au droit à un procès équitable. Elle implique notamment que l'autorité poursuivante doive prouver la culpabilité de l'accusé, en principe à notre sens au-delà du doute raisonnable, et fait obstacle à ce qu'une personne soit considérée par les autorités publiques comme coupable alors que sa culpabilité n'a pas été légalement établie. Cela étant, le droit d'être présumé innocent ne



proscrit pas l'usage de présomptions de droit ou de fait, pour autant qu'elles demeurent enserrées dans des limites raisonnables, tenant compte de la gravité de l'enjeu, et préservent les droits de la défense. La mise en œuvre de telles présomptions constitue, comme nous le verrons, un enjeu majeur en matière de confiscation et de gel préventif d'avoir. La présomption d'innocence bénéficie à l'accusé tout au long de la procédure pénale, ainsi qu'à l'occasion d'éventuelles procédures distinctes, qui y sont liées ou parallèles. Elle ne vaut néanmoins que jusqu'à ce que la culpabilité de l'accusé ait été légalement établie. Elle ne sera donc en règle pas applicable aux affirmations relatives à sa personnalité et à son comportement au cours de la phase de fixation de la peine, à moins que ces affirmations soient d'une telle nature et d'un tel degré qu'elles constituent, en réalité, une nouvelle accusation au sens de la Convention.

**1161.** Après cette évocation des caractéristiques essentielles du droit à un procès équitable, tant dans sa dimension civile que pénale, nous sommes en mesure d'analyser de manière critique leur mise en œuvre en matière de confiscation, de saisie et de gel préventif d'avoirs terroristes.

### **3. La confiscation, la saisie et le gel préventif d'avoirs terroristes face au droit à un procès équitable**

**1162.** Nous avons pu mettre en évidence dans le chapitre A de la première partie de cette étude plusieurs grandes catégories de confiscations, sans qu'il n'existe toutefois au sein de l'Union européenne, et *a fortiori* au sein des pays membres du Conseil de l'Europe, de réelle harmonisation de ces mesures.

**1163.** La première catégorie est formée par les dispositifs de confiscation des instruments et des produits de l'infraction. Ces dispositifs reposent nécessairement sur un constat de culpabilité et portent sur des biens qui ont été soit utilisés pour commettre l'infraction, soit produits<sup>1852</sup> par l'infraction. Ils peuvent le cas échéant porter sur des biens de valeur équivalente aux produits et aux instruments. L'article 4 § 1<sup>er</sup> de la directive 2014/42/UE définit un tel dispositif. L'article 42 et l'article 43*bis* du Code pénal, si les instruments ou les avantages patrimoniaux ne peuvent être retrouvés dans le patrimoine du condamné, en sont le siège en droit belge, qui ne permet néanmoins que la confiscation d'une somme d'argent équivalente, et non d'autres biens du patrimoine du condamné. Nous avons encore pu constater que le calcul du *quantum* de la confiscation par équivalent des avantages patrimoniaux pouvait reposer sur des présomptions. Ce n'est en revanche pas le cas de l'existence même de tels avantages. La confiscation prévue à l'article 52 de l'avant-projet de Code pénal s'inscrit également dans cette catégorie, avec cette particularité qu'il institue une présomption légale selon laquelle l'accroissement temporaire ou permanent des ressources du condamné au cours de la période infractionnelle, démontré par l'accusation, provient de l'infraction déclarée établie. Cette

---

<sup>1852</sup> Nous visons ici non seulement les biens matériellement produits par l'infraction au sens de l'article 42, 2° du Code pénal belge mais aussi plus largement les produits de l'infraction tels que définis en droit international et de l'Union européenne, c'est-à-dire en droit belge également les avantages patrimoniaux de l'infraction. Lorsque nous utilisons le terme « produit », visons donc tant les produits que les avantages patrimoniaux selon la terminologie du Code pénal belge.

présomption peut néanmoins être renversée par le condamné s'il rend plausible que ce n'est pas le cas.

**1164.** La deuxième catégorie réunit les différents types de confiscations dites « élargies »<sup>1853</sup>. Elle rassemble des mécanismes de confiscation qui ont pour point commun de permettre (ou d'imposer) au juge de confisquer des biens dont l'origine, voire la destination, illicite est présumée jusqu'à preuve du contraire. A l'instar de la confiscation « classique » des instruments et des produits de l'infraction, la confiscation élargie repose sur une déclaration préalable de culpabilité. Cependant, les choses sur lesquelles elle peut porter ne doivent pas nécessairement être liées à l'infraction déclarée établie. Elle peut être ordonnée à l'égard de choses déterminées du patrimoine du condamné (confiscation *in specie* ou en nature) ou de biens de valeur équivalente aux produits identifiés (confiscation de valeur), comme le prévoit par exemple l'article 43*quater* du Code pénal belge. Bien qu'elle repose également sur une déclaration de culpabilité préalable, la confiscation élargie se distingue des mécanismes de confiscation de la catégorie précédente par l'absence de lien nécessaire entre l'objet de la confiscation et l'infraction déclarée établie<sup>1854</sup>. Elle s'accompagne également d'un assouplissement de la charge de la preuve l'illicéité du bien en cause, qui sera en règle présumée du fait de la commission de l'infraction déclarée établie. La confiscation élargie n'est généralement applicable qu'en cas de commission d'infractions graves, s'agissant d'un outil visant par essence à lutter contre la criminalité organisée et contre les criminels d'habitude. Elle tend en réalité à priver le condamné de choses qu'il a illégalement acquises avant la commission de l'infraction déclarée établie, ou dont le lien avec cette infraction est difficile à démontrer pour les autorités. Ceci permet au Professeur BOUCHT d'affirmer que la confiscation élargie est basée sur « *a presumption of prior criminality of which the defendant has in fact not been convicted* »<sup>1855</sup>. L'article 5 de la directive 2014/42/UE impose l'introduction d'un tel dispositif dans l'arsenal législatif des Etats membres, comme l'exigeait déjà la décision-cadre 2005/212/JAI.

**1165.** La troisième catégorie de confiscations regroupe les différents types de confiscations dites « civiles » ou « *in rem* »<sup>1856</sup>, qui ne reposent pas sur un constat de culpabilité du propriétaire du bien, mais sur le caractère illicite du bien lui-même. Il suffit en effet en principe à l'autorité poursuivante de démontrer, en se fondant le cas échéant sur des présomptions de fait ou de droit, que le bien est illicite en raison soit de sa nature intrinsèque, soit de son origine, voire de sa destination, illicite. La charge de la preuve s'en trouve donc très assouplie, voire

---

<sup>1853</sup> Voy. pour une synthèse récente à cet égard, BOUCHT, J., « Extended confiscation: Criminal assets or Criminal Owners ? », in LIGETI, K. et SIMONATO, M., *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, op. cit., p. 119 et s.

<sup>1854</sup> La confiscation de valeur ou par équivalent des instruments et des produits ou avantages patrimoniaux de l'infraction portent certes également sur des biens non liés à l'infraction mais son *quantum* est déterminé en fonction de la valeur des biens liés à la commission de l'infraction. Elle ne peut donc être considérée comme relevant de la même catégorie que la confiscation élargie. Cette dernière peut d'ailleurs être elle-même être ordonnée en nature ou en valeur.

<sup>1855</sup> BOUCHT, J., « Extended confiscation: Criminal assets or Criminal Owners ? », op. cit., p. 120.

<sup>1856</sup> Pour un aperçu plus complet de ces différents mécanismes, voy. RUI, J. P. et SIEBER, U. (éd.), *Non-conviction-based Confiscation in Europe*, op. cit. ainsi que pour une synthèse PANZAVOLTA, M., « Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction ? », in LIGETI, K. et SIMONATO, M., *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, op. cit., p. 28 et s.

renversée, puisqu'il incombe à la personne prétendant disposer d'un droit sur la chose, et voulant faire obstacle à sa confiscation, de démontrer que cette chose n'est pas illicite ou, si elle n'est pas en mesure de le faire, qu'elle est de bonne foi. La confiscation-mesure de sûreté en droit belge peut être classée dans cette catégorie, tout comme à notre estime la destruction immédiate de certains biens saisis. L'introduction d'un tel dispositif en droit de l'Union européenne est en outre discutée depuis plusieurs années et une version « bâtarde » figure à l'article 4 § 2 de la directive 2014/42/UE.

**1166.** La dernière catégorie rassemble les dispositifs de confiscation portant sur des biens appartenant à des tiers à l'infraction, c'est-à-dire des personnes non déclarées coupables de l'infraction à laquelle le bien confisqué est lié. L'article 6 de la directive 2014/42/UE organise un tel mécanisme. Nous avons également montré qu'en droit belge, il était possible que des biens soient confisqués alors qu'ils n'appartiennent pas au condamné en application notamment des articles 42, 3°, 43bis et 43quater du Code pénal, ou de lois particulières comme la loi du 24 février 1921, voire après une EPE ou en cas de destruction immédiate de certains biens saisis.

**1167.** Nous distinguerons les arrêts et décisions pertinentes de la Cour EDH en fonction de ces catégories (a à d). Cette manière de procéder nous permettra d'avoir une vision aussi claire et cohérente que possible de la jurisprudence de la Cour en dépit des particularités du droit national. Notre tâche sera plus aisée en matière de saisie préalable à confiscation et de gel préventif (e et f). En effet, comme nous l'avons mis en évidence, les caractéristiques principales de ces mesures présentent une certaine homogénéité quel que soit l'ordre juridique concerné. Enfin, nous achèverons cette section par une conclusions de synthèse (g).

**a. La confiscation des instruments et des produits de l'infraction : les garanties du volet pénal du droit à un procès équitable doivent être respectées**

**1168.** Dans un célèbre arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*<sup>1857</sup> relatif à un mécanisme de confiscation élargie, sur lequel nous reviendrons en détails dans la sous-section suivante, la Cour a indiqué sans se dédire depuis, que l'article 6 § 1 s'applique d'un bout à l'autre de la procédure tendant à la détermination du bien-fondé d'une accusation en matière pénale, y compris la phase de fixation de la peine (§ 39)<sup>1858</sup>. Par conséquent, le volet pénal de l'article 6 § 1 doit s'appliquer à la procédure de confiscation si « le prononcé de l'ordonnance de confiscation litigieuse s'apparent[e] à une procédure d'infliction de la peine » (§ 39).

**1169.** La présomption d'innocence ne sera néanmoins quant à elle plus applicable. Dans le même arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*, la Cour a en effet rappelé que le droit à être présumé innocent ne vaut qu'en rapport avec l'infraction dont la personne est accusée et ce jusqu'à ce que sa culpabilité ait été « dûment prouvée », de sorte que

« l'article 6 § 2 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

---

<sup>1857</sup> CEDH, arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, req. 41087/98.

<sup>1858</sup> Elle fait référence à CEDH, arrêt *Findlay c. Royaume-Uni* du 25 février 1997, req. 22107/93, § 69.

la formulation d'une nouvelle "accusation", au sens autonome que possède cette notion dans le cadre de la Convention » (§ 35).

Il n'en demeure pas moins que selon la Cour

« le droit de la personne poursuivie au pénal d'être présumée innocente et d'obliger l'accusation à supporter la charge de prouver les allégations dirigées contre elle relève de la notion générale de procès équitable au sens de l'article 6 § 1 » (§ 40).

**1170.** On peut en déduire que la personne déclarée coupable d'une infraction doit ainsi bénéficier à l'occasion de la fixation de la peine de confiscation, des garanties d'un procès équitable figurant à l'article 6 § 1, dont relève également en réalité la présomption d'innocence expressément garantie au paragraphe 2, ainsi que les droits figurant à l'article 6 § 3, qui n'en constituent selon la jurisprudence que des aspects particuliers. Dans le cadre de la détermination de l'assiette de la peine de confiscation, la charge de la preuve repose par conséquent en règle sur l'accusation. Vu le lien réalisé par la Cour avec la présomption d'innocence garantie par l'article 6 § 2, le standard de preuve devrait être le standard pénal de la preuve au-delà du doute raisonnable. Cependant, le droit à un procès équitable n'est pas absolu. Aussi, conformément au principe énoncé dans l'arrêt *Salabiaku c. France*<sup>1859</sup>, il ne fait pas obstacle à la mise en œuvre dans ce cadre de présomptions de fait ou de droit pour autant que

« les Etats contractants ne franchissent pas certaines limites prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » (§ 40).

**1171.** Il découle de ce qui précède que l'ensemble de la procédure portant sur le bienfondé de l'accusation en matière pénale, en ce compris la phase de fixation de la peine de confiscation des instruments et des produits, doit respecter les exigences du droit à un procès équitable. En outre, bien que la présomption d'innocence ne soit, en règle, plus applicable à la phase de fixation de la peine, l'article 6 § 1 impose en principe à l'accusation de prouver, à notre sens au-delà du doute raisonnable, qu'un bien constitue un instrument ou un profit tiré d'une infraction. Vu son caractère relatif, le droit à un procès équitable ne fait néanmoins pas obstacle à la mise en œuvre de présomptions de droit ou de fait pour l'évaluation des produits, pour autant qu'elles soient enserrées dans des limites prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense.

**1172.** L'arrêt *Sofia c. Saint-Marin* du 2 mai 2017<sup>1860</sup> nous paraît confirmer ces enseignements tirés de l'arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*. Dans cette affaire, M. *Sofia* avait été condamné à Saint-Marin du chef de blanchiment à plusieurs peines d'emprisonnement et une somme d'argent importante avait été confisquée, après avoir été saisie (§§ 36 et 37). Il arguait notamment devant la Cour que son droit à être présumé innocent avait été violé en raison du fait que l'origine illicite des fonds qu'il aurait blanchis aurait été présumée (§ 53). Il ressort de l'exposé des faits que le juge du fond avait indiqué à cet égard que

« the law did not require that charges or final judgments refer to a specific legal classification of the predicate offences at the origin of money laundering. Nor was it necessary to specify

---

<sup>1859</sup> CEDH, arrêt *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, req. 10519/83, § 28. Voy. également CEDH, arrêt *Vastberga Taxi Aktiebolag et Vulic c. Suède* du 23 juillet 2002, req. 36985/97, §§ 113-116 ; CEDH, arrêt *Radio France c. France* du 30 mars 2004, req. 53984/00, § 24 ; CEDH, arrêt *Klouvi c. France* du 30 juin 2011, req. 30754/03, §§ 41 et s. ; CEDH, arrêt *Iasir c. Belgique* du 26 janvier 2016, req. 21614/12, §§ 30-32.

<sup>1860</sup> CEDH, arrêt *Sofia c. Saint-Marin* du 2 mai 2017, req. 38977/15.

*when an offence had been committed or by whom. The only relevant factor was the determination beyond a reasonable doubt that funds had a criminal origin (provenienza da misfatto). Accordingly, in order to find the applicant guilty of money laundering it had been sufficient for the judge to ascertain that the money allegedly subjected to laundering had not had a lawful origin, that is it had been possible to categorically exclude through evidence and logical deductions that the origin of the proceeds had been anything other than criminal. » (§ 38).*

**1173.** A la lumière de l'arrêt *Phillips*, la Cour entame son analyse en rappelant que la présomption d'innocence est applicable à toute la procédure pénale visant à établir si une personne est coupable d'une infraction mais ne peut bénéficier à cette dernière après que sa culpabilité a été établie (§ 54). Dans cette mesure,

*« Article 6 § 2 can have no application in relation to allegations made about the accused's character and conduct as part of the sentencing process, unless such accusations are of such a nature and degree as to amount to the bringing of a new "charge" within the autonomous Convention meaning » (§54).*

Conformément à ces arrêts *Phillips* et *Van Offeren*, la Cour exclut en conséquence l'applicabilité de l'article 6 § 2 à la procédure de confiscation qui faisait suite au constat de culpabilité (§ 56).

**1174.** En revanche, le requérant bénéficiait effectivement de la présomption d'innocence lors de la phase de la procédure consacrée à l'établissement du caractère illicite des fonds en cause, cette illicéité permettant au juge de le déclarer coupable de blanchiment (§ 57). La Cour rappelle à cet égard que

*« In that connection, the Court reiterates that viewed as a procedural guarantee in the context of a criminal trial itself, the presumption of innocence imposes requirements in respect of, inter alia, the burden of proof and legal presumptions of fact and law (see Allen v. the United Kingdom [GC], no. 25424/09, § 93, ECHR 2013). The right to the presumption of innocence is not absolute, since presumptions of fact or law operate in every criminal-law system. While the Convention does not regard such presumptions with indifference, they are not prohibited in principle, as long as States remain within reasonable limits, taking into account the importance of what is at stake and maintaining the rights of the defence (see Salabiaku v. France, 7 October 1988, Series A no. 141-A, § 28, and Grayson and Barnham v. the United Kingdom, nos. 19955/05 and 15085/06, § 40, 23 September 2008). Furthermore, it is not for the Court to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts and, as a general rule, it is for those courts to assess the evidence before them. The Court's task is to ascertain whether the proceedings in their entirety, including the way in which evidence was taken, were fair (see Grayson and Barnham, cited above, § 42). »*

**1175.** A la lumière de ces principes bien établis dans sa jurisprudence, elle relève que le débat relatif à l'illicéité des fonds que le requérant aurait blanchis s'est tenu au cours d'une procédure judiciaire, qu'une audience publique a eu lieu, que le requérant a eu l'opportunité de faire valoir ses arguments tant par écrit qu'oralement, et qu'il était représenté par un avocat de son choix (§ 59). Elle ajoute qu'il incombait à l'accusation de démontrer que le requérant disposait des biens en cause pendant la période visée, ce qu'elle avait fait. Le requérant a, quant à lui, eu l'opportunité en première instance et en appel *« to exculpate himself and to submit evidence to prove the lawful origin of the money »* (§ 60). A cette occasion, le requérant a soutenu que lesdits biens étaient le fruit d'évasion fiscale, ce qui était également constitutif d'une infraction

pénale en droit interne (§ 60). Au vu de ces éléments, la Cour rejette le grief fondé sur l'article 6 § 2.

**1176.** Dans cet arrêt, la Cour a ainsi confirmé l'inapplicabilité de la présomption d'innocence à la procédure de confiscation fondée sur un constat de culpabilité préalable du chef d'une infraction pénale, en l'espèce la confiscation de l'objet de l'infraction de blanchiment. Elle précise en outre, qu'en matière de blanchiment, l'illicéité des biens qui auraient été blanchis peut être présumée, pour autant que l'accusation ait préalablement démontré qu'ils étaient en possession de l'accusé au moment où l'infraction a été commise, et que ce dernier disposait de la faculté de prouver leur caractère licite. Contrairement à la confiscation élargie, la présomption d'illicéité ne permet néanmoins pas d'atteindre des biens non liés à l'infraction déclarée établie, en l'espèce le blanchiment.

**1177.** Il découle de ce qui précède que les dispositifs de confiscation prévus par l'article 4 § 1 de la directive 2014/UE/UE<sup>1861</sup> et aux articles 42 et 43*bis* du Code pénal ainsi qu'à l'article 52 de l'avant-projet de Code pénal<sup>1862</sup>, qui relèvent indéniablement du volet pénal de l'article 6, répondent aux exigences de l'article 6. En matière de confiscation élargie, tel que celle visée à l'article 5 de la directive 2014/42/UE et à l'article 43*quater* du Code pénal, une présomption n'est cependant pas uniquement mise en œuvre pour déterminer quel doit être le *quantum* de la confiscation ou quant au lien existant entre l'infraction déclarée établie et la chose dont l'autorité compétente entend obtenir la confiscation, mais aussi pour établir le caractère illicite de biens non nécessairement liés à l'infraction déclarée établie. Nous analysons la position de la Cour à cet égard dans la sous-section suivante.

#### **b. La confiscation élargie des produits : nouvelle accusation ou simple procédure de fixation de la peine ?**

**1178.** La confiscation élargie soulève plusieurs questions du point de vue du droit à un procès équitable, et plus particulièrement de la présomption d'innocence. Tout d'abord elle repose sur une déclaration de culpabilité mais permet de confisquer des biens non liés à l'infraction déclarée établie. Elle peut ainsi porter sur des biens provenant d'une infraction, dont le condamné n'a pas été jugé coupable et qui ne doit d'ailleurs pas elle-même être précisément identifiée. La charge de la preuve de l'autorité de poursuite est également assouplie du point de vue de la détermination de l'objet même de la confiscation, étant donné qu'elle ne doit en principe pas démontrer au-delà du doute raisonnable l'illicéité du bien à confisquer. Elle pourra en effet se contenter, comme en droit belge, de prouver qu'il est plus probable qu'il soit d'origine illicite que licite.

---

<sup>1861</sup> Voy. dans la première partie, la sous-section A, 2, c, (3), (c).

<sup>1862</sup> Voy. dans la première partie, les sous-sections A, 3, c, (1), (c) et A, 3, c, (2).

**1179.** L'arrêt fondateur de la jurisprudence de la Cour en la matière est l'arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*<sup>1863</sup>, qu'elle cite régulièrement depuis<sup>1864</sup>, à l'instar de la doctrine<sup>1865</sup> et du législateur de l'Union européenne<sup>1866</sup> et du législateur belge<sup>1867</sup>. Son analyse est par conséquent essentielle (1). Au terme de celle-ci, nous examinerons également un arrêt *Geerings c. Pays-Bas* à l'occasion duquel la Cour a conclu qu'une procédure de confiscation élargie était contraire à l'article 6 § 2 (2), avant de synthétiser les principes que nous aurons pu dégager de notre analyse (3).

**(1) L'arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* : la confiscation élargie ne repose pas sur une « nouvelle accusation »**

**1180.** Dans les lignes qui suivent nous analysons en détails le raisonnement suivi par la Cour, après avoir précisé le dispositif de confiscation en cause (a), pour exclure l'application de l'article 6 § 2 (b) mais non de l'article 6 § 1 (c), qui garantit également le respect de la présomption d'innocence. Sur ce terrain, la Cour a estimé qu'elle n'avait été violée (d). Nous reviendrons ensuite sur la mise en œuvre par la Cour des critères *Engel* pour déterminer s'il convenait ou non de considérer la procédure de confiscation comme une nouvelle accusation en matière pénale (e), et la confronterons au raisonnement suivi par la Cour dans une affaire récente (f), soulevant des questions semblables (g). Enfin, à la lumière de cette affaire, nous nous interrogerons sur la violation éventuelle en l'espèce de l'article 6 § 2 (h) ainsi que sur la manière dont la Cour a analysé la compatibilité de la procédure de confiscation en cause avec les principes découlant l'arrêt *Salabiaku c. France* précité (i).

**(a) Le dispositif de confiscation en cause : une procédure de confiscation élargie de choses non liées à l'infraction déclarée établie**

**1181.** La Cour était appelée à se prononcer sur la compatibilité avec le volet pénal de l'article 6, de la procédure permettant au juge, après la déclaration de culpabilité de l'accusé du chef d'une ou plusieurs infractions relevant du trafic de drogues, de rendre une ordonnance de confiscation du profit tiré du trafic, en présumant que

« tout bien s'avérant avoir été détenu par l'accusé à quelque moment que ce soit depuis sa condamnation ou pendant la période de six ans ayant précédé la date à laquelle la procédure pénale a été engagée, a été reçu par l'intéressé à titre de paiement ou de rétribution en rapport

---

<sup>1863</sup> CEDH, arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, req. 41087/98.

<sup>1864</sup> Par exemple CEDH [GC], arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09, § 95 ou CEDH, arrêt *Geerings c. Pays-Bas* du 1<sup>er</sup> mars 2007, req. 30810/03.

<sup>1865</sup> Not. BOUCHT, J., « Extended confiscation: Criminal assets or Criminal Owners ? », *op. cit.*, p. 126 ; BOUCHT, « Chapitre 6: Civil asset forfeiture and Art. 6(2) ECHR », *op. cit.*, p. 183; PANZAVOLTA, M., « Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction ? », in LIGETI, K. et SIMONATO, M., *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, *op. cit.*, p. 37; SIMONATO, M., « Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains », *ERA Forum*, 2017, pp. 371 et s.

<sup>1866</sup> Not. la note explicative de l'initiative danoise à l'origine de la décision-cadre 2005/212/JAI, doc. 9956/02 ADD 1, p. 8.

<sup>1867</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 2000-2001, doc. 1601/01, p. 35.

avec le trafic de la drogue, et que toute dépense consentie par l'intéressé pendant la même période a été réglée à partir du produit de ce trafic » (§ 21).

Dans ce cadre, le mécanisme en cause prévoit qu'il incombe à l'accusé de renverser la présomption légale en démontrant « qu'elle est incorrecte ou que son application comporterait un risque grave d'injustice » (§ 21). Le standard de preuve applicable dans cette procédure est le critère civil de la balance des probabilités (§ 22).

**1182.** Il s'agissait donc d'un mécanisme de confiscation reposant en réalité sur une triple présomption :

- l'intéressé s'est adonné au trafic de drogue pendant une période de six ans avant l'engagement de la procédure pénale ayant conduit à sa condamnation ;
- il en a tiré un profit ;
- ce profit correspond à tous les biens détenus et à toutes les dépenses réalisées au cours de cette période.

Il reposait en outre sur la mise en œuvre d'un standard de preuve civil pour démontrer le caractère illicite des ressources du condamné. La confiscation en cause constituait donc bien un dispositif de confiscation élargie portant sur des biens, non nécessairement liés à l'infraction de trafic de drogue déclarée établie en ce qu'ils peuvent provenir d'une infraction de même nature commise antérieurement – comme en droit belge, dont l'origine illicite est légalement présumée.

#### (b) L'article 6 § 2 est inapplicable ...

**1183.** Le requérant soutenait que cette procédure de confiscation constituait une procédure judiciaire distincte de celle ayant conduit à sa condamnation, au travers de laquelle

« on lui aurait imputer une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 § 2 de la Convention » (§ 29).

**1184.** Après avoir réalisé le test *Engel*, la Cour estime au contraire qu'en dépit de la présomption légale en cause, la procédure de confiscation

« ne tendait pas à la condamnation ou à l'acquittement du requérant pour une autre infraction liée au trafic de la drogue » (§ 34).

Selon elle, considérant « par exemple » qu'aucune mention au casier judiciaire du chef d'autre infraction que celle déclarée établie ne serait réalisée, la procédure de confiscation ne consistait pas en une « accusation en matière pénale » (§ 34). Cette dernière

« visait à permettre à la juridiction nationale compétente d'apprécier le montant auquel l'ordonnance de confiscation devait être fixée »

et

« s'apparente à la détermination par un tribunal du montant d'une amende ou de la longueur d'une période d'emprisonnement devant être imposée à un délinquant condamné selon les voies légales » (§ 34).

Selon la Cour, il s'agissait en d'autres termes uniquement d'une procédure permettant de fixer la hauteur de la peine à imposer au condamner.



**1185.** Par ailleurs, conformément à sa jurisprudence antérieure<sup>1868</sup>, la Cour affirme que s'il est « clair que l'article 6 § 2 régit les procédures pénales dans leur globalité et non seulement l'examen du bien-fondé de l'accusation » (§ 35), le droit à être présumé innocent, ne vaut en revanche qu'en rapport avec l'infraction dont la personne est accusée et ce jusqu'à ce que sa culpabilité ait été « dûment prouvée » (§ 35). Aussi, elle juge que

« l'article 6 § 2 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 » (§ 35).

Or tel n'était pas le cas en l'espèce.

**(c) ... mais la présomption d'innocence n'est pas inopérante pour autant**

**1186.** La Cour semble ainsi écarter *de facto* la présomption d'innocence du débat portant sur la confiscation prononcée au titre de peine au terme de la procédure portant sur le bienfondé d'une accusation en matière pénale. Pourtant, comme nous l'avons relevé précédemment, elle soutient ensuite que

« l'article 6 § 1 s'applique d'un bout à l'autre de la procédure tendant à la détermination du "bien-fondé d'une accusation en matière pénale", y compris la phase de fixation de la peine » (§ 39).

Elle affirme encore à propos de l'applicabilité du paragraphe premier

« qu'outre le fait qu'il est explicitement mentionné à l'article 6 § 2 le droit pour une personne poursuivie au pénal d'être présumée innocente et d'obliger l'accusation à supporter la charge de prouver les allégations dirigées contre elle relève de la notion générale de procès équitable au sens de l'article 6 § 1 » (§ 40).

Sorti par la porte, le droit d'être présumé innocent réintègre ainsi le raisonnement de la Cour par la fenêtre.

**1187.** Il découle de ces développements que la procédure de confiscation élargie en cause ne peut être considérée comme portant une nouvelle accusation à l'égard du condamné. Il ne peut donc prétendre bénéficier de la présomption d'innocence garantie par l'article 6 § 2 dans ce cadre. Il ne peut, en outre, plus y prétendre dans le cadre de la procédure ayant conduit à sa condamnation étant donné que sa culpabilité a été établie. Cependant, l'article 6 § 1 impose en principe à l'accusation de prouver ses allégations à propos du condamné durant toute la procédure pénale, en ce compris lors de la fixation de la peine.

---

<sup>1868</sup> CEDH, arrêt *Minelli c. Suisse* du 25 mars 1983, req. 8660/79, § 30 (à propos du § 2). Voy. plus récemment, CEDH, arrêt *Poncelet c. Belgique* du 30 mars 2010, req. 44418/07, § 50 (à propos du § 2).

**1188.** Cependant, conformément au principe énoncé dans l'arrêt *Salabiaku c. France*<sup>1869</sup>, la Cour rappelle que l'article 6 § 1 ne fait pas obstacle à la mise en œuvre dans ce cadre de présomptions de fait ou de droit pour autant que

« les Etats contractants ne franchissent pas certaines limites prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » (§ 40).

**(d) La présomption légale d'illicéité des biens mise en œuvre n'est pas inéquitable**

**1189.** La Cour estime donc uniquement devoir déterminer si la manière dont la présomption a été appliquée a enfreint les principes de base régissant l'équité des procédures, au sens de l'article 6 § 1, et non devoir se prononcer *in abstracto* sur la compatibilité du mécanisme de confiscation appliqué avec la Convention (§ 41). Dans ce cadre, son raisonnement peut être synthétisé comme suit :

1. La présomption n'a pas été appliquée pour déclarer le requérant coupable d'une nouvelle infraction mais pour permettre au tribunal d'apprécier le montant de la confiscation à prononcer à la suite de la déclaration de culpabilité (§ 42) ;
2. Son application était entourée de garanties puisqu'elle a été confiée à un tribunal, en audience publique, dans le cadre d'une procédure judiciaire, prévoyant
  - la communication préalable des arguments de l'accusation
  - la possibilité pour le requérant de produire des preuves
  - la possibilité pour le tribunal de prononcer une peine de confiscation inférieure à celle qui était requise « s'il lui apparaissait probable que seul un montant inférieur pourrait être réalisé »
  - la faculté, qualifiée de garantie « principale » par la Cour, pour le requérant « de combattre la présomption prévue par la loi de 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 la drogue » ;
  - la possibilité pour le juge, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, « de ne pas faire jouer la présomption s'il lui apparaissait que son application comporterait un risque sérieux d'injustice » (§ 43) ;
3. Bien que le juge eût indiqué se fonder sur la présomption pour calculer le montant de l'ordonnance vu « qu'il n'existait en l'espèce aucune preuve directe que le requérant se fût livré au trafic de la drogue avant les événements ayant abouti à sa condamnation », la Cour relève qu'il « s'estima convaincu, sur la base soit des aveux faits par le requérant, soit des preuves produites par l'accusation, que le requérant était propriétaire des biens litigieux ou avait dépensé les sommes en question et que la conclusion qui s'imposait était que tout cela provenait d'une source illégitime » – sans que l'application

---

<sup>1869</sup> CEDH, arrêt *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, req. 10519/83, § 28. Voy. également CEDH, arrêt *Vastberga Taxi Aktiebolag et Vulic c. Suède* du 23 juillet 2002, req. 36985/97, §§ 113-116 ; CEDH, arrêt *Radio France c. France* du 30 mars 2004, req. 53984/00, § 24 ; CEDH, arrêt *Klouvi c. France* du 30 juin 2011, req. 30754/03, §§ 41 et s. ; CEDH, arrêt *Iasir c. Belgique* du 26 janvier 2016, req. 21614/12, §§ 30-32.

du « droit civil de la preuve » ne paraisse susciter de difficulté pour la Cour – de telle manière que « nul n’aurait pu s’opposer à ce que les éléments en question fussent intégrés dans un bordereau regroupant les biens du requérant aux fins de l’infliction de la peine, même si la présomption légale litigieuse n’avait pas été appliquée » (§ 44) ;

4. Si le requérant avait dit la vérité concernant ses transactions financières, la Cour juge encore qu’ « il n’aurait pas été difficile à l’intéressé d’écarter la présomption légale litigieuse » comme le tribunal l’avait relevé, sans que le requérant puisse « se plaindre d’un manque d’équité au simple motif que le juge aurait fait intervenir dans ses calculs des biens acquis grâce à des fonds provenant d’autres formes d’activités illégales n’ayant laissé aucune trace documentaire, tel le traficotage de voitures » (§ 45) ;
5. Enfin, pour déterminer la valeur de l’actif réalisable, le juge national n’a pris en compte que des biens précisément identifiés dont il a estimé après examen et admission des preuves du requérant qu’ils lui appartenaient toujours ; le juge ne s’est donc pas fondé « sur la valeur de biens supposés avoir été dissimulés », ce qui selon la Cour aurait pu poser question du point de vue de « l’équité de la procédure » (§ 46) ;

En conséquence, la Cour estime

« que, tout bien pesé, l’application au requérant des dispositions pertinentes de la loi de 1994 sur le trafic de la drogue est restée dans des limites raisonnables eu égard à la gravité de l’enjeu et au fait que les droits de la défense ont été pleinement respectés » (§ 47).

**1190.** Cet arrêt soulève plusieurs questions relativement à l’inapplicabilité du § 2 de l’article 6 d’une part, et au constat de compatibilité de la procédure avec le droit au procès équitable garanti par le paragraphe 1<sup>er</sup>, d’autre part. Nous les examinons ci-dessous.

**(e) Mettre en œuvre les critères *Engel* pour déterminer si la présomption légale emporte une nouvelle accusation en matière pénale ?**

**1191.** Selon la Cour, la présomption légale d’illicéité appliquées aux biens du concluant ne constitue pas une nouvelle accusation au sens de la Convention : la présomption d’innocence garantie par l’article 6 § 2 n’est donc pas applicable. Pour parvenir à cette conclusion, elle réalise le test *Engel* (§§ 31 à 36).

**1192.** En ce qui concerne le premier critère relatif à la qualification en droit interne de la procédure, elle soutient que si la jurisprudence nationale est partagée quant à la question de savoir si la procédure de confiscation constitue ou non une nouvelle accusation au sens de l’article 6 § 2, il n’est pas douteux que la demande de prononcé d’une ordonnance de confiscation par l’accusation « n’implique nullement l’imputation d’une charge ou infraction nouvelle au regard du droit pénal », s’agissant d’une composante de la procédure d’infliction de la peine (§ 32).

**1193.** En ce qui concerne la nature de la procédure (deuxième critère) et la gravité de la sanction (troisième critère), la Cour note qu’en vertu de la présomption légale,

« selon la laquelle l'ensemble des biens s'étant trouvés en possession de l'accusé dans les six années précédentes entrent dans la notion de produit du trafic de la drogue, la juridiction nationale doit supposer que l'intéressé a participé à d'autres activités illégales liées au trafic de la drogue avant la commission de l'infraction pour laquelle il a été condamné » (§ 33).

C'est en outre à l'accusé de démontrer « contrairement au cas ordinaire », suivant le « critère de la probabilité » qu'il a acquis les biens en question autrement que par le trafic de stupéfiants, et non à l'accusation de démontrer la matérialité des éléments des charges pesant sur l'accusé (§ 33). De plus, l'ordonnance de confiscation en cause prévoyait qu'en l'absence de paiement du montant dont la confiscation était ordonnée, une peine d'emprisonnement complémentaire substantielle devrait être purgée.

**1194.** La Cour relève « toutefois » que la procédure de confiscation « ne tendait pas à la condamnation ou à l'acquittement du requérant pour une autre infraction liée au trafic de la drogue », et qu'en dépit du fait que le juge national avait présumé que l'intéressé avait retiré un profit dans le passé du trafic de drogue, seule la condamnation pour l'infraction déclarée établie fut portée à son casier judiciaire. Elle considère par conséquent que

« cette procédure s'apparente à la détermination par un tribunal du montant d'une amende ou de la longueur d'une période d'emprisonnement devant être imposée à un délinquant condamné selon les voies légales » (§ 34).

Elle estime à cet égard s'inscrire dans le prolongement de l'arrêt *Welch c. Royaume-Uni*<sup>1870</sup> où elle avait jugé que le même type de confiscation constituait une peine au sens de l'article 7 de la Convention (§ 34).

**1195.** La Cour cherche en conséquence à déterminer si la procédure de confiscation constitue une accusation en matière pénale, en appliquant le test *Engel*, qui vise à déterminer si une procédure est de nature pénale au sens de la Convention, mais non s'il existe une « accusation »<sup>1871</sup>. Ce raisonnement est donc assez étrange, ce que la doctrine récente ne juge cependant pas utile de relever<sup>1872</sup>. Etant donné que seule se posait la question d'une éventuelle « accusation », la Cour aurait en effet dû chercher à déterminer, non pas si la procédure relevait de la matière pénale, mais si l'intéressé avait reçu une notification officielle de l'autorité compétente qu'il lui était reproché d'avoir commis une infraction<sup>1873</sup>, ou s'il avait fait l'objet d'une ou de mesure(s) ayant des répercussions importantes sur sa situation et qui impliquai(en)t *in concreto* l'existence de soupçons de l'autorité compétente qu'elle avait commis une infraction<sup>1874</sup>.

**1196.** Peut-être consciente de la faiblesse de son raisonnement sur ce point, la Cour indique devoir déterminer si l'article 6 § 2 ne devrait néanmoins pas offrir une protection à l'intéressé face à l'utilisation de présomptions dans le cadre de la procédure de confiscation (§ 35). Elle souligne à ce propos que, bien que cet article soit applicable à la procédure pénale dans sa globalité, ce dernier ne peut plus prétendre, vu la déclaration de culpabilité dont il a fait l'objet,

---

<sup>1870</sup> CEDH, arrêt *Welch c. Royaume-Uni* du 9 février 1995, req. 17440/90.

<sup>1871</sup> Question par ailleurs également abordée dans l'arrêt *Engel* (§ 90) sans faire application du « test », voy. en ce sens l'opinion en partie dissidente du juge *Bratza*, à laquelle s'est rallié le juge *Vajic* dans l'affaire *Phillips*.

<sup>1872</sup> Voy. note 1863.

<sup>1873</sup> CEDH, arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, req. 6903/75.

<sup>1874</sup> CEDH, arrêt *Fotti e.a. c. Italie* du 10 décembre 1982, req. 7604/76, 7719/76, 7781/77 et 7913/77.

être présumé innocent en rapport avec les allégations énoncées au sujet de sa personnalité et de son comportement

« 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 » (§ 35).

Elle se réfère quant à ce dernier point également à l'arrêt *Engel*<sup>1875</sup> – mais pas aux critères développés pour déterminer si une accusation s'inscrit dans la matière pénale. A la lumière de son analyse antérieure du premier critère *Engel*, elle estime que ce n'est pas le cas.

**1197.** A aucun moment, la Cour ne s'est donc interrogée, à la lumière de sa jurisprudence déjà bien établie en la matière à l'époque, sur la possibilité de qualifier d'« accusation » la procédure reposant sur la présomption d'avoir tiré des revenus d'un trafic illicite de stupéfiants distinct de celui ayant conduit à la condamnation du requérant. Or, il nous paraît peu contestable que la demande de prononcé d'une ordonnance de confiscation par l'accusation constituait en l'espèce une forme de notification du reproche d'avoir commis une infraction distincte de celle déclarée établie. La nature pénale de la procédure n'était quant à elle pas discutée vu notamment l'objectif dissuasif/répressif de la confiscation en cause, constituant une peine, et l'imposition d'une peine d'emprisonnement substantielle en cas de non-exécution de la celle-ci<sup>1876</sup>. Il nous semble donc que la Cour aurait dû juger l'article 6 § 2 applicable, ou aurait à tout le moins dû valablement s'interroger sur l'existence ou non d'une « accusation »<sup>1877</sup>.

**1198.** L'opinion partiellement dissidente publiée au terme de l'arrêt va en ce sens. Le juge BRATZA considère en effet que l'article 6 § 2 était applicable étant donné que, contrairement à ce que la Cour avait jugé dans l'arrêt *Engel*, les faits sur lesquels se base le juge pour fixer la peine (ici de confiscation) n'avaient pas été préalablement établis et constituaient donc « des éléments au sujet desquels un tribunal appelé à prononcer une peine doit statuer ».

---

<sup>1875</sup> Il s'agit du paragraphe suivant : « MM. Dona et Schul reprochent à la Haute Cour militaire d'avoir tenu compte de ce qu'ils avaient contribué à publier deux écrits antérieurs au no 8 d'"Alarm", dont la diffusion n'avait été interdite qu'à titre provisoire, en vertu du décret du 21 décembre 1967, et pour lesquels on ne les avait jamais poursuivis (paragraphe 49 ci-dessus). Elle aurait méconnu de la sorte la présomption d'innocence que proclame le paragraphe 2 de l'article 6 (art. 6-2) (rapport de la Commission, paragraphe 45, antépénultième alinéa). En réalité, cette clause n'a pas la portée que lui prêtent les deux requérants. Ainsi que le prouve son libellé, elle a trait à la déclaration de culpabilité, non à la nature ni au taux de la peine. Elle n'empêche donc pas le juge national d'avoir égard, en se prononçant sur la sanction à infliger à un accusé qu'il a régulièrement convaincu de l'infraction soumise à son verdict, à des éléments relatifs à la personnalité de l'intéressé. Or la Haute Cour militaire a "légalement établi" la culpabilité de MM. Dona et Schul quant au manquement dont ils répondaient devant elle (no 8 d'"Alarm"). C'est à seule fin de fixer leur peine en fonction de leur caractère et de leurs antécédents qu'elle a pris aussi en considération certains faits analogues, avérés et dont ils ne contestaient pas la matérialité ; elle ne les a pas frappés pour ces faits eux-mêmes (article 37 de la loi de 1903 et mémoire adressé par le Gouvernement à la Commission le 24 août 1973) » (§ 90).

<sup>1876</sup> Voir l'arrêt *Engel* précité § 82 à cet égard ainsi que notre analyse des critères *Engel* sous le point III, A, 1, b.

<sup>1877</sup> Voy. l'opinion en partie dissidente du juge *Bratza*, à laquelle s'est rallié le juge *Vajic*.

**(f) Raisonner autrement pour déterminer si les allégations formulées au stade de la fixation de la peine constituent une nouvelle accusation ?**

**1199.** La Cour a néanmoins adopté un raisonnement semblable dans une décision *Van Offeren c. Pays-Bas*<sup>1878</sup>, à propos d'un mécanisme de confiscation élargie, en appliquant les critères *Engel* pour écarter l'application de l'article 6 § 2. Elle semble également le confirmer dans son arrêt, rendu en Grande Chambre, *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013<sup>1879</sup>. Un arrêt *Bikas c. Allemagne* rendu le 25 janvier 2018<sup>1880</sup>, permet cependant de penser que la Cour pourrait aujourd'hui raisonner différemment...mais pas qu'elle aurait aboutirait à une conclusion différente.

**1200.** Dans cette affaire, M. *Bikas* était poursuivi devant une juridiction pénale pour plusieurs centaines d'infractions à caractère sexuel commises à l'égard d'une même victime. Au terme de plus d'une dizaine d'audiences, le tribunal décida de limiter les poursuites à quatre infractions dont le requérant fut déclaré coupable. Le juge national indiqua en effet que, bien qu'il eût la conviction que d'autres infractions avaient été commises par le requérant à l'encontre de la victime, il n'était pas en mesure de le déclarer coupable de ces faits, la victime étant incapable d'indiquer précisément quand et où les infractions avaient eu lieu.

**1201.** Conformément au droit allemand, il tint néanmoins compte de sa conviction qu'au moins une cinquantaine d'autres faits avaient été commis à l'encontre de la victime, pour aggraver la peine d'emprisonnement du requérant (§§ 11 et 12).

**1202.** Selon M. *Bikas*, ce faisant le juge national avait violé son droit à être présumé innocent garanti par l'article 6 § 2 (§ 25). Invoquant l'arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*, le Gouvernement estimait que la présomption d'innocence n'était plus applicable au cours de la phase de fixation de la peine, étant donné que le requérant avait déjà été condamné (§ 27). Il considérait en outre que, bien que M. *Bikas* n'eût pas été condamné du chef des infractions dont le juge avait tenu compte pour déterminer sa peine, ce dernier l'en avait néanmoins déclaré coupable au sens de l'article 6 § 2. Il ne pouvait dès lors plus prétendre bénéficier de la présomption d'innocence à leur égard (§ 27). Le fait d'avoir renoncé à poursuivre le requérant pour bon nombre d'infractions, dont celles invoquées dans la phase de détermination de la peine ne changeait de surcroît rien à ce constat, étant donné que cette décision n'était pas fondée sur l'absence de preuves. Pour le Gouvernement, il ne s'agissait en réalité que d'une solution pratique permettant d'accélérer la procédure dans l'hypothèse où la condamnation pour certaines infractions seulement permettait de rencontrer l'objectif de répression (§ 28). Selon le requérant, à la lumière de l'arrêt *Cleve c. Allemagne*<sup>1881</sup>, un accusé ne peut cependant valablement être déclaré coupable d'une infraction que s'il est condamné, ce qui ne fut pas le cas en l'espèce. Il devait par conséquent bénéficier de la présomption d'innocence concernant les infractions du chef desquelles il n'avait pas été condamné. (§ 29).

---

<sup>1878</sup> CEDH, décision *Van Offeren c. Pays-Bas* du 5 juillet 2005, req. 19581/04.

<sup>1879</sup> CEDH [GC], arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09, §§ 95-96.

<sup>1880</sup> CEDH, arrêt *Bikas c. Allemagne* du 25 janvier 2018, req. 76607/13.

<sup>1881</sup> CEDH, arrêt *Cleve c. Allemagne* du 15 janvier 2015, req. 48144/09.

**1203.** La Cour entame son analyse en soulignant que l'article 6 § 2 est applicable dès qu'une personne est accusée au sens de la Convention et rappelle la définition jurisprudentielle de la notion d' « accusation » (§ 30). Elle relève également que l'article 6 § 2 est applicable aux procédures en cours mais protège également les personnes acquittées ou ayant bénéficié d'une décision mettant fin aux poursuites, pour qu'elles ne soient pas traitées par les autorités comme si elles étaient coupables (§ 31). Dans ce cadre, la personne prétendant au bénéfice de l'article 6 § 2 doit néanmoins démontrer un lien entre la procédure pénale ayant conduit à un acquittement ou à la clôture des poursuites sans condamnation et la procédure subséquente, dans le cadre de laquelle elle soutient devoir être présumée innocente (§ 32). Conformément à ce que la Grande Chambre a soutenu dans l'arrêt *Allen c. Royaume-Uni*<sup>1882</sup>, elle précise que

« pareil lien peut être présent, par exemple, lorsque l'action ultérieure nécessite l'examen de l'issue de la procédure pénale et, en particulier, lorsqu'elle oblige la juridiction concernée à analyser le jugement pénal, à se livrer à une étude ou à une évaluation des éléments de preuve versés au dossier pénal, à porter une appréciation sur la participation du requérant à l'un ou à l'ensemble des événements ayant conduit à l'inculpation, ou à formuler des commentaires sur les indications qui continuent de suggérer une éventuelle culpabilité de l'intéressé ».

En outre, la Cour rappelle que la présomption d'innocence est garantie à tout accusé jusqu'à ce qu'il soit déclaré coupable de l'infraction qui lui est reprochée (§ 33).

**1204.** Dans cette mesure, comme elle l'avait indiqué déjà dans l'arrêt *Phillips*, la Cour estime que la présomption d'innocence n'est pas applicable aux allégations relatives à la personnalité ou à la conduite de l'accusé lors de la discussion sur la peine, à moins qu'elles soient d'une nature et d'un degré tels qu'elles constituent une nouvelle « accusation » au sens de la Convention (§ 33).

**1205.** Ensuite, après avoir rappelé que

- toutes les infractions imputées au requérant avaient fait l'objet d'un unique procès et que ce n'était qu'au dernier jour de celui-ci que le tribunal avait indiqué suspendre les poursuites relativement à une série d'infractions dont le requérant était accusé (§ 35) ;
- le requérant avait corrélativement été averti du fait que ces infractions pouvaient néanmoins être utilisées au cours de la phase de fixation de la peine relative aux infractions du chef desquelles les poursuites étaient maintenues (§ 36) ;
- le même jour, le tribunal avait condamné le requérant du chef des quatre infractions restantes et tenu compte de l'existence des autres infractions dans le cadre de la fixation de la peine, indiquant qu'il était convaincu qu'elles avaient bien été commises (§ 36) ;

la Cour juge qu'en l'espèce, le requérant faisait encore l'objet d'une accusation d'avoir commis les infractions relativement auxquelles les poursuites avaient été suspendues au moment où le tribunal a fait état de sa conviction qu'elles avaient été commises (§ 37). L'article 6 § 2 était donc applicable, étant donné que la procédure était encore en cours (§§ 37-38).

**1206.** Ce raisonnement est ainsi très différent de celui soutenu dans l'arrêt *Phillips*. A notre sens opportunément, la Cour s'intéresse en effet à la notion d'accusation ainsi qu'à la portée de

---

<sup>1882</sup> CEDH [GC], arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25425/09, § 104 (cité au § 32 de l'arrêt *Bikas*).

la présomption d'innocence, sans procéder au test *Engel*, pour déterminer si l'article 6 § 2 est applicable.

**(g) Deux affaires comparables en dépit de leurs différences**

**1207.** Il est difficile de savoir si la Cour serait parvenue à une conclusion différente dans l'affaire *Phillips* en appliquant un raisonnement semblable. Elle indique en effet, au cours de l'examen du bienfondé du grief de M. *Bikas*, que l'affaire se distingue sur le plan factuel de l'affaire *Phillips* en ces termes :

« *Applying a statutory assumption, the domestic court had made statements in confiscation proceedings about the accused's conduct following his formal conviction for a drug offence* » (§ 49).

Or, elle avait conclu que M. *Bikas* était quant à lui toujours accusé des faits en cause au moment où le juge national avait invoqué sa conviction qu'il en était coupable pour fixer sa peine.

**1208.** Il est cependant intéressant de relever que la Cour juge opportun d'indiquer pourquoi l'affaire *Phillips* doit être distinguée du cas de M. *Bikas* au cours de l'examen du bienfondé du grief, mais non lors de l'examen de l'applicabilité de l'article 6 § 2 et donc de son admissibilité. Or, le Gouvernement l'invoquait à ce stade. On peut donc penser que la Cour n'était pas convaincue au moment de rendre l'arrêt *Bikas* que l'article 6 § 2 était inapplicable dans l'affaire *Phillips*, sans quoi on comprendrait mal pourquoi elle n'aurait pas indiqué ce qui distinguait les deux affaires au moment de déclarer le grief de M. *Bikas* admissible.

**1209.** Selon nous, les deux affaires sont semblables relativement aux éléments suivants

- le ministère public a indiqué officiellement au requérant qu'il lui reprochait d'autres infractions de même nature que celles ayant donné lieu à l'infliction d'une peine ;
- le juge interne a considéré que le requérant avait commis ces autres infractions en utilisant un standard de preuve différent,
- ces infractions n'ont pas été sanctionnées d'une peine après avoir été déclarées établies mais ont été utilisées par le tribunal pour déterminer le *quantum* de la peine à infliger du chef d'une autre/d'autres infractions déclarée(s) établie(s).

Dans les deux affaires, la peine a donc été fixée en tenant compte d'infractions jugées établies, selon un standard de preuve différent, et non sanctionnées quant à elle d'une peine.

**1210.** Elles se distinguent en revanche, d'une part, quant au moment où M. *Phillips* et M. *Bikas* peuvent être considérés comme « accusés » d'autres infractions que celle(s) ayant conduit à l'infliction d'une peine, et d'autre part, quant à la manière dont le tribunal a examiné le bienfondé de cette accusation.

**1211.** Dans l'affaire *Phillips*, les faits de trafic illicite de stupéfiants présumés commis n'ont pas fait l'objet de poursuites comme dans l'affaire *Bikas*. Ils n'ont donc *a fortiori* pas été instruits parallèlement à ceux ayant conduit à la condamnation de M. *Phillips*, contrairement à l'affaire *Bikas*. L'accusation n'est en réalité née qu'au moment où le ministère public a requis, sur le fondement de la déclaration de culpabilité de M. *Phillips*, le prononcé d'une ordonnance



de confiscation entraînant la mise en œuvre de la présomption légale d'illicéité des biens acquis antérieurement par ce dernier.

**1212.** Ces différences qui tiennent aux circonstances dans lesquelles la charge de la preuve de l'accusation a été allégée, doivent à notre estime être prises en compte dans le cadre de l'analyse de la compatibilité des procédures en cause avec l'article 6 § 2, mais ne permettent pas *a priori* d'en exclure l'application dans l'affaire *Phillips*.

**(h) L'article 6 § 2 était applicable dans l'affaire *Phillips c. Royaume-Uni*, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'il a été violé**

**1213.** Au vu de ce qui précède, nous pensons que l'article 6 § 2 aurait dû être jugé applicable à la procédure de confiscation élargie dans l'affaire *Phillips*. Cela signifie-t-il pour autant que la Cour aurait dû en constater la violation ?

**1214.** Elle n'est en tout cas pas parvenue à une telle conclusion dans l'affaire *Bikas*. En effet, tout en reconnaissant que le tribunal national avait déclaré l'accusé coupable des infractions à l'égard desquelles les poursuites avaient pourtant été suspendues (§ 51), la Cour juge qu'il n'y pas de violation de l'article 6 § 2 après avoir relevé que

- le constat de culpabilité avait eu lieu le dernier jour du procès au cours duquel l'intéressé avait joui de l'ensemble des droits de la défense (§ 53) ;
- une condamnation formelle n'avait pas pu être atteinte en raison du seul fait que la victime était incapable de situer toutes les agressions sexuelles dans le temps et dans l'espace, ce qui n'interdisait pas en droit national de les invoquer au stade de la détermination de la peine (§ 54)
- conformément au droit national, le tribunal a *de facto* déclaré l'ensemble des infractions établies en appliquant « *high, but different standards of proof for the determination of the applicant's guilt* » (§ 56), sans qu'il fût en réalité nécessaire de devoir déterminer précisément quand et où tous les faits avaient été commis (§ 56) ;
- la présomption d'innocence n'est pas applicable aux allégations faites à propos de la personnalité et du comportement de l'accusé (§ 56) ;
- le standard de preuve appliqué était conforme au droit interne et que sa détermination relevait également du droit national (§ 59), qui était transparent à cet égard et visait à rendre la procédure plus efficace tout en respectant l'obligation positive des Etats parties de sauvegarder l'intégrité physique des personnes (§ 60).

**1215.** On pourra aisément constater que tous les éléments qui précèdent ne pourraient pas être transposés à une procédure de confiscation élargie. Elle n'implique ainsi pas d'examen de ou des infractions antérieurement commises, mais la mise en œuvre d'une présomption légale reposant *de facto* sur un constat de culpabilité du chef d'infractions non nécessairement précisément identifiées, et n'ayant pas fait l'objet d'une instruction devant le tribunal. En revanche, le standard de preuve appliqué en la matière est également défini par le droit interne et le condamné sait qu'il risque de faire l'objet d'une telle procédure en cas de condamnation du chef de certaines infractions.

**1216.** Il est naturellement impossible d’anticiper la décision de la Cour si elle devait se prononcer aujourd’hui dans une affaire semblable à l’affaire *Phillips* en appliquant la méthode suivie dans l’affaire *Bikas*. Nous pouvons néanmoins affirmer que la confiscation élargie britannique offre moins de garanties, notamment du point de vue de l’examen concret des faits pris en compte pour fixer la peine, que la procédure allemande. A l’occasion de son examen de la compatibilité de la présomption légale avec l’article 6 § 1, dont la présomption d’innocence est selon elle l’une des composantes, la Cour n’avait cependant pas conclu à une violation du droit à un procès équitable dans l’affaire *Phillips*.

**1217.** Nous examinons désormais son raisonnement sur ce point.

**(i) La mise en œuvre de la présomption légale n’a pas dépassé les limites du droit à un procès équitable**

**1218.** En préambule à son examen de la compatibilité de la confiscation en cause avec l’équité générale de la procédure, la Cour rappelle la jurisprudence *Salabiaku c. France*<sup>1883</sup>. Cet arrêt pose les balises de l’analyse de la compatibilité de l’emploi de présomptions de fait ou de droit avec la présomption d’innocence. Comme nous l’avons déjà évoqué, il impose d’enserrer l’usage de présomptions « dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l’enjeu et préservant les droits de la défense »<sup>1884</sup>.

**1219.** La Cour relève en l’espèce que la présomption n’avait pas pour objectif de déterminer la culpabilité de M. *Phillips* mais de fixer sa peine (§ 42). Ensuite, elle fait état des garanties procédurales dont le condamné a bénéficié (information préalable, contradiction), ainsi que de la possibilité pour le juge de ne pas appliquer la présomption en cas de « risque sérieux d’injustice » (§ 43). Elle souligne encore que le tribunal ne s’est pas contenté de la présomption légale mais avait examiné les preuves et avait été « convaincu » de l’origine illicite des biens ayant servi de base de calcul de la confiscation (§ 44). M. *Phillips* aurait ainsi en réalité été jugé coupable d’avoir acquis des biens illégalement selon un standard de preuve distinct, comme M. *Bikas*. Difficile toutefois de déterminer précisément si la Cour estime que ce standard fut dans les faits plus élevé que le standard civil de la balance des probabilités prévus par le droit national. En outre, M. *Phillips* aurait aisément pu renverser la présomption en apportant des preuves de l’origine licite des biens en cause (§ 45). Enfin, seuls des biens identifiés et faisant partie du patrimoine de M. *Phillips* ont été pris en compte (§ 46). Au terme de son examen, la Cour estime en conséquence que l’usage de la triple présomption en cause et d’un standard de preuve distinct s’inscrit dans les limites fixées par l’arrêt *Salabiaku*.

**1220.** Nous estimons qu’elle aurait pu – dû ? – prendre une décision différente en défendant une conception plus protectrice de la présomption d’innocence. Elle aurait ainsi pu donner plus de poids au fait que la procédure de confiscation reposait en réalité sur une présomption de culpabilité, et n’impliquait pas la preuve au-delà du doute raisonnable de l’obtention illicite des

---

<sup>1883</sup> CEDH, arrêt *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, req. 10519/83.

<sup>1884</sup> *Ibid.*, § 28. Voy. également CEDH, arrêt *Vastberga Taxi Aktiebolag et Vulic c. Suède* du 23 juillet 2002, req. 36985/97, §§ 113-116 ; CEDH, arrêt *Radio France c. France* du 30 mars 2004, req. 53984/00, § 24 ; CEDH, arrêt *Klouvi c. France* du 30 juin 2011, req. 30754/03, §§ 41 et s. ; CEDH, arrêt *Iasir c. Belgique* du 26 janvier 2016, req. 21614/12, §§ 30-32.

biens en fonction desquels le montant à confisquer avait été fixé. Le premier argument de la Cour, suivant lequel la présomption ne visait pas à établir la culpabilité de M. *Phillips*, nous paraît d'ailleurs assez faible et relever davantage de la pétition de principe. Il a toutefois son importance puisqu'il permet à la Cour de ne pas envisager la procédure de confiscation comme une accusation distincte de l'accusation principale déclarée établie. La Cour aurait également pu tenir davantage compte des conséquences de la confiscation pour l'intéressé tant sur le plan financier que sur son droit à la liberté, vu la peine d'emprisonnement subsidiaire prévue, aux fins de déterminer si l'usage de la présomption en cause était enserré dans des limites raisonnables.

**1221.** Il faut néanmoins constater qu'elle n'a pas choisi cette voie<sup>1885</sup> et qu'elle ne paraît pas décidée à s'écarter de sa position au vu par exemple du passage précité de l'arrêt *Bikas*<sup>1886</sup>.

**(2) L'arrêt *Geerings c. Pays-Bas* : l'existence des biens présumés illicites ne peut elle-même être présumée et une décision d'acquiescement ne peut être remise en cause**

**1222.** L'arrêt *Geerings c. Pays-Bas*<sup>1887</sup> donne un éclairage supplémentaire sur la position de la Cour face à la confiscation élargie. La Cour se prononçait sur une mesure dont la cible était notamment composée de biens qui auraient été acquis grâce à la commission d'infractions similaires à celles déclarées établies par le tribunal, dont l'intéressé avait cependant été acquitté (§§ 14 à 20). Les montants retenus pour fixer le *quantum* de confiscation se basaient sur des informations réunies au cours de l'enquête qui permettaient soit de les connaître, soit de les présumer.

**1223.** Dans cet arrêt, la Cour rappelle tout d'abord que

« que la présomption d'innocence que consacre l'article 6 § 2 se trouve méconnue si une décision judiciaire ou une déclaration d'un fonctionnaire concernant un prévenu reflète le sentiment que celui-ci est coupable alors que sa culpabilité n'a pas été légalement établie au préalable » (§ 41)

et que cette disposition pouvait être applicable après un acquiescement (§ 42). S'appuyant sur l'arrêt *Phillips* – et rappelant la décision *Van Offeren* (§ 44) – elle précise ensuite que la présomption d'innocence ne vaut qu'en rapport avec l'infraction précise dont le prévenu est « accusé », et qu'elle 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

---

<sup>1885</sup> Elle s'est montrée plus protectrice dans d'autres arrêts où la culpabilité du requérant avait été présumée. Voy. CEDH, arrêt *Böhmer c. Allemagne* du 3 octobre 2002, req. 37568/97; CEDH, arrêt *El Kadaa c. Allemagne* du 12 novembre 2015, req. 2130/10; CEDH, arrêt *Cleve c. Allemagne* du 15 janvier 2015, req. 48144/09.

<sup>1886</sup> Voy. le § 49 de cet arrêt.

<sup>1887</sup> CEDH, arrêt *Geerings c. Pays-Bas* du 1<sup>er</sup> mars 2007, req. 30810/03.

le cadre de la Convention (§ 43). La Cour estime toutefois que l'affaire à trancher se distingue de ces dernières<sup>1888</sup> car

- Le juge national a considéré que le requérant avait obtenu un avantage illicite grâce aux infractions en question alors qu'il n'avait pas été établi que l'intéressé possédât des biens dont il n'aurait pu expliquer la provenance de manière satisfaisante, « en se fondant sur des extrapolations basées sur un mélange de faits et d'appréciations contenus dans un rapport de police » (§ 46) ;
- le requérant avait été acquitté des infractions dont il aurait retiré les avantages patrimoniaux confisqués.

**1224.** Or, selon la Cour, à la lumière de l'arrêt *Salabiaku*, une confiscation

« faisant suite à une condamnation (...) est une mesure (*maatregel*) inappropriée pour des biens dont on ne sait pas s'ils ont jamais été en possession de la personne concernée, *a fortiori* si la mesure en cause se rapporte à un acte délictueux dont la personne en question n'a en réalité pas été reconnue coupable. Si l'on ne peut considérer au-delà de tout doute raisonnable que la personne visée a réellement commis l'infraction en question et si l'on ne peut établir qu'elle en a retiré un avantage, illicite ou non, pareille mesure ne peut se fonder que sur une présomption de culpabilité. Pareille présomption ne saurait guère être jugée compatible avec l'article 6 § 2 » (§ 47).

De plus, dès lors qu'un acquittement définitif a été prononcé,

« même la simple formulation de soupçons quant à son innocence est illégitime » (§ 49).

**1225.** Il est intéressant de noter que l'applicabilité de l'article 6 § 2 n'est pas remise en cause par la Cour dans cet arrêt, en dépit du constat de culpabilité du chef de l'infraction permettant d'enclencher le mécanisme de confiscation élargie. La Cour applique ainsi sa jurisprudence bien établie en matière de procédures liées à celle où l'accusé a bénéficié de la présomption d'innocence sans être condamné, à la suite d'un acquittement ou de l'abandon/suspension des poursuites<sup>1889</sup>.

**1226.** La Cour fonde son constat de violation de l'article 6 § 2 sur deux éléments distincts : d'une part, l'usage de la présomption d'acquisition illicite d'avoirs avait dépassé les bornes *Salabiaku*, d'autre part, la remise en cause de l'acquittement de l'intéressé.

**1227.** Par le premier, la Cour paraît exclure – suivant à cet égard le chemin tracé par l'arrêt *Phillips*<sup>1890</sup> – qu'une confiscation élargie puisse être ordonnée à l'égard de biens dont il n'a pas été établi qu'ils ont été en possession de l'accusé, alors même qu'il n'a pas été déclaré coupable de l'infraction qui aurait permis de les acquérir<sup>1891</sup>. Elle va jusqu'à affirmer qu'en l'absence de constat de la culpabilité au-delà du doute raisonnable du chef de l'infraction dont des avantages auraient été retirés, et d'établissement de l'existence même dudit avantage, la confiscation ne

---

<sup>1888</sup> Synthétisées comme suit : « Ces affaires avaient pour caractéristiques communes que les intéressés avaient été condamnés pour des infractions à la législation sur les stupéfiants, qu'ils continuaient à être soupçonnés d'autres infractions du même type, qu'il apparaissait qu'ils possédaient des biens dont la provenance ne pouvait être établie, que l'on pouvait raisonnablement présumer que ces biens avaient été obtenus grâce à l'exercice d'une activité illicite, et que les intéressés étaient restés en défaut de fournir une explication satisfaisante à cet égard » (§ 44).

<sup>1889</sup> Voy. not. CEDH [GC], arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09, § 92 et s.

<sup>1890</sup> Voy. le § 46 de cet arrêt.

<sup>1891</sup> En ce sens, BOUCHT, « Chapitre 6: Civil asset forfeiture and Art. 6(2) ECHR », *op. cit.*, p. 164.

peut reposer que sur une présomption de culpabilité, incompatible avec l'article 6 § 2. Il ne faut cependant pas à notre sens donner une portée trop importante à cette phrase, qui pourrait sonner comme une remise en cause du mécanisme de confiscation élargie lui-même. Nous ne pensons en effet pas que tel était l'objectif de la Cour. Elle s'explique à notre sens davantage par le contexte factuel de l'affaire, qui se caractérisait par un acquittement antérieur et par une méthode d'évaluation des produits assez légère.

**1228.** Ensuite, la Cour affirme sans équivoque que la procédure de confiscation élargie ne peut remettre en cause une décision d'acquiescement. Au vu de sa jurisprudence sur l'application de la présomption d'innocence aux procédures liées à celles ayant conduit à un acquittement ou à une suspension/abandon des poursuites, nous pouvons d'ailleurs nous interroger sur la compatibilité avec la présomption d'innocence d'une confiscation portant sur des biens qui auraient été acquis grâce à la commission d'une infraction à l'égard de laquelle les poursuites auraient été suspendues/abandonnées.

**1229.** Nous avons vu que dans l'arrêt *Bikas*, cette situation n'a pas conduit à un constat de violation, notamment parce que le tribunal avait en réalité déclaré l'accusé coupable des infractions relativement auxquelles les poursuites avaient été suspendues le dernier jour du procès. L'accusé avait en outre eu l'occasion d'exercer ses droits de la défense à leur égard. A la lumière de cet arrêt<sup>1892</sup>, la procédure de confiscation élargie ne pourrait en conséquence selon nous être conforme à la présomption d'innocence, que si l'intéressé a l'opportunité de faire valoir ses droits de la défense par rapport aux faits à l'égard desquels les poursuites ont été suspendues ou abandonnées. Or, le mécanisme de confiscation élargie ne permettra pas en général de le garantir, étant donné qu'elle ne se focalisera pas tant sur les infractions antérieures que sur l'existence d'avoirs d'origine illicite.

### **(3) La procédure de confiscation élargie doit être conforme à la présomption d'innocence sans être en principe considérée isolément**

**1230.** En dépit du caractère insatisfaisant sur le plan méthodologique de l'arrêt *Phillips*, nous devons tirer les enseignements suivants de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en matière de confiscation élargie<sup>1893</sup> :

- l'examen de l'équité d'une procédure de confiscation élargie implique une analyse de sa compatibilité avec la présomption d'innocence dans le cadre du paragraphe 1<sup>er</sup> mais pas avec l'article 6 § 2, à moins que les allégations sur lesquelles elle repose 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 ;
- la présomption qu'une infraction distincte de celle déclarée établie a été commise, qu'il en a été retiré des avantages patrimoniaux qui correspondent aux avoirs retrouvés dans

---

<sup>1892</sup> CEDH, arrêt *Bikas c. Allemagne* du 25 janvier 2018, req. 76607/13, § 44. Voy. également CEDH, arrêt *Capeau c. Belgique* du 13 janvier 2005, req. 42914/98, §§ 24 et s et CEDH [GC], arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09, §§ 120 à 126.

<sup>1893</sup> Voir également BOUCHT, J., « Extended confiscation: Criminal assets or Criminal Owners ? », *op. cit.*, p. 136 et 137.

le patrimoine du condamné au cours d'une période antérieure de six années, ne constitue pas une nouvelle accusation en matière pénale et n'est pas contraire à l'article 6 § 1 pour autant que le condamné soit correctement informé et qu'il ait la possibilité de la renverser ;

- sous les mêmes réserves, la mise en œuvre d'un standard de preuve différent du standard pénal de la preuve au-delà du doute raisonnable n'est pas contraire à la présomption d'innocence, sans qu'il soit certain que le standard civil de la balance des probabilités soit suffisant ;
- la possibilité pour le juge de renoncer à l'application de la présomption en cas de risque d'injustice paraît constituer un élément d'appréciation favorable à la compatibilité de la confiscation élargie avec le droit à un procès équitable ;
- la confiscation élargie portant sur des biens, ou dont le *quantum* serait évalué par référence à des biens, dont il n'est pas démontré qu'ils ont fait partie du patrimoine de l'intéressé semble contraire à la présomption d'innocence au vu de l'arrêt *Geerings* ;
- il en est de même de la confiscation élargie qui porterait sur des biens, ou qui serait évaluée par référence à des biens, qui auraient été obtenus par la commission d'une infraction dont l'intéressé a été acquitté ;
- le même constat s'impose si les poursuites ont été abandonnées/suspendues relativement à l'infraction génératrice de biens illicites, à moins que l'intéressé ait pu faire valoir ses droits de la défense relativement à cette infraction.

**1231.** Au vu de ces éléments, les articles 5 de la directive 2014/42/UE<sup>1894</sup> et 43<sup>quater</sup> du Code pénal belge<sup>1895</sup> ne sont pas incompatibles avec l'article 6 de la Convention, tel qu'interprété par la Cour européenne. Une difficulté se pose néanmoins en ce qu'ils n'excluent pas expressément la possibilité de confisquer des biens découlant d'infractions du chef desquelles le condamné a préalablement été acquitté. Si en droit belge la doctrine paraît être fixée en ce sens<sup>1896</sup>, une telle réserve prévue par la Commission, a comme nous l'avons relevé été exclue de l'article 5 au cours des négociations<sup>1897</sup>.

### **c. La confiscation sans condamnation préalable : prévenir la commission d'infraction sans sanctionner ?**

**1232.** Plusieurs Etats membres de l'Union européenne ont introduit dans leur législation des mécanismes dits de confiscation civile<sup>1898</sup>. En dépit des différences qu'ils présentent, M. BOUCHT met en évidence les caractéristiques communes suivantes<sup>1899</sup> :

- l'absence de lien avec une condamnation pénale ;
- la procédure vise un bien et non une personne ;

---

<sup>1894</sup> Voy. dans la première partie, la sous-section A, 2, c, (3), (e).

<sup>1895</sup> Voy. dans la première partie, la sous-section A, 3, c, (1), (d).

<sup>1896</sup> LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 38.

<sup>1897</sup> Voy. dans la première partie, la sous-section A, 2, c, (3), (e).

<sup>1898</sup> Voy. BOUCHT, J., « Chapitre 6: Civil asset forfeiture and Art. 6(2) ECHR », *op. cit.*, p. 152 faisant référence au rapport dressé par le Parlement au sujet de la proposition de directive sur le gel et la confiscation des produits du crime, doc. A7-0178/2013, pt. 34.

<sup>1899</sup> BOUCHT, J., « Chapitre 6: Civil asset forfeiture and Art. 6(2) ECHR », *op. cit.*, pp. 154-156.

- il s'agit d'une procédure civile reposant sur le standard civil de preuve (la balance des probabilités) ;
- elle vise à exclure du marché les biens d'origine illicite pour prévenir la commission de nouvelles infractions, l'usage de ces biens dans l'économie légale et la perturbation du système financier.

**1233.** Les dispositifs de confiscation civile (ou ceux qui en sont proches) font l'objet de critiques<sup>1900</sup>. Leurs détracteurs dénoncent de manière générale le fait qu'ils permettent de contourner des garanties essentielles du procès équitable en matière pénale, alors qu'ils ont en réalité la même conséquence pour la personne qui les subit qu'une confiscation pénale. Il est également évident qu'ils reposent sur une fiction : un bien peut être criminel et sa confiscation ne vise pas son propriétaire/possesseur/détenteur. La frontière entre répression et prévention est par ailleurs souvent assez difficile à tracer en pratique.

**1234.** Ces constats sont au cœur des débats tenus en la matière devant la Cour, dont nous analysons ci-dessous la jurisprudence. Le mécanisme italien de « confiscation préventive » a donné lieu à une série d'arrêts, ayant été ensuite invoqués par la Cour pour évaluer la compatibilité d'autres dispositifs de confiscation sans condamnation préalable avec le droit à un procès équitable. Nous entamerons par conséquent notre analyse avec elle (1). Ensuite, nous évoquerons les autres arrêts pertinents en la matière (2 à 5) avant de conclure en synthétisant les principaux enseignements tirés de cet examen et en nous interrogeant sur l'impact de la jurisprudence de la Cour (6).

### **(1) La *confisca di prevenzione*, un instrument préventif spécifiquement élaboré pour lutter contre la *Mafia***

**1235.** Dès le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, le législateur italien a mis en place des mesures préventives pour lutter contre le crime organisé<sup>1901</sup>. Le dispositif consistait essentiellement en des mesures restrictives portant sur la liberté personnelle et de mouvement de personnes considérées comme dangereuses. La saisie et la confiscation de biens furent néanmoins introduites en 1982<sup>1902</sup>, dans l'idée que les groupes mafieux ne pouvaient être combattus sans s'attaquer à leurs avoirs. Initialement nécessairement liées, mesures préventives personnelles et financières sont indépendantes les unes des autres depuis une dizaine d'années. Il n'est en conséquence plus nécessaire qu'une mesure personnelle soit adoptée contre un individu pour que des biens soient saisis puis confisqués préventivement<sup>1903</sup>.

**1236.** La mise en œuvre de mesures préventives financières ne nécessite pas de condamnation préalable et n'est pas liée à des poursuites pénales<sup>1904</sup>. En règle, les biens visés sont ceux, soit dont l'origine ne peut être justifiée par la personne dangereuse visée et dont la valeur apparaît

---

<sup>1900</sup> *Ibid.*, pp. 155 et 156.

<sup>1901</sup> Sur cette question, voy. PANZAVOLTA, M. et FLOR, R., « A Necessary Evil ? The Italian "Non-criminal Sytem" of Asset Forfeiture », in RUI, J. P et SIEBER, U., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, *op. cit.*, pp. 111-151.

<sup>1902</sup> Loi 646/1982.

<sup>1903</sup> PANZAVOLTA, M. et FLOR, R., *op. cit.*, p. 122.

<sup>1904</sup> Art. 4 du Code Antimafia, décret 159/2011.

disproportionnée au regard des revenus/activités déclarés, soit d'origine illicite<sup>1905</sup>. La procédure est initiée par une autorité policière ou par le ministère public et est menée devant un tribunal spécifique. La procédure pénale est applicable en matière d'administration de la preuve, sauf disposition particulière. Le standard de preuve appliqué n'est néanmoins pas celui de la preuve au-delà du doute raisonnable, sans qu'on puisse néanmoins affirmer que le standard civil de preuve de la balance des probabilités soit suffisant<sup>1906</sup>. Les preuves apportées par l'autorité poursuivante peuvent provenir de poursuites pénales parallèles (ou antérieures), ou d'investigations financières spécifiques, voire d'autres procédures civiles ou administratives et de rapports de police<sup>1907</sup>. La loi prévoit encore que sont présumés d'origine illicite tous les biens qui ne correspondent pas aux revenus déclarés et dont la provenance ne peut être justifiée<sup>1908</sup>.

**1237.** La confiscation préventive italienne requiert par ailleurs la démonstration que la personne qui la subit est dangereuse au sens de la loi<sup>1909</sup>. Elle est à cet égard construite différemment de la confiscation civile « anglo-saxonne » et présente dans cette mesure un caractère hybride<sup>1910</sup>. En effet, en droit anglais par exemple, seule l'origine (probablement) illicite du bien compte pour ordonner une « *civil recovery* », mesure de confiscation civile introduite en 2003 par le Proceeds of Crime Act 2002<sup>1911</sup>. La procédure, totalement indépendante d'éventuelles poursuites pénales, est de surcroît initiée par une autorité administrative et traitée par une juridiction civile devant laquelle le standard de preuve civil est applicable<sup>1912</sup>. Tandis que la Cour a comme nous le verrons eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur la confiscation préventive italienne, la *civil recovery* attend encore que la Cour se prononce dans une affaire *Gale c. Royaume-Uni*<sup>1913</sup> portant notamment sur l'applicabilité de l'article 6 § 2 de la Convention, exclue par les juridictions internes, et confirme ou non la décision prise dans l'affaire *Walsh c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2006<sup>1914</sup>.

## **(2) La jurisprudence *Guzzardi* tient bon pour lutter contre la Mafia**

**1238.** Nous avons déjà montré que la Cour refusait d'appliquer le volet pénal du droit à un procès équitable aux mesures préventives adoptées par les tribunaux italiens pour lutter contre

---

<sup>1905</sup> PANZAVOLTA, M. et FLOR, R., *op. cit.*, p. 125-126.

<sup>1906</sup> *Ibid.*, pp. 136-138.

<sup>1907</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>1908</sup> *Ibid.* 140

<sup>1909</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>1910</sup> *Ibid.* Notons que la Cour de cassation italienne juge que la confiscation préventive est une sanction administrative, qui se distingue donc d'une mesure préventive et d'une sanction pénale, et dont les effets sont équivalents à une confiscation pénale (*Ibid.*, p. 140).

<sup>1911</sup> Pour un aperçu, voy. SMITH, I., « Civil Asset Recovery. The English Experience », in RUI, J. P et SIEBER, U., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, *op. cit.*, pp. 31-68, spéc. 31-33.

<sup>1912</sup> *Ibid.*, pp. 31-33.

<sup>1913</sup> CEDH, req. 25092/12.

<sup>1914</sup> CEDH, décision *Walsh c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2006, req. 43384/05.



la criminalité organisée<sup>1915</sup>. La Cour ne s'est pas écartée de sa jurisprudence *Guzzardi* en matière de *confisca di prevenzione* comme le montrent les affaires synthétisées ci-dessous.

**1239.** La Commission des droits de l'homme avait ouvert la voie en faisant le lien entre la mesure préventive en cause dans l'arrêt *Guzzardi* et la *confisca di prevenzione*. Dans une affaire *M. c. Italie*<sup>1916</sup>, elle avait en effet écarté l'application du volet pénal à ce dispositif de confiscation en raison de son caractère préventif, se fondant expressément sur l'arrêt *Guzzardi*, tout en entamant son examen par le rappel de la jurisprudence *Deweert c. Belgique*. Son raisonnement tenait en trois points. Tout d'abord, en droit interne, la procédure pénale et la procédure de confiscation préventive étaient clairement distinguées. Ensuite, la confiscation préventive, comme l'assignation à résidence en cause dans l'arrêt *Guzzardi*, ne peut être prononcée que s'il existe des indices suffisants et objectifs de dangerosité, non infirmés par la personne concernée. Elle en déduit que

« ce contexte juridique confirme le caractère préventif de la confiscation et montre que celle-ci a pour but d'empêcher l'usage illicite des biens qu'elle vise. Il s'ensuit que la confiscation des biens du requérant n'implique, pas plus que son assignation à résidence, l'établissement d'une infraction déterminée »

Enfin, la Commission des droits de l'homme estime que la sévérité de la mesure de confiscation ne peut permettre de la classer parmi les mesures relevant du droit pénal, étant donné qu'elle est en pratique également utilisée en matière administrative pour protéger l'intérêt public. Elle juge que la confiscation préventive en cause, qui porte sur des « biens considérés d'origine frauduleuse », relève de ce type de mesure étant donné que son

« but est de frapper les associations mafieuses et les moyens considérables dont elles disposent pour financer des activités illicites ».

Elle rejette finalement la requête en ces termes :

« Dans ces circonstances et à la lumière de la jurisprudence de la Cour, la Commission conclut que la confiscation litigieuse ne comporte pas un constat de culpabilité, qui suit une accusation, et ne constitue pas une peine. Dès lors, les griefs tirés de la violation des articles 6 par. 2 et 7 (art. 6-2, 7) de la Convention sont incompatibles "ratione materiae" avec ces dispositions et doivent être rejetées conformément à son article 27 par. 2 (art. 27-2). »

**1240.** Dans une affaire déjà ancienne mais ultérieure, *Raimondo c. Italie*<sup>1917</sup>, la Cour était également appelée à se prononcer sur la compatibilité avec l'article 6 de mesures préventives de surveillance spéciale et de confiscation imposées à M. *Raimondo*. Ce dernier était soupçonné d'appartenir à une association de malfaiteurs de type mafieux, soupçons qui conduisirent à l'ouverture d'une procédure pénale et concomitamment à l'imposition des mesures préventives. Il fut *in fine* acquitté sur le plan pénal et la Cour d'appel annula la mesure de surveillance spéciale ainsi que les confiscations préventives qui avaient été imposées par le premier juge.

---

<sup>1915</sup> Précédemment, Ch. II, A, 1, b, (4). Voy. not. CEDH, arrêt *Guzzardi c. Italie* du 6 novembre 1980, req. 7367/76 et CEDH [GC], arrêt *De Tommaso c. Italie* du 23 février 2017, req. 43395/09, § 143.

<sup>1916</sup><sup>1916</sup> Voy. également Comm.dr.hom., décision *M. c. Italie* du 15 avril 1991, req. 12386/86.

<sup>1917</sup> CEDH, arrêt *Raimondo c. Italie* du 22 février 1994, req. 12954/87.

**1241.** Parmi les griefs<sup>1918</sup> soulevés par M. *Raimondo*<sup>1919</sup> figurait le dépassement du délai raisonnable, et donc la violation de l'article 6 § 1. Il se plaignait plus précisément de la durée de la procédure de recours contre les mesures préventives prises à son égard. A cette occasion, la Cour écarta l'application du volet pénal de cette disposition en soutenant que :

« Avec le Gouvernement et la Commission, la Cour estime que la surveillance spéciale ne saurait se comparer à une peine car elle vise à empêcher l'accomplissement d'actes criminels ; la procédure y relative ne porte donc pas sur le "bien-fondé" d'une "accusation en matière pénale" (arrêt *Guzzardi* précité, p. 40, par. 108). Quant à la confiscation, il échet de relever que l'article 6 (art. 6) s'applique à toute action ayant un objet "patrimonial" et se fondant sur une atteinte alléguée à des droits eux aussi patrimoniaux (arrêt *Editions Périscope c. France* du 26 mars 1992, série A no 234-B, p. 66, par. 40). Or tel était le cas en l'espèce » (§ 43).

Cet arrêt rendu à l'unanimité est ainsi peu explicite sur le rejet du volet pénal de l'article 6 § 1. L'objectif préventif invoqué par le législateur italien paraît suffire à la Cour pour exclure la qualification de peine de la mesure de surveillance et donc l'existence d'une quelconque accusation<sup>1920</sup>. La Cour ne traite par ailleurs pas spécifiquement de la question de l'applicabilité éventuelle du volet pénal à la confiscation préventive, sauf à considérer que son argument relatif au caractère préventif de la surveillance spéciale valait également à son égard – ce qui n'est pas certain à la lecture du paragraphe précité mais rejoindrait la position adoptée dans la décision *M. c. Italie* précitée. Il n'en demeure pas moins que la Cour adoptera la même position, au stade de l'examen de la recevabilité de la requête, dans plusieurs affaires dont *Arcuri e.a. c. Italie*<sup>1921</sup> et *Riela e.a. c. Italie*<sup>1922</sup>.

**1242.** Ces décisions sont quasiment identiques à l'arrêt *Raimondo c. Italie*, et il est certain à leur lecture que le caractère « préventif » de la confiscation fait obstacle à sa qualification de peine et, par voie de conséquence, à l'application du volet pénal de l'article 6. La Cour indique en outre également à l'appui de ce « raisonnement » dans la décision *Riela e.a. contre Italie* que l'imposition d'une mesure de prévention « n'est pas tributaire du prononcé préalable d'une condamnation pour une infraction pénale » (n° 2), ce qui la distingue de la confiscation en cause dans l'arrêt *Welsch c. Royaume-Uni* déjà évoqué lors de l'analyse de l'arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* et que nous analyserons dans le chapitre B consacré à l'article 7 de la Convention.

**1243.** Sur le fond, relativement au respect du volet civil de l'article 6 ou du droit de propriété, la Cour s'est de manière générale montrée très tolérante envers la législation italienne ainsi que le relève la doctrine, à l'exception du défaut de publicité des audiences<sup>1923</sup>. A cette occasion,

---

<sup>1918</sup> Etaient également invoquées la violation de l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel à la Convention (droit au respect de la propriété privée) et celle de l'article 2 du Protocole n°4 (liberté de circulation).

<sup>1919</sup> Vu son décès au cours de la procédure devant la Cour, notons que ce sont les héritiers de M. *Raimondo* qui ont repris la procédure.

<sup>1920</sup> Comp. avec Comm.dr.hom., rapport *Ciulla c. Italie* du 8 mai 1987, req. 11152/84 à l'occasion duquel la Commission indique : « 57. Par ailleurs, les faits justifiant la mesure d'assignation à résidence correspondent, en l'espèce, à une hypothèse d'infraction pénale, notamment l'appartenance du requérant à une association de malfaiteurs de type mafieux. L'assignation à résidence et la détention ordonnée par le juge dans le contexte de la procédure de prévention constituent, en effet, une réaction de l'ordre juridique contre un individu sur lequel pesaient des indices graves. 58. En particulier, l'application d'une mesure de prévention, bien que ne pouvant pas être assimilée à une peine, constitue néanmoins une sanction appliquée par voie juridictionnelle. »

<sup>1921</sup> CEDH, décision *Arcuri e.a. c. Italie* du 5 juillet 2001, req. 52024/99, n° 2.

<sup>1922</sup> CEDH, décision *Riela e.a. c. Italie* du 4 septembre 2001, req. 52439/99, n° 2.

<sup>1923</sup> Voir PANZAVOLTA et FLOR, *op. cit.*, pp. 142-143.

elle a régulièrement mis en avant le défi que représente la *mafia* en Italie pour les autorités<sup>1924</sup>, notamment en vue de valider l'usage de la présomption d'illicéité des biens dont dispose la personne soupçonnée d'appartenir à une organisation criminelle mafieuse<sup>1925</sup>.

### (3) Une exclusion du volet pénal qui fait tache d'huile mais qui peine à convaincre

**1244.** Plusieurs dispositifs de confiscation civile britannique ont donné lieu à des recours, sur pied du volet pénal de l'article 6, et plus particulièrement du paragraphe 2. Nous verrons qu'à ces occasions, au stade de l'examen de la recevabilité de la requête, la Cour s'en est tenue à sa jurisprudence *Raimondo* pour les écarter. Nous commençons par analyser la décision rendue dans une affaire *Butler c. Royaume-Uni* du 27 juin 2002<sup>1926</sup> (a), avant de nous pencher sur celle rendue dans l'affaire *Walsh c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2006<sup>1927</sup> (b).

#### (a) Le caractère préventif de la confiscation exclut qu'elle puisse être de nature pénale

**1245.** A l'occasion de l'affaire *Butler c. Royaume-Uni*, la Cour adopta la même attitude face à un dispositif civil de saisie et de confiscation sans condamnation préalable britannique visant à lutter contre le trafic de stupéfiants, que celle qu'elle avait adoptée face à la *confisca di prevenzione*. Il découle de la décision que

- la procédure était initiée par la douane et portait sur les sommes d'argent importées au ou exportée du Royaume-Uni dont le juge était convaincu qu'elles constituaient, directement ou indirectement, le produit du trafic de stupéfiants et/ou étaient destinées à un tel trafic ;
- aucune condamnation antérieure du possesseur/détenteur des fonds du chef de trafic de stupéfiants n'était nécessaire pour emporter la conviction du juge ;
- le standard civil de preuve de la balance des probabilités était applicable ;
- la restitution des sommes saisies pouvait être sollicitée s'« il n'y a[avait] aucune raison plausible de soupçonner qu'il représent[ait] directement ou indirectement le produit du trafic de stupéfiants ou qu'une personne envisage[ait] de l'utiliser à cette fin » (section « droit interne pertinent »).

**1246.** Le requérant estimait en l'espèce que son droit à être présumé innocent avait été méconnu

« car il a dû supporter la charge de prouver au-delà de tout doute raisonnable (le critère applicable en matière pénale) que l'argent en question n'était pas lié au trafic de stupéfiants, alors que les autorités étaient seulement tenues de prouver selon le critère de probabilité

---

<sup>1924</sup> Voy. par exemple Comm.dr.hom., rapport *Ciulla c. Italie* du 8 mai 1987, req. 11152/84, § 55 ; Comm.dr.hom., décision *M. c. Italie* du 15 avril 1991, req. 12386/86 ; CEDH, arrêt *Raimondo c. Italie* du 22 février 1994, req. 12954/87, §§ 27 et 30 ; CEDH, décision *Arcuri e.a. c. Italie* du 5 juillet 2001, req. 52024/99, n° 1 *in fine* ; CEDH, décision *Riela e.a. c. Italie* du 4 septembre 2001, req. 52439/99, n° 1 *in fine*.

<sup>1925</sup> Voy. not. CEDH, décision *Licata c. Italie* du 27 mai 2004, req. 32221/02.

<sup>1926</sup> CEDH, décision *Butler c. Royaume-Uni* du 27 juin 2002, req. 41661/98.

<sup>1927</sup> CEDH, décision *Walsh c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2006, req. 43384/05.

(applicable en matière civile) que l'argent qui lui avait été saisi représentait directement ou indirectement le produit du trafic de stupéfiants ou était destiné à un tel trafic » (Griefs, § 2).

Le Gouvernement soutenait pour sa part que le mécanisme en cause était préventif et n'impliquait aucun constat de culpabilité d'une quelconque infraction, de sorte que la confiscation ne pouvait être assimilée à une peine.

**1247.** La Cour jugea, au stade de l'examen de la recevabilité du recours, que

- aucune accusation en matière pénale n'a jamais été portée contre le requérant ni contre une autre partie ;
- la confiscation n'était pas une sanction pénale sévère mais une mesure préventive « étant donné qu'elle visait à retirer de la circulation de l'argent dont on présumait qu'il était lié au trafic international de stupéfiants »,

de sorte que conformément aux affaires *Raimondo*, *Arcuri* ou *Riela* on ne peut considérer que la procédure qui a abouti à l'ordonnance de confiscation a porté sur le « bien-fondé d'une accusation en matière pénale ».

**1248.** La Cour indique également que contrairement à la procédure de confiscation en cause dans l'arrêt *Phillips*, qui constituait une procédure d'infliction de la peine, l'ordonnance litigieuse en l'espèce était de nature préventive. L'arrêt *Phillips* ne permet donc pas de conclure que le volet pénal de l'article 6 devrait s'appliquer en l'espèce. De plus, la Cour relève que dans l'arrêt *Phillips*, elle avait jugé que l'article 6 § 2 n'était pas applicable car la procédure de confiscation « ne tendait pas à la condamnation ou à l'acquittement du requérant et n'entraînait pas une inscription dans le casier judiciaire de l'intéressé ». Or, c'est aussi le cas dans l'affaire *Butler*, ce qui va selon elle dans le sens de l'inapplicabilité de cette disposition.

**1249.** Vu le contexte factuel totalement différent des deux affaires, cet argument nous paraît néanmoins être de peu de poids. C'est en effet justement parce que M. *Phillips* avait déjà été déclaré coupable de l'infraction que la peine de confiscation litigieuse tendait à sanctionner, que la Cour, au terme d'un raisonnement par ailleurs contestable, avait jugé qu'il ne pouvait plus bénéficier de la garantie offerte par l'article 6 § 2. L'accusation en matière pénale dont il faisait l'objet avait dès lors déjà été tranchée selon la Cour, sans que la procédure de confiscation n'en emporte selon elle une nouvelle. A l'appui de ce constat, la Cour relevait qu'elle n'entraînait d'ailleurs pas de mention particulière dans le casier judiciaire de M. *Phillips*. M. *Butler* n'avait en revanche pas été déclaré pénalement coupable de quoi que ce soit, de sorte que la question relative à l'applicabilité du volet pénal se posait de manière très différente.

**1250.** La Cour estima enfin que les arrêts *Agosi c. Royaume-Uni*<sup>1928</sup> et *Air Canada c. Royaume-Uni*<sup>1929</sup> ne permettaient pas davantage de conclure en l'espèce à l'application du volet pénal de l'article 6. Or, bien que ces deux arrêts portent sur un mécanisme de confiscation civile, une rapide analyse permet de constater que ce dernier est très différent de celui appliqué à M. *Butler* et s'inscrit dans un contexte factuel peu comparable.

---

<sup>1928</sup> CEDH, arrêt *Agosi c. Royaume-Uni* du 24 octobre 1986, req. 9118/80.

<sup>1929</sup> CEDH, arrêt *Air Canada c. Royaume-Uni* du 13 juillet 1995, req. 18465/91.

**1251.** Dans l'affaire *Agosi*, des kruegerrands avaient illégalement été importés au Royaume-Uni (§§ 12 à 21). Les auteurs de l'infraction ont été condamnés sans que les kruegerrands ne soient confisqués au terme de l'instance pénale (§§ 22 à 25). Saisis par la douane, ils appartenaient cependant à la société *Agosi*, étrangère à la commission de l'infraction<sup>1930</sup>, qui en demanda la restitution au juge civil à l'issue de l'instance pénale. Loin de faire droit à sa demande, les juridictions civiles ordonnèrent leur confiscation à la demande des autorités douanières, qui refusèrent par la suite de les restituer à *Agosi* après que la confiscation a été ordonnée (§§ 26 à 32). La confiscation en cause se fondait sur un dispositif légal autorisant les douanes à saisir ou à détenir les marchandises confisquables, notamment parce qu'elles ont été importées illégalement. A défaut pour leur propriétaire de démontrer qu'il n'y a pas lieu de les confisquer, les douanes doivent saisir les autorités judiciaires pour qu'elles en prononcent la confiscation. Dans ce cadre, ces dernières

« recherchent seulement si les biens saisis entrent dans l'une des catégories légales de marchandises confisquables ; [elles] n'examinent pas la question de l'innocence du propriétaire » (§ 34).

Selon la Cour cette procédure ne reposait sur aucune accusation en matière pénale à l'encontre d'*Agosi* et les tribunaux n'avaient donc pas à se prononcer sur le bienfondé d'une telle accusation. Elle rejeta donc l'application du volet pénal de l'article 6 (§§ 65-66). Elle ne se prononça par ailleurs pas sur le respect du volet civil de l'article 6 ou de l'article 7, qui n'avaient pas été invoqués. Elle rejeta enfin le grief d'*Agosi* pris de la violation du droit au respect des biens, estimant qu'elle n'avait pas mobilisé les garanties procédurales qui lui auraient permis de faire valoir son « innocence » et son absence de négligence (§§ 47 à 62).

**1252.** L'arrêt *Air Canada* concerne également une procédure de confiscation *in rem* initiée par les douanes. Quelques jours après avoir découvert une grande quantité de stupéfiants dans un avion appartenant à la compagnie aérienne (§ 7), elles saisirent l'appareil. La loi les y autorisait étant donné qu'il avait été utilisé pour transporter des biens « confisquables » (§§ 8 et 18-19), et cette saisie faisait suite à une longue série d'incidents impliquant *Air Canada* (§ 6). L'appareil fut néanmoins remis le jour-même à la compagnie moyennant le paiement d'une « peine pécuniaire » de 50.000 livres (§ 9). La compagnie contesta que l'avion soit « confisquable », tandis que les autorités douanières en demandèrent la confiscation judiciaire (§ 11). Cette confiscation fut ordonnée en dernier ressort sans que la compagnie ne soit cependant privée de l'avion vu le paiement qu'elle avait réalisé (§§ 14 à 17). L'arrêt ne révèle pas l'existence de poursuites pénales menées à l'encontre de qui que ce soit. *Air Canada* saisit la Commission des droits de l'homme en invoquant la violation de l'article 6 et de l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel. Elle conclut à la non-violation de ces dispositions et la Cour parvint à une conclusion identique. Cette dernière jugea notamment que, contrairement à ce que soutenait la requérante, elle n'avait pas fait l'objet d'une accusation en matière pénale mais avait subi, comme l'avait jugé la *Court of Appeal*, une confiscation *in rem* non pénale (§ 52)<sup>1931</sup>. Elle

---

<sup>1930</sup> Cette société allemande avait vendu les kruegerrands aux auteurs de l'infraction qui l'avait payée en lui remettant un chèque sans provision. Contractuellement, elle en demeurait donc propriétaire. Elle résilia finalement le contrat, ce qui avait pour effet d'annuler la vente.

<sup>1931</sup> La Cour se réfère à cet égard à l'arrêt *Deweert c. Belgique* déjà abondamment cité : « (...) De plus, les éléments mentionnés plus haut - l'absence d'une accusation en matière pénale ou d'une disposition "pénale" par nature

raisonna également par analogie avec l'arrêt *Agosi*, dont elle indiqua ne pas devoir s'écarter (§§ 53-54). Elle considéra en revanche que le volet civil de l'article 6 était applicable (§ 56), mais qu'il n'avait pas été violé vu qu'*Air Canada* avait eu accès à un tribunal mais n'avait pas exercé le recours utile (§§ 57-62).

**1253.** Au vu de ce qui précède, ces deux arrêts se distinguent sur deux points essentiels de l'affaire *Butler* : la confiscation avait été imposée à la suite d'une infraction établie – et non présumée<sup>1932</sup> – à une personne non suspectée de l'avoir commise. Les invoquer à l'appui du rejet de l'application du volet pénal de l'article 6 apparaît ainsi peu opportun.

**1254.** Il découle de ce qui précède que la décision *Butler* s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence *Guzzardi/Raimondo*. Comme cette dernière, elle peine néanmoins à convaincre vu la faiblesse du raisonnement à l'appui de l'exclusion de l'applicabilité de l'article 6 § 2.

### (b) Un examen au regard des critères *Engel* ?

**1255.** Dans une décision *Walsh c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2006<sup>1933</sup>, la Cour refusa également l'application du volet pénal de l'article 6 à une procédure de confiscation civile britannique prévue, cette fois, par la *Proceeds of Crime Act 2002* (« POCA »)<sup>1934</sup>. Il découle de la décision que ce dispositif visait les produits tirés d'une conduite illégale (« *unlawful conduct* ») et était mis en œuvre par une autorité administrative spécialisée, l'*Assets Recovery Agency* avant d'être ordonnée ou non par un juge. Il n'imposait pas à cette autorité de démontrer au-delà du doute raisonnable qu'une infraction déterminée avait été commise. Pour ordonner la confiscation le juge devait, en effet, uniquement être convaincu suivant le standard de preuve de la balance des probabilités que les fonds en cause provenaient d'une infraction. Le requérant avait soutenu devant les juridictions internes que cette procédure n'était pas civile mais bien pénale et qu'elle violait notamment la présomption d'innocence vu le standard civil de preuve mis en œuvre.

**1256.** Il ne fut pas suivi, la *High Court* estimant en appliquant les critères *Engel*, que

*« in domestic law the proceedings were classified as civil, not involving the preferring of a criminal charge in a criminal setting, or giving rise to any criminal record; that the purpose of the proceedings was not to make him amenable to punishment for a specific crime by way of imprisonment or a fine but that they were restitutionary in nature seeking the recovery of assets acquired through criminal conduct.. As to the nature of any penalty, while the recovery of assets*

---

comme la circonstance que les tribunaux répressifs ne sont pas intervenus - combinés avec le fait qu'il n'y a eu aucune menace de procédure pénale dans l'hypothèse où la compagnie n'obtempérerait pas, suffisent à distinguer la présente cause de l'affaire *Deweert c. Belgique* (arrêt du 27 février 1980, série A n° 35), dans laquelle le requérant avait été tenu de verser une certaine somme, sous peine de voir son commerce fermé provisoirement, s'il voulait éviter des poursuites pénales ». A la lecture de l'arrêt, on pourrait néanmoins penser que les autorités douanières ont en réalité voulu sanctionner *Air Canada* à la suite de plusieurs failles de sécurité sans toutefois formuler d'accusation formelle (voy. en ce sens l'opinion dissidente du juge *Walsh*, § 4). Il est vrai que *de facto* une amende très élevée lui avait été imposée en contrepartie de la restitution de l'avion. Ce n'est cependant pas la voie suivie par la Cour, non saisie d'un grief fondé sur l'article 7.

<sup>1932</sup> Une condamnation pénale n'a cependant pu être prononcée que dans l'affaire *Agosi*.

<sup>1933</sup> CEDH, décision *Walsh c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2006, req. 43384/05.

<sup>1934</sup> Sur ce dispositif, voy. SMITH, I., « Chapter 3. Civil Asset Recovery. The English Experience », in RUI, J. P et SIEBER, U., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, op. cit., pp. 31-68.

*could readily be described as a preventative measure, it considered that even if the proceedings did impose a penalty that this was not sufficient to classify the proceedings as criminal for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention. »*

Et que

*« The essence of article 6 in the criminal dimension is the charging of a person with a criminal offence for the purpose of securing a conviction with a view to exposing that person to criminal sanction. These proceedings are obviously and significantly different from that type of application. They are not directed towards him in the sense that they seek to inflict punishment beyond the recovery of assets that do not lawfully belong to him. As such, while they will obviously have an impact on the appellant, these are predominantly proceedings in rem. They are designed to recover the proceeds of crime, rather than to establish, in the context of criminal proceedings, guilt of specific offences. The cumulative effect of the application of the tests in Engel is to identify these clearly as civil proceedings. »*

Elle ordonna ensuite la confiscation d'une importante somme d'argent, estimant

*« on the balance of probabilities that the applicant had for some time pursued a criminal lifestyle involving dishonest and acquisitive criminal conduct with a willingness to resort to violence if necessary ».*

Le juge interne refusa néanmoins de se fonder sur des faits du chef desquels M. Walsh avait été préalablement acquittés pour forger sa conviction.

**1257.** La Cour de Strasbourg rejeta la requête de M. Walsh, fondée sur les articles 6 (volet pénal) et 7 de la Convention, et 1<sup>er</sup> du premier Protocole additionnel, estimant notamment qu'elle était irrecevable *rationae materiae* du point de vue de l'article 6. Selon elle, en effet, suivant les critères *Engel* et à la lumière notamment de l'arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* et de la décision *Butler c. Royaume-Uni* analysés précédemment,

- la procédure était qualifiée de civile en droit interne et se distinguait de la procédure pénale ayant conduit à l'acquittement de M. Walsh (1<sup>er</sup> critère) ;
- le but de la confiscation n'était pas de punir ou de dissuader (« *not punitive or deterrent* ») mais de recouvrir des avoirs obtenus illégalement par le requérant (« *to recover assets which did not lawfully belong to the applicant* ») ; elle ne comportait en outre aucun constat de culpabilité et les faits ayant donné lieu à un acquittement n'avaient pas été pris en compte (2<sup>ème</sup> critère) ;
- bien que la somme en jeu soit importante, cet élément n'est pas déterminant pour établir le caractère pénal d'une mesure, en l'espèce non punitive par nature (3<sup>ème</sup> critère) ;

de sorte que la procédure ne relevait pas du volet pénal de l'article 6.

**1258.** Cette décision montre qu'outre l'objectif de prévenir la commission d'une infraction, celui de recouvrir des avoirs d'origine des avoirs illicites permet d'écarter l'application du volet pénal de l'article 6. Comme nous l'avons déjà relevé à propos de la décision *Butler c. Royaume-Uni*, invoquer l'arrêt *Phillips* nous paraît peu opportun. Le contexte factuel des deux affaires est en effet totalement différent, étant donné que contrairement à M. *Phillips*, M. Walsh n'avait pas été déclaré coupable d'une infraction préalablement à la mise en œuvre de la procédure de confiscation. A la différence de l'affaire *Butler*, la Cour a mis en œuvre les critères *Engel*, quoi que de manière relativement superficielle à notre sens, pour déterminer s'il convenait ou non

d'appliquer le volet pénal de l'article 6. Elle paraît néanmoins en réalité se contenter de la qualification donnée en droit interne à la mesure de confiscation, sans aller au-delà des apparences. Comme dans l'affaire *Butler*, aucun examen des faits à la lumière de la notion d'accusation, suivant la jurisprudence *Deweert c. Belgique*, n'est par ailleurs réalisé.

#### **(4) La conception large de la présomption d'innocence comme limite à l'exclusion du volet pénal de l'article 6**

**1259.** Au vu de ce qui précède, le rejet de l'application du volet pénal de l'article 6, et plus particulièrement de l'article 6 § 2, demeure donc très faiblement argumenté<sup>1935</sup>. Il faut néanmoins constater que l'absence d'inscription dans le casier judiciaire paraît être pour la Cour un élément déterminant de l'existence ou non d'une accusation en matière pénale<sup>1936</sup>. Il en est de même de l'objectif conféré en droit interne à la procédure de confiscation de prévenir la commission future d'infractions ou de recouvrer des avoirs obtenus illicitement, en s'attaquant uniquement aux biens, sans formuler de constat (formel) de culpabilité. Aucune analyse au regard de la notion d'« accusation » n'est par ailleurs réalisée et, lorsqu'elle a lieu, l'analyse suivant les critères *Engel* apparaît superficielle, notamment quant à la nature de la procédure. La position de la Cour semble en réalité essentiellement reposer sur la qualification civile donnée à la confiscation en droit interne.

**1260.** Deux affaires plus récentes ont donné l'occasion à la Cour de renforcer son raisonnement sur le plan des principes, dans le prolongement de l'arrêt *Geerings c. Pays-Bas* que nous avons analysé précédemment. Il s'agit d'une part, de l'affaire *Gogitidze e.a. c. Géorgie*<sup>1937</sup> (a), et d'autre part, de l'affaire *Balsamo c. Saint-Marin*<sup>1938</sup>(b), qui confèrent néanmoins tous deux une portée étroite à la dimension externe de la présomption d'innocence.

#### **(a) La présomption d'innocence dans sa conception large pourrait être applicable...**

**1261.** M. *Gogitidze* avait assumé des fonctions politiques importantes en Géorgie pendant plusieurs années. La confiscation d'une série de biens lui appartenant, ainsi qu'à certains de ses proches, avait en l'espèce été demandée par le ministère public car ils ne correspondaient pas à leurs revenus. Des poursuites notamment pour extorsion et abus de pouvoir avaient par ailleurs été initiées contre M. *Gogitidze* la veille de la mise en œuvre de la procédure de confiscation (§§ 9 et 10), sans que l'arrêt ne soit très clair sur leur issue<sup>1939</sup>. Plusieurs biens furent effectivement confisqués de même qu'une somme d'argent, les juges nationaux estimant que les requérant n'avaient pas démontré l'origine licite des fonds utilisés pour les acquérir ou les rénover alors que leurs revenus connus étaient trop faibles (§§ 18 à 36). Alors que M. *Gogitidze* invoqua notamment la violation de la présomption d'innocence en raison du renversement de

---

<sup>1935</sup> Notons que la conclusion de la Cour dans l'affaire *Butler* a été « confirmée » par la Cour dans sa décision *Webb c. Royaume-Uni* du 10 février 2004, req. 56054/00.

<sup>1936</sup> Voy. également CEDH, décision *Dassa Foundation e.a. c. Liechtenstein* du 10 juillet 2007, req. 696/05.

<sup>1937</sup> CEDH, arrêt *Gogitidze e.a. c. Géorgie* du 12 mai 2015, req. 36852/05.

<sup>1938</sup> CEDH, arrêt *Balsamo c. Saint-Marin* du 8 octobre 2019, reqs. 20319/17 et 21414/17, §§ 71 à 74.

<sup>1939</sup> Il semble toutefois qu'il ait été condamné pour corruption en janvier 2010, voy. le paragraphe 88.



la charge de la preuve, la Cour constitutionnelle rejeta son recours au motif que la procédure n'impliquait aucune accusation pénale et était de nature civile (§ 41). Elle invoqua notamment les arrêts *Raimondo c. Italie* et *Agosi c. Royaume-Uni* précités à l'appui de son raisonnement, ainsi que l'existence de mécanismes de confiscation semblables en Italie, au Royaume-Uni et aux USA.

**1262.** Devant la Cour de Strasbourg, M. *Gogitidze* et ses proches préjudiciés par la confiscation en cause, invoquaient la violation de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n°1 et de l'article 6 § 1 (égalité des armes). M. *Gogitidze*, premier requérant, invoquait en outre la violation de l'article 6 § 2.

**1263.** A l'entame de son raisonnement, la Cour note que :

*« the disputed procedure, despite the terminology used to describe it in domestic law, is far from being a purely administrative confiscation but, on the contrary, is linked to the prior existence of a criminal charge against a public official and thus represents by its nature a civil action in rem aimed at the recovery of assets wrongfully or inexplicably accumulated by the public officials concerned and their close entourage »* (§ 91).

Après avoir rejeté le premier grief relatif au droit de propriété (§§ 92 à 115), elle entame son analyse du grief relatif à l'article 6 § 1 en cherchant à déterminer quel volet est applicable. Elle indique dans ce cadre sans équivoque que :

*« Be that as it may, the Court reiterates its well-established case-law to the effect that proceedings for confiscation such as the civil proceedings in rem in the present case, which do not stem from a criminal conviction or sentencing proceedings and thus do not qualify as a penalty but rather represent a measure of control of the use of property within the meaning of Article 1 of Protocol N. 1, cannot amount to “the determination of a criminal charge” within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention and should be examined under the “civil” head of that provision (see, amongst many other authorities, Arcuri and Others, cited above; Butler, cited above; Veits, cited above, § 58; and Silickienė cited above, §§ 45 and 56; contrast with, for instance, Phillips, cited above, § 39) »* (§ 121).

Elle estime encore notamment que devoir prouver l'origine licite de ses biens dans le cadre d'une procédure de confiscation *in rem*, après que le ministère public a soumis « *a substantiated claim* », n'a rien d'arbitraire dans le cadre du volet civil de l'article 6 (§ 122), et juge *in fine* le grief pris de sa violation manifestement mal fondé.

**1264.** Enfin, en ce qui concerne le grief de M. *Gogitidze* tiré d'une violation de son droit à être présumé innocent, la Cour rappelle qu'il doit être examiné sous deux aspects (§ 124). Le premier – étroit – concerne le déroulement de la procédure pénale en cause et le second – plus large – porte sur les procédures subséquentes liées à la procédure pénale.

Quant au premier, sans surprise, la Cour

*« reiterates, in the light of its well-established case-law, that the forfeiture of property ordered as a result of civil proceedings in rem, without involving determination of a criminal charge, is not of a punitive but of a preventive and/or compensatory nature and thus cannot give rise to the application of the provision in question (see, amongst other authorities, Butler, cited above; AGOSI, cited above, § 65; Riela, cited above; and Arcuri, cited above) »* (§ 126).

Quant au second aspect, la Cour soutient que la procédure de confiscation ne s'est pas déroulée après les poursuites pénales mais les a précédées. Rappelons que selon l'exposé des faits figurant dans l'arrêt, la procédure de confiscation a en effet été entamée le lendemain de l'ouverture de poursuites pénales, et donc avant qu'un jugement définitif ait été prononcé. Dans cette mesure, elle estime que l'article 6 § 2 qui vise dans sa conception extensive à

*« prevent the principle of presumption of innocence from being undermined after the relevant criminal proceedings have ended with an outcome other than conviction (such as acquittal, discontinuation of the criminal proceedings as being statute-barred, the death of an accused, and so on) »*

est n'est pas relevant en l'espèce<sup>1940</sup>. La Cour rejette en conséquence le recours fondé sur l'article 6 § 2.

**1265.** Cette exclusion entre en contradiction avec d'autres prises de position de la Cour. Elle a en effet déjà jugé que l'article 6 § 2 était applicable à des procédures menées parallèlement à une procédure pénale et avec laquelle elles possèdent un lien étroit<sup>1941</sup>. Elle a soutenu à ces occasions que

*« the presumption of innocence will be violated if a judicial decision or a statement by a public official concerning a person charged with a criminal offence reflects an opinion that he is guilty before he has been proved guilty according to law »*<sup>1942</sup>.

Il est dès lors surprenant<sup>1943</sup> que la Cour refuse de juger applicable l'article 6 § 2 dans l'arrêt *Gogitidze* alors même qu'elle reconnaît que la procédure de confiscation civile en cause

*« is linked to the prior existence of a criminal charge against a public official and thus represents by its nature a civil action in rem aimed at the recovery of assets wrongfully or inexplicably accumulated by the public officials concerned and their close entourage »*

et qu'il est établi que la culpabilité des intéressés n'avait pas encore été constatée sur le plan pénal.

**1266.** Selon nous, si la procédure de confiscation civile est liée à des faits qui font l'objet de poursuites pénales ou qui ont donné lieu une décision pénale définitive ne constatant pas la culpabilité de la personne intéressée, le Cour ne peut faire l'économie d'une analyse du point de vue de l'article 6 § 2 de la Convention. Dans ce cadre, la violation de la présomption d'innocence devrait être constatée si la procédure de confiscation civile laisse penser que la personne intéressée est coupable alors qu'elle ne l'a pas encore été déclarée conformément à la loi ou si une décision pénale définitive ne le constate pas. Dans cette seconde hypothèse,

---

<sup>1940</sup> La Cour s'appuie sur les arrêts suivants : CEDH [GC], *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09, §§ 103-104 ; CEDH, arrêt *Geerings c. Pays-Bas* du 1<sup>er</sup> mars 2007, req. 30810/03, §§ 43-50 ; CEDH, arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, req. 41087/98, § 35 ; CEDH, arrêt *Lagardère c. France* du 12 avril 2012, req. 18851/07, §§ 58-64. Comp. néanmoins avec arrêt *Bohmer c. Allemagne* du 3 octobre 2002, requête 37568/97, §§ 53 et s. et CEDH, arrêt *Eshonkulov c. Russie* du 15 janvier 2015, req. 68900/13, §§ 74-75.

<sup>1941</sup> Not. CEDH, arrêt *Böhmer c. Allemagne* du 3 octobre 2002, req. 37568/97, §§ 53 et s. (révocation de la suspension probatoire d'une condamnation sur le fondement de nouveaux faits infractionnels faisant l'objet de poursuites mais non encore déclarés établis) et CEDH, *Eshonkulov c. Russie* du 15 janvier 2015, req. 68900/13 (procédure d'extradition en vue de poursuites).

<sup>1942</sup> *Ibid.*, § 54 et *Ibid.*, § 74. Voy. également la décision *Walsh c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2006, req. 43384/05 qui nous paraît aller en ce sens.

<sup>1943</sup> Elle l'a néanmoins également fait dans une autre affaire relative à une procédure de confiscation civile CEDH, décision *Dassa Foundation e.a. c. Liechtenstein* du 10 juillet 2007, req. 696/05.

conformément à la jurisprudence de la Cour, il convient de distinguer les affaires dans lesquelles une décision d'acquittement a été rendue, de celles dans lesquelles les poursuites ont été suspendues ou abandonnées, pour déterminer concrètement la portée de la présomption d'innocence<sup>1944</sup>.

**(b) ... sans qu'elle paraisse pouvoir conduire à une  
remise en cause du mécanisme du confiscation civile  
sur le terrain de l'article 6 § 2**

**1267.** L'arrêt *Balsamo c. Saint-Marin*<sup>1945</sup> confirme ce constat, tout en reconnaissant une portée très étroite à l'article 6 § 2.

**1268.** Dans cette affaire, les requérants avaient bénéficié d'un acquittement du chef de blanchiment étant donné qu'il n'était pas établi au-delà du doute raisonnable qu'ils savaient que les biens en cause étaient d'origine illicite, origine qui était en revanche quant à elle établie en l'absence notamment d'autre explication (§ 16). Ces biens furent en conséquence confisqués (§ 16).

**1269.** Selon la Cour, contrairement à l'affaire *Geerings c. Pays-Bas*, la confiscation en cause n'a pas remis en cause l'acquittement des requérants (§ 73). Elle estime en effet qu'en l'espèce la confiscation ne reposait pas sur le constat qu'ils avaient acquis des biens grâce à l'infraction dont ils ont été acquittés

*« but solely on the basis that, according to domestic law and in the spirit of international standards in the battle against money laundering, those funds should not remain in circulation since they had been found to be illicit and their use - after such provenance had been established - would have been constitutive of an offence »* (§ 73).

En outre, la Cour affirme que la confiscation était préventive et non punitive, et portait sur des biens acquis au moyen d'infractions à l'égard desquelles les requérants étaient étrangers (§ 73). Dans cette mesure, elle juge que leur présomption d'innocence n'a pas été méconnue (§ 73).

**1270.** Il découle de ce qui précède que la Cour maintient sa jurisprudence consistant à exclure l'application du volet pénal à la confiscation civile ou préventive. S'inscrivant dans la lignée de l'arrêt *Geerings c. Pays-Bas* analysé précédemment, elle paraît néanmoins considérer que la présomption d'innocence pourra s'appliquer si la procédure de confiscation peut être considérée comme liée à une procédure pénale antérieure n'ayant pas abouti à un constat de culpabilité. Elle conçoit néanmoins de manière très restrictive ce lien entre les procédures et, ce faisant, reconnaît à la dimension externe de la présomption d'innocence une portée assez étroite.

**1271.** Vu le caractère réel de la confiscation civile, qui s'intéresse essentiellement à la nature du bien en cause et ne tend pas formellement à sanctionner le comportement de son propriétaire, il est peu probable que la présomption d'innocence, même dans sa conception large, puisse au vu de ce qui précède conduire à sa remise en cause. La Cour ne paraît en effet pas être disposée

---

<sup>1944</sup> Voy. à cet égard CEDH [GC], arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09, §§ 120 à 126.

<sup>1945</sup> CEDH, arrêt *Balsamo c. Saint-Marin* du 8 octobre 2019, reqs. 20319/17 et 21414/17, §§ 71 à 74.

à aller au-delà de la fiction selon laquelle la confiscation civile ne porterait que sur une chose illicite sans aucune portée punitive à l'égard de son propriétaire.

### (5) Le rejet du volet pénal : un jeu de dupes ?

**1272.** La jurisprudence que nous avons évoquée est très contestable<sup>1946</sup> et contestée, au sein même de la Cour. Une affaire récente relative aux mesures préventives italiennes permet de l'illustrer (a). Elle a néanmoins donné lieu à une opinion en partie dissidente très acerbe sur cette question, démontrant qu'elle pourrait prendre une autre direction (b).

#### (a) La jurisprudence *Guzzardi* une nouvelle fois confirmée

**1273.** Réunie en Grande Chambre a récemment confirmé sa jurisprudence à cet égard dans un arrêt *De Tommaso c. Italie*<sup>1947</sup>, invoquant notamment l'arrêt *Guzzardi c. Italie* sur lequel s'appuient, comme nous l'avons relevé, la décision *M. c. Italie* et l'arrêt *Raimondo c. Italie* précités, qui ont guidé la Cour dans toutes les autres affaires relatives à une procédure de confiscation sans condamnation préalable.

**1274.** Il ressort de l'arrêt que le Tribunal de Bari avait imposé, sur pied de la loi de 1956 déjà évoquée, une mesure de surveillance spéciale à M. *De Tommaso* par une décision notifiée le 4 juillet 2008 (§ 11). Le Tribunal de Bari avait motivé sa décision en indiquant notamment que

- M. *De Tommaso* avait continué « à fréquenter assidûment certains criminels importants au niveau local (*malavita locale*) et à commettre des délits » en dépit de l'« avertissement verbal pour la sécurité publique » qu'il avait reçu ;
- l'instruction montrait qu'il « est effectivement et actuellement impliqué dans différents actes délictueux, dont les plus alarmants pour l'ordre et la sécurité publics sont les infractions d'ordre patrimonial et en matière d'armes et de stupéfiants » ;
- M. *De Tommaso* avait récemment fait l'objet d'un signalement par les carabinieri qui montre que sa tendance à la délinquance était « active et opérationnelle » ;
- M. *De Tommaso* n'exerce aucune activité professionnelle « fixe et légale » et qu'il est permis de penser, au vu des faits graves en cause, qu'il a « jusqu'à présent tiré une grande partie de ses moyens de subsistance de son activité délictueuse, recourant constamment aux délits, commis seul ou en association avec des repris de justice (dans sa localité de résidence ou dans d'autres localités) » (§§ 15 et 16).

**1275.** A la lumière de ces éléments, le Tribunal a jugé nécessaire

« pour permettre un contrôle plus assidu, de prononcer, en plus de la surveillance spéciale de police d'une durée de deux ans (mesure jugée appropriée au vu de la personnalité du sujet, telle

---

<sup>1946</sup> Voy. BOUCHT, J., « Chapitre 6: Civil asset forfeiture and Art. 6(2) ECHR », *op. cit.*, p. 172 (et les références citées).

<sup>1947</sup> CEDH [GC], arrêt *De Tommaso c. Italie* du 23 février 2017, req. 43395/09, § 143.

qu'elle ressort des actes attribués à celui-ci), une assignation à résidence pour la même durée  
»<sup>1948</sup> (§ 16).

Saisie par le requérant, le Cour d'appel fit droit à son recours et annula « *ex tunc* » les mesures prises à son encontre le 28 janvier 2009 (§ 20). Elle considéra en effet qu'

« il n'existait pas en mars 2008 de faits précis permettant d'établir une dangerosité persistante du condamné, qui, après la longue peine d'emprisonnement purgée par lui, n'a pas eu de conduite justifiant l'appréciation portée dans le jugement attaqué » (§ 27).

**1276.** *M. De Tommaso* saisit la Cour en alléguant que les mesures de prévention auxquelles il avait été soumis pendant 221 jours<sup>1949</sup> étaient contraires aux articles 5, 6 et 13 de la Convention ainsi qu'à l'article 2 du Protocole n° 4.

**1277.** Se référant notamment à l'arrêt *Guzzardi*, la Cour écarta l'application du volet pénal de l'article 6 en se bornant à affirmer

« que le volet pénal de l'article 6 § 1 de la Convention n'entre pas en jeu, car la surveillance spéciale ne saurait se comparer à une peine dès lors que la procédure dont le requérant a fait l'objet ne concernait pas le bien-fondé d'une « accusation en matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention » (§ 143).

**1278.** Jugeant le volet civil de l'article 6 applicable, elle déclara qu'il avait été violé en raison de l'absence de publicité des audiences, mais rejeta l'argumentation de *M. De Tommaso* quant au caractère inéquitable de la procédure devant le Tribunal de Bari, estimant en substance que, prise dans son ensemble, la procédure n'avait pas été inéquitable étant donné que la Cour d'appel avait réformé la décision du Tribunal et annulé les mesures de prévention (§ 172). Suivant une logique similaire, la Cour a également écarté son grief fondé sur l'article 13 (§ 185).

**1279.** Près de trente ans après avoir rendu l'arrêt *Guzzardi c. Italie*, la Cour persiste donc dans son rejet « de principe » de l'application du volet pénal de l'article 6 aux mesures de prévention adoptées par les juridictions italiennes.

### **(b) La Cour fait fausse route en matière de mesures préventives**

**1280.** Dans son opinion en partie dissidente<sup>1950</sup>, approuvée par les Juges *Sajó*, *Kuris* et *Vučinić*, le Juge *Pinto De Albuquerque* a cependant mis en évidence une série d'arguments qui

---

<sup>1948</sup> Il fut plus précisément imposé à *M. De Tommaso* de se présenter une fois par semaine à l'autorité de police chargée de la surveillance ; rechercher du travail dans le délai d'un mois ; habiter à Casamassima et ne pas changer de lieu de résidence ; vivre honnêtement et dans le respect des lois, ne pas prêter à soupçon ; ne pas fréquenter des personnes ayant fait l'objet de condamnations et soumises à des mesures de prévention ou de sûreté ; ne pas rentrer le soir après vingt-deux heures et ne pas sortir le matin avant six heures, sauf en cas de nécessité et non sans avoir averti les autorités en temps utile ; ne détenir ni porter aucune arme ; ne pas fréquenter les cafés, cabarets, salles de jeux et lieux de prostitution et ne pas participer à des réunions publiques ; ne pas utiliser de téléphones portables et d'appareils radioélectriques pour communiquer ; porter sur soi le « document prescriptif » (*carta prescrittiva*) et le présenter sur demande de l'autorité de police (§ 17).

<sup>1949</sup> C'est-à-dire entre la notification du premier jugement et celle de l'arrêt rendu par la Cour d'appel.

<sup>1950</sup> Voy. les paragraphes 32 et s. de son opinion en partie dissidente.

auraient selon lui dû conduire la Cour à déclarer le volet pénal de l'article 6 applicable. Nous les synthétisons ci-dessous.

**1281.** Il soutient tout d'abord, à la lumière de l'arrêt *Deweer c. Belgique*, que la procédure en cause a eu des répercussions importantes sur le requérant étant donné qu'il est devenu « suspect » au sens de la loi de 1956, et pouvait en cette qualité être soumis à des restrictions provisoires de ses droits. De plus, si un tribunal estimait les soupçons fondés, comme en l'espèce, le suspect était soumis à des mesures particulièrement restrictives « touchant un large éventail de libertés fondamentales, pour une période qui pouvait aller jusqu'à cinq ans », sans préjudice d'une éventuelle extension en cas de commission d'une infraction durant cette période. Nous notons également que la procédure en cause découlait du non-respect (préssumé) de l' « avertissement verbal pour la sécurité publique » que M. *De Tommaso* avait reçu. Or cet avertissement pourrait être qualifié de notification officielle faite à ce dernier par l'autorité compétente qu'une infraction lui était reprochée, définition de l'« accusation » retenue dans l'arrêt *Deweer c. Belgique*.

**1282.** En ce qui concerne les critères *Engel*, le Juge *Pinto de Albuquerque* relève que la Cour constitutionnelle italienne « elle-même considère les mesures de prévention prévues par la loi de 1956 comme étant de nature pénale ». Il affirme encore que le « but préventif général et spécial » des mesures de prévention, qui reposent « sur le caractère socialement répréhensible de la conduite du suspect, [est un] facteur qui se trouve aussi à la base de l'application de toute sanction pénale ». Outre leur caractère intrinsèquement répressif, l'application de ces mesures pouvait de surcroît conduire à une aggravation des peines prononcées pour diverses infractions pénales. Le Juge dissident estime encore, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, que la procédure mise en œuvre en matière de mesures provisoires est similaire à la procédure pénale ordinaire. Par ailleurs, vu la gravité des mesures de prévention susceptibles d'être imposées, « il serait inconcevable » que l'ensemble des garanties spécifiquement prévues au bénéfice des accusés en matière pénale ne soient pas applicables. Enfin, il considère par analogie que si la Cour a jugé que le volet pénal de l'article 6 était applicable aux sanctions disciplinaires « en raison surtout de la gravité de la peine », il devrait *a fortiori* être applicable en matière de mesures de prévention eu égard à leur caractère *a priori* plus sévère, appréciation confirmée dans le cas d'espèce vu la gravité des mesures imposées à M. *De Tommaso*.

**1283.** Le Juge *Pinto de Albuquerque* conclut donc à l'applicabilité du volet pénal de l'article 6<sup>1951</sup>. Il considère de surcroît qu'il a en l'espèce été violé tant en raison de l'absence de publicité des audiences, que du caractère inéquitable de la procédure menée devant le Tribunal de Bari.

**1284.** Il est intéressant de relever qu'il organise son raisonnement en s'interrogeant sur l'existence d'une « accusation » d'une part, et sur le caractère éventuellement pénal de la procédure, d'autre part, pour déterminer si le volet pénal de l'article 6 est ou non applicable. Comme nous l'avons mis en évidence, cette démarche n'est en revanche jamais suivie par la Cour face à un dispositif de confiscation qualifié de civile, *in rem* ou préventive en droit interne, sans qu'elle ne s'en explique.

---

<sup>1951</sup> Voy. en ce sens, Comm.dr.hom., rapport *Ciulla c. Italie* du 8 mai 1987, req. 11152/84.

**(6) La confiscation civile ne repose pas sur une accusation en matière pénale... *does it really matter* ?**

**1285.** Pour une certaine doctrine, l'exclusion de l'application du volet pénal de l'article 6 en matière de confiscation civile que nous avons mise en évidence, n'aurait en réalité aucun réel impact en pratique. Il est en effet soutenu que les garanties offertes en matière pénale par l'article 6 ne remettraient pas en cause ce dispositif. Nous ne partageons pas cette opinion et nous en expliquons (b), après avoir synthétisé les éléments essentiels de notre analyse de la jurisprudence de la Cour (a).

**(a) Une exclusion de principe du volet pénal de l'article 6 mais pas nécessairement de la présomption d'innocence**

**1286.** Il découle de ces arrêts et décisions que la Cour refuse en principe de reconnaître un caractère pénal aux procédures de confiscation « civile » ou « *in rem* »<sup>1952</sup>. Outre leur nature préventive, la Cour met essentiellement en évidence l'absence de constat de culpabilité préalable du chef d'une infraction et d'une inscription au casier judiciaire de la personne concernée<sup>1953</sup>. En revanche, le fait que la procédure puisse s'appuyer sur des soupçons de commission d'une infraction préalable, ou sur une accusation antérieure d'obtention illégale ou inexplicquée de fonds, voire qu'elle soit menée devant un tribunal pénal, ne paraît pas être déterminant. Au fil de sa jurisprudence, la Cour insiste en revanche, comme pour justifier ses prises de position, sur la nécessité de retirer de la circulation les fonds présumés d'origine illicite et d'obtenir la restitution de ceux qui auraient été obtenus illicitement, ce que ces mécanismes de confiscation civile permettent, à l'instar de la vraie fausse confiscation sans condamnation préalable figurant à l'article 4 § 2 de la directive 2014/42/UE<sup>1954</sup>. C'est d'ailleurs également un élément mis en avant par l'avant-projet de Code pénal belge, mais relativement à la peine de confiscation spéciale des avantages patrimoniaux<sup>1955</sup>. Preuve que les objectifs de la confiscation civile et de la peine de confiscation ne sont pas si différents et se rejoignent même.

**1287.** En réalité, lorsque le droit interne, comme le droit italien, dispose que la confiscation en cause vise à prévenir la commission future de crime, et non à sanctionner la commission passée de crime, la Cour paraît se contenter de cette affirmation. Elle ne s'interroge pas sur l'existence dans les faits d'une « accusation » et ne réalise pas le test *Engel*. Sur le fond, elle juge que le volet civil de l'article 6 ne fait quant à lui pas obstacle à une éventuelle obligation

---

<sup>1952</sup> Voy. en ce sens, BOUCHT, J., « Chapitre 6: Civil asset forfeiture and Art. 6(2) ECHR », *op. cit.*, pp. 169-170.

<sup>1953</sup> Il est à noter que la Cour a pourtant déjà affirmé qu'il ne s'agissait pas d'un élément pertinent pour déterminer s'il existait une accusation en matière pénale, voy. CEDH, arrêt *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse* du 29 août 1997, req. 19958/92, § 38 : « Selon les requérants, la caractéristique essentielle de l'affaire est que la fraude fiscale commise par le de cuius constitue le fondement de l'amende qui leur a été infligée. Si l'infraction avait été découverte du vivant de son auteur, c'est lui qui aurait reçu l'amende à titre de sanction pénale. Le fait qu'aucune inscription ne figure au casier judiciaire des héritiers n'est pas pertinent car dans certains cas (par exemple, pour des infractions mineures) aucune mention de ce genre n'est portée même concernant le coupable. (...) ».

<sup>1954</sup> Voy. dans la première partie, la sous-section A, 2, c, (3), (d).

<sup>1955</sup> Voy. *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 2019, doc. 55-0417/001, p. 169. Voy. également dans la première partie, la sous-section A, 3, a,

dans le chef de la personne intéressée de devoir prouver l'origine licite des fonds visés, pour autant qu'une « *substantive claim* » ait auparavant été soumise au tribunal. Face au droit anglais, la Cour a parfois appliqué les critères *Engel*, comme dans la décision *Walsh c. Royaume-Uni*, mais s'est en réalité également essentiellement appuyée sur la qualification de la mesure et sur l'objectif qui lui est assigné en droit interne.

**1288.** Nous pouvons cependant déduire des arrêts *Gogitidze c. Géorgie* et *Balsamo c. Saint-Marin* qu'une procédure de confiscation civile fondée sur des soupçons, ayant déjà donné lieu à un jugement pénal définitif ne constatant pas la culpabilité de la personne intéressée, devrait entraîner l'applicabilité de la conception large de la présomption d'innocence et, le cas échéant, sa violation. A cet égard, la Cour fait donc application de sa jurisprudence établie en matière de procédures liées à la procédure pénale mais non, et ce sans s'en expliquer, de procédures parallèles à celle-ci<sup>1956</sup>. Les deux arrêts précités montrent qu'elle interprète en outre de manière très restrictive les conditions permettant de constater que deux procédures sont liées. L'article 4 § 2 de la directive 2014/42/UE pourrait néanmoins poser des difficultés à cet égard, étant donné qu'aucune réserve n'a été prévue en cas de procédure pénale préalable n'aboutissant pas à une condamnation, et qu'elle tend précisément à s'appliquer lorsque la procédure pénale n'a pas pu être menée à son terme.

**1289.** Comme nous l'avons montré en analysant l'arrêt *Guzzardi c. Italie*<sup>1957</sup>, et conformément à l'opinion du *Juge Pinto de Albuquerque* dans l'affaire *De Tommaso c. Italie*, la jurisprudence de la Cour manque de consistance face à la confiscation civile ou préventive. Une telle procédure naît en effet systématiquement du soupçon qu'une infraction au moins a été commise par l'intéressé et a indéniablement des répercussions graves sur sa situation. Elle est en conséquence, à notre sens, manifestement le fruit d'une accusation, ce que la Cour feint d'ignorer. Quant à son caractère pénal, la Cour semble avoir renoncé à véritablement confronter le droit interne aux critères *Engel* en allant au-delà des apparences, comme elle prétend pourtant systématiquement le faire<sup>1958</sup>. La simple affirmation de la nature préventive de la mesure ne peut en tout état de cause pas suffire à écarter les garanties du volet pénal de l'article 6. Au contraire, le fait qu'une telle confiscation s'inscrive dans la prévention et, à notre estime également dans la répression de la criminalité généralement grave et organisée, qu'elle soit de portée générale et initiée par une autorité publique, mais encore qu'elle implique en réalité un constat préalable de culpabilité<sup>1959</sup>, et qu'elle présente une gravité certaine, nous paraît devoir conduire au constat qu'elle relève de la matière pénale.

---

<sup>1956</sup> Sur cette question, voy. précédemment Ch. II, A, 2, b, (4), (a), (v).

<sup>1957</sup> Voy. Ch. II, A, 1, b, (4).

<sup>1958</sup> Voy. en ce sens sur une problématique cependant distincte, CEDH [GC], arrêt *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* du 9 octobre 2003, reqs. 39665/98 et 40086/98, § 105.

<sup>1959</sup> Comment pourrait-il en être autrement alors qu'elle se fonde sur la conviction qu'un bien a été acquis de manière illicite ou qu'une personne est dangereuse vu les liens avec le crime ?



**(b) Pourquoi la Cour doit-elle aller au-delà de la fiction et reconnaître le caractère pénal de la confiscation sans condamnation préalable ?**

**1290.** Selon J. BOUCHT, l'application éventuelle du volet pénal de l'article 6 à la confiscation sans condamnation préalable n'aurait en pratique qu'un impact limité, étant donné qu'elle n'entrerait vraisemblablement pas en contradiction avec la présomption d'innocence<sup>1960</sup>. Nous ne le pensons pas pour les raisons suivantes.

**1291.** Tout d'abord, il est établi que les garanties du procès équitable doivent être protégées de manière plus intense en matière pénale qu'en matière civile<sup>1961</sup>. L'examen de l'équité générale de la procédure pourrait donc conduire à des résultats distincts en matière civile et pénale<sup>1962</sup>. Certes, l'intérêt à lutter contre la criminalité organisée est manifestement d'un poids important pour la Cour<sup>1963</sup>, mais elle affirme également que c'est face aux infractions les plus graves que le respect du droit à un procès équitable doit être garanti avec le plus de rigueur<sup>1964</sup>. Suivant la même logique, elle reconnaît que les infractions mineures ou ne relevant pas du noyau dur droit pénal puissent faire l'objet d'une procédure moins rigoureuse du point de vue de l'article 6<sup>1965</sup>. Or, la confiscation civile ou préventive vise précisément à lutter contre la criminalité organisée, problématique loin de se situer à la marge des catégories traditionnelles du droit pénal.

**1292.** Ensuite, la présomption d'innocence<sup>1966</sup> impose en principe à l'autorité publique de prouver au-delà du doute raisonnable les allégations qu'elle formule à l'égard de l'accusé pour emporter sa condamnation<sup>1967</sup>. En matière de confiscation élargie, la Cour pouvait s'appuyer sur l'existence d'un constat de culpabilité préalable pour considérer que la mise en œuvre de présomptions légales n'était pas inéquitable<sup>1968</sup>. Or, en matière de confiscation civile ou préventive, tant la culpabilité de l'intéressé du chef d'une infraction non nécessairement précisément définie que l'illicéité du bien visé sont présumées. Il n'est par conséquent pas évident que si elle s'adonnait sérieusement à un examen *in concreto* d'un tel dispositif, elle puisse constater que l'usage de présomptions s'est inscrit dans des limites raisonnables, au sens de la jurisprudence *Salabiaku c. France*<sup>1969</sup>, permettant de garantir le respect des droits de la défense.

**1293.** Enfin, et peut-être plus fondamentalement, reconnaître le caractère pénal de ces confiscations sans condamnation préalable, conduirait la Cour à les traiter pour ce qu'elles

---

<sup>1960</sup> BOUCHT, J., « Chapitre 6: Civil asset forfeiture and Art. 6(2) ECHR », *op. cit.*, pp. 180 et s.

<sup>1961</sup> Voy. à cet égard dans ce chapitre, 2, b, (3).

<sup>1962</sup> Voy. les critères d'analyse exposés dans CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 251 et CEDH [GC], arrêt *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018, req. 71409/10, § 121.

<sup>1963</sup> CEDH [GC], arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, req. 54810/00, § 97.

<sup>1964</sup> CEDH [GC], arrêt *Gäfgen c. Allemagne* du 1<sup>er</sup> juin 2010, req. 22978/05, § 177.

<sup>1965</sup> CEDH [GC], arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 43.

<sup>1966</sup> Voy. à cet égard dans ce chapitre, la sous-section 2, b, (4), (a), (i).

<sup>1967</sup> CEDH [plénière], arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* du 6 décembre 1988, req. 10590/83, § 77 invoqué ensuite par CEDH [GC], arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09, § 93.

<sup>1968</sup> Voy. la sous-section précédente et notamment l'arrêt *Philipps c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, req. 41087/98.

<sup>1969</sup> Voy. dans ce chapitre, la sous-section 2, b, (4), (a), (iii).

sont : des mécanismes répressifs et dissuasifs. Elle serait par conséquent contrainte de changer de perspective en abandonnant la fiction selon laquelle il ne s'agirait que de mesures préventives non dirigée contre une personne mais contre des choses illicites. Se détachant de la qualification donnée à de telles procédures en droit interne, elle pourrait notamment s'interroger sur la compatibilité de leur « décriminalisation » avec le droit à un procès équitable, comme elle l'avait fait relativement à d'autres types de mesures dans le fameux arrêt *Engel c. Pays-Bas*<sup>1970</sup>.

**1294.** En dépit d'une certaine opposition en son sein et de l'inconsistance de sa jurisprudence, nous n'avons cependant pas le sentiment que la Cour fasse volte-face dans un futur proche sur cette question. Peut-être se décidera-t-elle néanmoins un jour à mettre un frein au développement de ces mécanismes préventifs et à reprendre la main, en se souvenant de ce qu'elle affirmait presque prophétiquement en séance plénière il y a près de trente ans dans l'arrêt *Öztürk c. Allemagne*<sup>1971</sup> :

« La Convention ne va pas à l'encontre des tendances à la "décriminalisation" existant - sous des formes fort diverses - dans les États membres du Conseil de l'Europe ; le Gouvernement a raison d'y insister. Toutefois, si les États contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d'"administrative" plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 (art. 6, art. 7), l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention » (§ 49).

#### **d. La confiscation d'avoirs de tiers : une mesure ne relevant pas seulement du volet civil de l'article 6**

**1295.** Nous avons montré que la confiscation, de quelque nature qu'elle soit, pouvait concrètement préjudicier un tiers à la commission de l'infraction, c'est-à-dire une personne étrangère à celle-ci. L'article 6 de la directive appelle ainsi expressément les États membres à pouvoir prononcer la confiscation de produits qui se trouveraient entre les mains de tiers, tandis que le droit belge offre de multiples exemples de confiscations portant sur des biens n'appartenant pas à l'auteur de l'infraction, ou pour reprendre l'expression malheureusement utilisée à l'article 43*bis* du Code pénal, « dans le patrimoine du condamné ».

**1296.** Bien qu'une telle procédure de confiscation ait pour point commun avec la confiscation civile qu'elle ne repose pas sur la condamnation pénale préalable de la personne qui la subit, elle s'en distingue par son objectif. Il ne s'agit en effet pas tant de prévenir la commission d'autres infractions, mais bien d'éviter que l'auteur de l'infraction échappe à la confiscation et que les biens illicites restent en circulation. Cette différence, à notre sens fondamentale, explique pourquoi nous avons estimé que l'invocation d'affaires relatives à la confiscation d'avoirs de tiers à l'appui de l'exclusion du volet pénal de l'article 6 en matière de confiscation civile n'était pas pertinente.

**1297.** Nous analysons ci-dessous quelques arrêts rendus en la matière pour être en mesure de déterminer quelle est la position de la Cour. Nous commençons par revenir sur les arrêts *Agosi*

---

<sup>1970</sup> Voy. dans ce chapitre la sous-section 1, b, (2).

<sup>1971</sup> CEDH [plénière], arrêt *Öztürk c. Allemagne* du 21 février 1984, req. 8544/79, §§ 51 à 54.

et *Air Canada* que nous avons déjà évoqués<sup>1972</sup>, qui sont très régulièrement cités par la Cour lorsqu'elle est confrontée à une mesure de confiscation pourtant sur des biens appartenant à des tiers (a). Nous nous intéressons ensuite à ses prises de position récentes en la matière (b).

**(1) Les arrêts fondateurs de la jurisprudence de la Cour :  
*Agosi c. Royaume-Uni* et *Air Canada c. Royaume-Uni***

**1298.** L'affaire *Agosi c. Royaume-Uni* est certainement l'arrêt de référence en matière de confiscation de biens de tiers<sup>1973</sup>. La Cour y indique à raison selon nous que :

« Des poursuites pénales relatives à cette infraction ont été ouvertes, conformément au droit interne, contre les fraudeurs mais non contre *AGOSI* (...). *AGOSI* a certes pâti, dans ses droits patrimoniaux, de mesures résultant d'un acte qui avait entraîné l'inculpation de tiers ; on ne saurait en conclure, pour autant, qu'elle ait fait l'objet d'une "accusation en matière pénale" pendant les procédures litigieuses » (§ 65).

Sur le fond, le requérant n'avait pas invoqué le volet civil de l'article 6, que la Cour n'a quant à elle pas jugé nécessaire d'examiner d'office (§ 66).

**1299.** L'arrêt *Air Canada c. Royaume-Uni*<sup>1974</sup>, également synthétisé dans la sous-section précédente confirme l'exclusion du volet pénal à la lumière notamment des arrêts *Deweert c. Belgique* (§ 52) et *Agosi c. Royaume-Uni* (§ 53). En réponse au grief pris de l'insuffisance du contrôle judiciaire exercé, la Cour releva que qu'*Air Canada* aurait pu contester les faits sur lesquels les inspecteurs des douanes s'étaient fondés pour exercer leur pouvoir d'appréciation (§ 62). A la lecture des dispositions internes pertinentes, ce contrôle était plus limité qu'un contrôle judiciaire de pleine juridiction, puisqu'il ne portait que sur la légalité de la mesure, son caractère non déraisonnable et l'absence d'irrégularité procédurale (§§ 20 et s.)<sup>1975</sup>.

**(2) Les exigences du volet civil de l'article 6 doivent être rencontrées à l'égard du tiers, présumé innocent**

**1300.** Plus récemment, dans une affaire *Rummi c. Estonie*<sup>1976</sup>, la Cour fut saisie d'un recours sur pied du volet civil de l'article 6 portant sur la confiscation de choses saisies au cours d'une procédure pénale finalement abandonnée en raison du décès de l'accusé. Son épouse, héritière de ses biens, estimait en effet qu'elle avait été privée de son accès à un tribunal (§ 79) et n'avait pu jouir d'un procès équitable étant donné qu'aucune audience n'avait eu lieu et que les juridictions internes n'avaient pas suffisamment motivé leur décision (§ 80). La Cour confirma à cette occasion l'applicabilité de l'article 6 § 1 (§ 64 et s.) et procéda à un examen de l'équité de la procédure. Contrairement à ce que la requérante soutenait, elle constata que, bien qu'elle ne fût pas partie à la procédure de confiscation, la requérante put y faire valoir ses prétentions,

---

<sup>1972</sup> Dans ce chapitre et cette section, la sous-section c, (3), (a).

<sup>1973</sup> CEDH, arrêt *Agosi c. Royaume-Uni* du 24 octobre 1986, req. 9118/80. Voy. plus récemment CEDH, décision *Yldirim c. Italie* du 10 avril 2003, req. 38602/02 ; CEDH, décision *Tas c. Belgique* du 12 mai 2009, req. 44614/06 ; CEDH, arrêt *Silickienė c. Lituanie* du 10 avril 2012, req. 20496/02 ; CEDH, arrêt *Elbis et Viziteu c. Roumanie* du 26 juin 2018, req. 47911/15.

<sup>1974</sup> CEDH, arrêt *Air Canada c. Royaume-Uni* du 13 juillet 1995, req. 18465/91.

<sup>1975</sup> Comp. avec CEDH [GC], arrêt *Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portugal* du 6 novembre 2018, reqs. 5391/13, 57728/13 et 74041/13, § 179 et s.

<sup>1976</sup> CEDH, arrêt *Rummi c. Estonie* du 15 janvier 2015, req. 63362/09.

et qu'elle disposât en outre l'opportunité d'introduire une action distincte pour préserver ses droits (§ 79). Elle jugea en revanche que la procédure ne répondait pas aux exigences du procès équitable en raison de l'absence de motivation suffisante de la décision de confiscation adoptée en première instance, atteinte que le recours devant la juridiction supérieure n'avait pas permis de réparer (§§ 83 et s.).

**1301.** Plus généralement, la Cour soutient que :

« *In considering the compatibility of this kind of confiscation measure with the civil-law aspect of Article 6, the Court has established that determine whether the way in which the confiscation was applied in respect of the applicants breached the basic principles of a fair procedure inherent in Article 6 § 1. Accordingly, it must be ascertained whether the procedure in the domestic legal system afforded the applicants, in the light of the severity of the measure to which they were liable, an adequate opportunity to put their case to the courts, pleading, as the case might be, that the measure was illegal or arbitrary and that the courts had acted unreasonably* »<sup>1977</sup>.

Pour que ces exigences puissent être rencontrées, la personne concernée devra en principe être considérée comme une partie à la procédure dans le cadre de laquelle s'inscrit la confiscation<sup>1978</sup>.

**1302.** En dépit de l'application de principe du volet civil de l'article 6, la Cour a néanmoins déjà jugé recevable un grief fondé sur l'article 6 § 2, notamment dans une affaire *Silickienė c. Lituanie*<sup>1979</sup>.

**1303.** La requérante y soutenait devoir, en réalité, répondre des actes commis par son époux décédé au cours de la procédure pénale ayant conduit à la confiscation des biens sur lesquels elle revendiquait des droits. A la lumière de sa jurisprudence relative à l'applicabilité de la présomption d'innocence en cas de procédures liées, ainsi que de la définition qu'elle donne à la notion d'accusation – qui ne requiert pas nécessaire une notification officielle mais peut également découler de l'atteinte à la situation de la personne concernée –, la Cour estima devoir examiner la question (§ 50). Elle ne suivit néanmoins pas la requérante. Elle considéra en effet que la confiscation qu'elle avait subie découlait de la condamnation d'autres personnes que son mari (§§ 52 et 53), à l'égard duquel il avait été mis fin aux poursuites, et qu'elle n'avait en conséquence pas été condamnée en raison des actes accomplis par ce dernier (§ 54). De plus, même à considérer qu'elle s'était trouvée accusée, la Cour estime qu'on ne peut considérer que le prononcé de la confiscation constituait un constat de culpabilité dans son chef (§ 54).

**1304.** Dans certaines affaires relatives à la confiscation d'instruments appartenant à des tiers, la Cour a privilégié un examen sous l'angle du droit de propriété, alors que la violation de l'article 6 était également invoquée<sup>1980</sup>. Elle a jugé à ces occasions que la confiscation obligatoire des instruments du crime, quel qu'en soit le propriétaire et indépendamment de son comportement s'il s'agit d'un tiers, privant ce dernier de toute possibilité de se défendre avec

---

<sup>1977</sup> CEDH, arrêt *Telbis et Viziteu c. Roumanie* du 26 juin 2018, req. 47911/15, § 50.

<sup>1978</sup> CEDH, arrêt *Silickienė c. Lituanie* du 10 avril 2012, req. 20496/02, § 50. Voy. également en ce sens mais à propos d'une amende et non d'une confiscation CEDH, arrêt *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse* du 29 août 1997, req. 19958/92, §§ 37 et s.

<sup>1979</sup> CEDH, arrêt *Silickienė c. Lituanie* du 10 avril 2012, req. 20496/02, §§ 51 et s.

<sup>1980</sup> CEDH, arrêt *Andonoski c. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"* du 17 septembre 2015, req. 6225/08, §§ 16 et 19.

quelque chance de succès, sans réserver le moindre pouvoir d'appréciation au juge et sans prévoir de compensation, était disproportionnée et violait l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole additionnel à la Convention<sup>1981</sup>.

**1305.** Ces quelques affaires permettent de constater que la confiscation à l'égard des tiers ne pose *a priori* pas de difficulté particulière quant au droit à un procès équitable. Il n'est en effet pas contestable que le volet civil de l'article 6 est d'application, à moins qu'on puisse considérer *in concreto* que le tiers a lui-même fait l'objet d'une accusation en matière pénale, le cas échéant en application de la conception large de la présomption d'innocence<sup>1982</sup>. Dans ce cadre, la Cour semble être opposée à ce qu'un tiers subisse une peine de confiscation réprimant les actes commis par une personne non déclarée coupable en raison par exemple de son décès<sup>1983</sup>. Elle s'oppose également, sur le terrain du droit de propriété, à ce que le bien d'un tiers utilisé pour commettre une infraction, doive être obligatoirement confisqué sans tenir compte de son propre comportement et sans lui offrir de compensation.

**1306.** Le tiers à la commission de l'infraction devra par conséquent quoi qu'il en soit avoir accès à un tribunal, afin de pouvoir faire valoir équitablement ses prétentions sur la chose susceptible de confiscation ou confisquée, ainsi que son innocence. Comme nous le verrons, c'est en réalité davantage sur le terrain de l'article 7 et du droit au respect de la propriété privée que la confiscation à l'égard de tiers pose question.

**1307.** Notons cependant que l'article 6 de la directive 2014/42/UE et la confiscation prononcée à l'égard de tiers dans le cadre de l'EPE en droit belge, qui reposent sur une forme de complicité du tiers aux fins d'éviter la confiscation, pourraient soulever des interrogations du point de vue de la présomption d'innocence. Dans ces hypothèses, il pourrait en effet être soutenu que le tiers fait lui-même en réalité l'objet d'une accusation en matière pénale distincte de l'infraction principale ayant conduit au prononcé de la peine de confiscation et devrait dès lors bénéficier des garanties offertes par le volet pénal de l'article 6. Dans un tel cas de figure, il appartiendrait à l'accusation d'établir qu'il est « coupable », sans préjudice de la mise en œuvre de présomptions légales ou de fait pour ce faire pour autant qu'elles soient raisonnables et respectent les droits de la défense du tiers.

**e. La saisie préalable à confiscation : le droit un procès équitable garantit un recours effectif et une procédure ne dépassant pas un délai raisonnable**

**1308.** Aucun mécanisme de confiscation ne peut être effectif si les biens sur lesquels il est censé porter disparaissent. Donner aux autorités compétentes le pouvoir de saisir ou de geler<sup>1984</sup>

---

<sup>1981</sup> *Ibid.*, §§ 35 et s ainsi que CEDH, arrêt *B.K.M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi c. Slovénie* du 17 janvier 2017, req. 42079/12, §§ 39 et s.

<sup>1982</sup> Voy. également CEDH [GC], *G.I.E.M. e.a. c. Italie* du 28 juin 2018, reqs. 1828/06 34163/07 et 19029/11, analysé dans la section suivante de ce chapitre.

<sup>1983</sup> Dans l'arrêt *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse* précité en note 1841, la Cour indique en effet sans équivoque à propos d'une amende fiscale infligée aux héritiers de l'auteur de l'infraction que : « Or il existe une règle fondamentale du droit pénal, selon laquelle la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'acte délictueux » (§ 48).

<sup>1984</sup> Nous avons vu qu'en droit international et en droit l'Union européenne, les termes « saisie » et « gel » étaient considérés comme des synonymes. Par souci de clarté, afin d'éviter toute confusion avec le mécanisme de gel préventif d'avares terroristes, nous n'utiliserons néanmoins ici que le terme de « saisie ».

provisoirement ces biens pendant la procédure de confiscation est donc essentiel. A la différence du gel préventif d'avoirs, la saisie est intrinsèquement liée à une procédure de confiscation et est en ce sens par essence provisoire et accessoire.

**1309.** Nous avons pu observer que tant en matière civile<sup>1985</sup> qu'en matière pénale<sup>1986</sup>, l'article 6 avait été jugé applicable aux mesures provisoires préalables au procès en tant que tel, bien que toutes ses exigences ne doivent pas nécessairement être respectées étant donné qu'aucun tribunal n'est *a priori* encore saisi. La Cour ne s'est pas départie de cette jurisprudence en matière saisies<sup>1987</sup>, bien qu'elle semble privilégier un examen sous l'angle de l'article 1<sup>er</sup> PPA lorsqu'un grief est soulevé sur ces deux fondements<sup>1988</sup>.

**1310.** La jurisprudence de la Cour montre que la procédure de saisie doit offrir un recours effectif, garanti par les articles 6 et 13 de la Convention, à la personne qui en subit les effets et ne peut dépasser un délai raisonnable<sup>1989</sup>. Il est difficile de déduire de la jurisprudence des obligations générales relativement à l'exigence du respect du délai raisonnable. Cette question doit en effet être analysée *in concreto* compte tenu de la complexité de l'affaire et de l'attitude, tant des autorités que de la personne intéressée, ainsi que de l'enjeu du litige pour la personne concernée<sup>1990</sup>. En revanche, nous pouvons affirmer à la lumière du récent arrêt *Filkin c. Portugal* du 3 mars 2020<sup>1991</sup>, que l'exigence d'un recours effectif implique que cette dernière soit informée de l'application de la mesure litigieuse, de sa reconduction et de sa levée éventuelles, ainsi que des principaux motifs sous-jacents, afin notamment d'être en mesure de la contester efficacement (§ 89). Il doit ainsi pouvoir faire valoir ses droits et apporter « la preuve sommaire de sa bonne foi » afin d'obtenir la restitution des biens saisis (§ 87). La nécessité de préserver les intérêts de la justice peut naturellement justifier une restriction de l'accès au dossier de la procédure dans laquelle la procédure de saisie s'inscrit, mais ne devrait en principe pas faire obstacle à la communication d'une copie des décisions pertinentes y relatives (§ 88).

**1311.** Les garanties prévues à l'article 8 de la directive 2014/42/UE répondent aux exigences de l'article 6 telles que définies par la Cour. Cela ne nous paraît en revanche pas être le cas de la procédure de gel temporaire figurant à l'article 46<sup>quater</sup> C.I.Cr. qui n'offre aucun recours, et des articles 35 et s. C.I.Cr. qui ne garantissent pas, sauf en matière de saisie par équivalent, de communication au saisi des motifs de la saisie.

---

<sup>1985</sup> CEDH [GC], arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009, req. 17056/06, § 78 et s. Voy. précédemment Ch. II, A, 1, a.

<sup>1986</sup> Voy. précédemment Ch. II, A, 1, b, (3).

<sup>1987</sup> Not. CEDH, arrêt *Panju c. Belgique* du 28 octobre 2014, req. 18393/09, §§ 36 et s ou CEDH, arrêt *Filkin c. Portugal* du 3 mars 2020, req. 69729/12, §§ 60 et s. *Contra* mais avant l'arrêt *Micallef c. Malte* précité en note 1840, CEDH, décision *Dassa Foundation e.a. c. Liechtenstein* du 10 juillet 2007, req. 696/05 (application volet civil).

<sup>1988</sup> Voy. CEDH, arrêt *Filkin c. Portugal* du 3 mars 2020, req. 69729/12, §§ 60 et s.

<sup>1989</sup> *Ibid.*, §§ 84 et s. sous l'angle du droit de propriété néanmoins, et CEDH, arrêt *Panju c. Belgique* du 28 octobre 2014, req. 18393/09, §§ 52 et s.

<sup>1990</sup> Voy. pour des exemples, les affaires précitées *Filkin c. Portugal* et *Panju c. Belgique*.

<sup>1991</sup> CEDH, arrêt *Filkin c. Portugal* du 3 mars 2020, req. 69729/12, § 87.

## **f. Le gel préventif d'avares terroristes**

**1312.** A notre connaissance, la Cour EDH n'a jamais été saisie d'un recours fondé sur l'article 6 portant sur une mesure de gel préventif d'avares découlant du régime sanctions contre Al-Qaida et l'EIL ou de la Résolution 1373 (2001)<sup>1992</sup>. Cependant, dans l'affaire *Nada c. Suisse*<sup>1993</sup>, la Grande Chambre a été amenée à se prononcer sur une autre sanction relevant de ce régime. Bien qu'à cette occasion, la Cour n'ait pas été saisie d'un grief portant sur la compatibilité du régime avec l'article 6, son analyse des rapports entre les résolutions du Conseil de sécurité et la Convention mérite d'être évoquée (1). Dans l'affaire *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*<sup>1994</sup>, la Cour était saisie d'un recours sur pied notamment de l'article 6 mais portant sur un autre régime de sanctions de l'ONU. Rendu en Grande Chambre, ses enseignements qui dépassent le cadre du régime de sanctions en cause, méritent d'être analysés (2). Enfin, nous examinerons les critiques formulées au sein de la Cour à l'égard de la manière dont elle aborde les relations entre le droit onusien et la Convention (3), avant d'en tirer les conséquences du point de vue l'article 6 en matière de gel préventif d'avares terroristes (4).

### **(1) L'affaire *Nada c. Suisse* : harmoniser plutôt qu'opposer**

**1313.** Dans cette affaire, aucun grief examiné en Grande Chambre ne concernait l'article 6. Il est néanmoins intéressant de déterminer comment la Cour a abordé le conflit potentiel entre le régime de sanctions contre Al-Qaida, non distinct à l'époque de celui visant les Talibans, et la Convention (b) ; question qui pourrait également se poser du point de vue de l'article 6. Avant cela, nous commençons par exposer le contexte factuel de l'affaire (a).

#### **(a) Une interdiction d'entrée et de transit en Suisse pour les personnes associées à Oussama Ben Laden, Al-Qaida et les Talibans**

**1314.** En vertu des résolutions 1267 (1999) et 1333 (2000) évoquées dans le chapitre B de la première partie de cette étude, le Conseil fédéral suisse adopta une ordonnance faisant interdiction aux personnes figurant sur la liste des sanctions de transiter ou d'entrer en Suisse. Le requérant, qui résidait dans un enclave italienne entourée par le canton suisse du Tessin et séparée du reste du territoire italien par le lac de Lugano fut inscrit sur cette liste dès le mois de

---

<sup>1992</sup> L'affaire *Segi* ne concernait en effet que la désignation de *Segi et Gestoras pro-amnistía* comme groupes terroristes faisant partie de l'ETA dans la Position commune n° 931/2001 précitée, ainsi qu'à la coopération judiciaire et policière renforcée à laquelle cette qualification pouvait conduire en vertu de ladite Position commune, voy. C.E.D.H., arrêt *Segi et Gestoras Pro-Amnistía et autres c. Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Espagne, Suède et Royaume-Uni* du 23 mai 2002, req. n° 6422/02 9916/02. Dans cette affaire, la Cour a jugé la requête irrecevable, considérant que le fait d'avoir été qualifié d'organisation terroriste dans ladite Position commune ne conférait pas en tant que telle aux requérants la qualité de victime d'une violation de la CEDH.

<sup>1993</sup> C.E.D.H. [GC], arrêt *Nada c. Suisse* du 12 septembre 2012, req. 10593/08.

<sup>1994</sup> C.E.D.H. [GC], arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21 juin 2016, req. 5809/08.

novembre 2001 (§ 21). Il lui fut rapidement notifié qu'il ne pouvait plus entrer en Suisse (§ 26), bien que l'enquête pénale conduite à son égard mena à un non-lieu (§ 29).

**1315.** Le requérant introduisit un nombre impressionnant de recours en Suisse afin de d'obtenir le droit de voyager en, ou au-travers de, la Suisse. Il introduisit également une demande de radiation de la liste au « point focal » du Comité des sanctions, l'Office du Médiateur n'existant pas encore. Aucune de ces initiatives n'eut l'effet escompté et le requérant saisit finalement le Tribunal fédéral suisse.

**1316.** La haute juridiction estima en vertu des articles 25 et 103 de la Charte des Nations-Unies que les obligations découlant de résolutions du Conseil de sécurité primaient non seulement sur le droit interne mais encore sur les autres accords internationaux conclus par la Suisse (§ 42). Il rappela également que le Conseil de sécurité était lui-même tenu d'agir dans le respect des droits fondamentaux (§ 43). Cependant, il existait en l'espèce un conflit entre les résolutions du Conseil de sécurité et les garanties consacrées par la CEDH et le PIDCP, conflit qui devait se résoudre en donnant la primauté aux résolutions, sans quoi l'uniformité du régime de sanctions se trouverait menacée (§ 45). Seule une violation d'une norme de *jus cogens* lui aurait en effet permis de refuser d'application les résolutions du Conseil de sécurité, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (§§ 46-47).

**1317.** Le Tribunal fédéral reconnut ensuite que le requérant ne disposait d'aucun recours effectif devant le juge suisse, vu l'absence de marge d'appréciation laissée aux Etats par le régime de sanctions (§§ 50-51).

**1318.** Finalement, le requérant fut radié de la liste en novembre 2009, à la demande des Etats-Unis, pays qui avait initialement demandé son inscription. Aucune de ses demandes n'a en revanche abouti et il saisit la Cour européenne des droits de l'homme.

#### **(b) L'arrêt du 12 septembre 2012 rendu en Grande Chambre : un compromis « à la belge » ?**

**1319.** Après avoir notamment cité des passages l'arrêt KADI I<sup>1995</sup> et de l'affaire *Sayadi et Vinck*<sup>1996</sup> (§§ 83 à 92), la Cour s'interrogea sur l'imputabilité des griefs invoqués. Elle estima que l'interdiction de séjour et de transit litigieuse était une mesure d'application des résolutions, imputable à la Suisse (§§ 121-122).

**1320.** Sur le terrain de l'article 8 de la Convention, la Cour affirma après avoir constaté que le requérant avait subi une restriction de son droit au respect de sa vie privée et familiale, que :

« En assumant de nouvelles obligations internationales, les Etats ne sont pas supposés vouloir se soustraire à celles qu'ils ont précédemment souscrites. Quand plusieurs instruments apparemment contradictoires sont simultanément applicables, la jurisprudence et la doctrine internationales s'efforcent de les interpréter de manière à coordonner leurs effets, tout en évitant de les opposer entre eux. Il en découle que deux engagements divergents doivent être autant

---

<sup>1995</sup> Précité en note 1253.

<sup>1996</sup> Voy. voy. DAVID, E., « Les juridictions belges : la pratique belge », *op. cit.*, pp. 267 et précédemment I, B, 3, b.



que possible harmonisés de manière à leur conférer des effets en tous points conformes au droit en vigueur (...) » (§ 170, nous soulignons).

Confirmant son arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni*<sup>1997</sup>, la Grande Chambre soutint en conséquence qu'en interprétant les obligations portées par les résolutions du Conseil de sécurité,

« il faut présumer que celui-ci n'entend pas imposer aux Etats membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme. En cas d'ambiguïté dans le libellé d'une résolution, la Cour doit dès lors retenir l'interprétation qui cadre le mieux avec les exigences de la Convention et qui permette d'éviter tout conflit d'obligations ». Cependant, en l'espèce, « la présomption en question est renversée (...), eu égard aux termes clairs et explicites, imposant une obligation d'introduire des mesures susceptibles de violer les droits de l'homme, qui ont été employés dans le libellé de cette résolution » (§ 172).

**1321.** Sur le fond, ayant indiqué que la restriction en cause disposait d'une base légale et poursuivait un but légitime – prévenir les infractions pénales et contribuer à la paix internationale,

« la Cour estime que la Suisse jouissait d'une latitude, certes restreinte, mais néanmoins réelle, dans la mise en œuvre des résolutions contraignantes pertinentes du Conseil de sécurité » (§ 180).

Or, elle relève que les investigations menées par la Suisse et l'Italie avaient montré que les craintes relatives au requérant étaient totalement infondées (§ 187), alors que

« le maintien voire le renforcement [des mesures adoptées par le Conseil de sécurité entre 1999 et 2002] doit être expliqué et justifié de manière convaincante » (§ 186).

De plus, la Grande Chambre souligne que les autorités suisses n'ont communiqué que tardivement le résultat de ces investigations au Conseil de sécurité (§ 188), alors que l'interdiction en cause empêchait même le requérant de se rendre en Italie, pays dont il est pourtant ressortissant (§ 189) ou de bénéficier de soins médicaux (§§ 191 à 194). Elle va jusqu'à reprocher aux autorités suisses de ne pas avoir entrepris de démarche pour tenter d'inciter l'Italie à solliciter la radiation du requérant (§ 194), sans toutefois donner beaucoup de poids aux initiatives prises par celles-ci pour tenter de renforcer les droits des personnes inscrites sur la liste des sanctions (§ 195).

**1322.** Avant de conclure à la violation de l'article 8, elle soutient

« que l'Etat défendeur ne pouvait pas valablement se contenter d'avancer la nature contraignante des résolutions du Conseil de sécurité, mais aurait dû la convaincre qu'il avait pris – ou au moins tenté de prendre – toutes les mesures envisageables en vue d'adapter le régime des sanctions à la situation individuelle du requérant » (§ 196),

conclusion qui la

« dispense (...) de trancher la question, soulevée par l'Etat défendeur et les gouvernements tiers intervenants, de la hiérarchie entre les obligations des Etats parties à la Convention en vertu de cet instrument, d'une part, et celles découlant de la Charte des Nations unies, d'autre part. Ce qui importe, selon la Cour, est de constater que le Gouvernement n'est pas parvenu à démontrer

---

<sup>1997</sup> C.E.D.H., arrêt *Al-Jedda c. Royaume-Uni* du 7 juillet 2011, req. 27021/08, § 102.

qu'il avait tenté d'harmoniser autant que possible les obligations qu'il a jugées divergentes » (§ 197, nous soulignons).

**1323.** En ce qui concerne l'existence d'un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention, la Cour conclut également à la violation. Se référant expressément à l'arrêt KADI I, ce n'est cependant pas le mécanisme de sanctions lui-même qu'elle met en cause mais l'attitude des juridictions suisses, qui n'auraient pas examiné le fond des griefs du requérant visant à faire rayer son nom de la liste nationale prise en exécution des résolutions du Conseil de sécurité (212). Or, selon elle

« aucun élément dans les résolutions du Conseil de sécurité n'empêchait les autorités suisses de mettre en place des mécanismes de vérification des mesures prises au niveau national en application de ces résolutions » (§ 212).

**1324.** Enfin, notons que la Grande Chambre examine le grief pris de l'article 5 de la Convention en indiquant devoir suivre à cet égard les principes développés dans l'arrêt *Guzzardi c. Italie*, paraissant ainsi considérer que le « genre » et les « modalités » de la mesure en cause étaient comparables à celle examinée dans cet arrêt (§§ 226-227). Elle estima néanmoins qu'en l'espèce l'article 5 n'avait pas été violé.

**(2) L'affaire *Al Dulimi et Montana Management Inc. C. Suisse* : l'accès à un tribunal doit être garanti...par l'Etat et non par le Conseil de sécurité**

**1325.** Avant d'analyser l'arrêt rendu par la Grande Chambre (c), nous revenons brièvement sur les faits de la cause et le mécanisme de sanctions concerné (a), ainsi que sur l'intéressant arrêt prononcé par la deuxième section de la Cour (b).

**(a) Le contexte de l'affaire : un gel d'avoirs fondé sur l'inscription sur une liste de sanctions établie par le Conseil de sécurité**

**1326.** M. *Al Dulimi*, ressortissant irakien, est le directeur de la compagnie de droit panaméen *Montana Management Inc.* Au lendemain de l'invasion du Koweït par l'Iraq de Saddam Hussein, alors que la Suisse n'était pas encore membre de l'ONU, le Conseil fédéral suisse suivit l'appel du Conseil de Sécurité, d'appliquer un embargo complet sur les biens de l'Iraq et adopta une ordonnance qui conduisit au gel l'ensemble des avoirs des requérants en Suisse. Devenue membre de l'ONU en 2002, la Suisse mit ensuite en œuvre par une nouvelle ordonnance du Conseil fédéral, la Résolution 1483 (2003)<sup>1998</sup> adoptée par le Conseil de Sécurité sur pied du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies qui dispose notamment que :

« tous les États Membres où se trouvent :

---

<sup>1998</sup> C.S., Résolution 1483, 22 mai 2003 disponible sur le site internet du Conseil de Sécurité dédié aux sanctions contre l'Iraq, <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1518> (consultation 3 août 2020).

a) Des fonds ou d'autres avoirs financiers ou ressources économiques du Gouvernement iraquien précédent ou d'organes, entreprises ou institutions publiques qui avaient quitté l'Irak à la date d'adoption de la présente résolution, ou

b) Des fonds ou d'autres avoirs financiers ou ressources économiques sortis d'Irak ou acquis par Saddam Hussein ou d'autres hauts responsables de l'ancien régime iraquien ou des membres de leur famille proche, y compris les entités appartenant à ces personnes ou à d'autres personnes agissant en leur nom ou selon leurs instructions, ou se trouvant sous leur contrôle direct ou indirect,

sont tenus de geler sans retard ces fonds ou autres avoirs financiers ou ressources économiques et, à moins que ces fonds ou autres avoirs financiers ou ressources économiques n'aient fait l'objet d'une mesure ou d'une décision judiciaire, administrative ou arbitrale, de les faire immédiatement transférer au Fonds de développement pour l'Irak, étant entendu que, sauf si elles ont été soumises autrement, les demandes présentées par des particuliers ou des entités non gouvernementales concernant ces fonds ou autres avoirs financiers transférés, peuvent être soumises au gouvernement représentatif de l'Irak, reconnu par la communauté internationale ».

**1327.** Un comité des sanctions, chargé de recenser les personnes auxquelles les sanctions doivent être appliquées et de tenir à jour la liste de celles qui ont été identifiées, fut créé par la Résolution 1518 (2003)<sup>1999</sup>. Les requérants furent inscrits en avril 2004 sur ladite liste. En vue de mettre en œuvre les résolutions du Conseil de Sécurité, le Conseil fédéral suisse adopta quelques jours plus tard une ordonnance sur la confiscation des avoirs et ressources économiques irakiens gelés et leur transfert au Fonds de développement pour l'Irak. Une procédure de confiscation fut initiée sur ce fondement à l'égard des avoirs des requérants, gelés depuis 1990. Elle fut néanmoins suspendue à la demande de M. *Al Dulimi* qui souhaitait introduire une demande de radiation au comité de sanctions. Il formula cette demande en août 2004, demande qui fut appuyée par le gouvernement suisse. Un dialogue se noua avec le président du Comité des sanctions, qui demanda la transmission d'éléments justificatifs et d'informations complémentaires. Le requérant sollicita pour sa part d'être entendu par le Comité. Cette demande resta lettre morte et les requérants finirent par solliciter la poursuite de la procédure de confiscation en Suisse.

**1328.** Un projet de décision de confiscation et de transferts de leurs fonds fut adressé quelques mois plus aux requérants, qui le contestèrent. Le 16 novembre 2006, l'autorité compétente ordonna néanmoins par trois décisions distinctes la confiscation et le transfert des avoirs des requérants sur le compte bancaire du Fonds de développement pour l'Irak. Elle justifia cette mesure en indiquant que les noms des requérants figuraient sur les listes des personnes et des entités établies par le Comité des sanctions, que la Suisse était tenue d'appliquer les résolutions du Conseil de sécurité, et qu'elle ne pouvait radier un nom de l'annexe à l'ordonnance sur l'Irak qu'après une décision en ce sens dudit Comité. Selon elle, les requérants avaient de surcroît renoncé à poursuivre les pourparlers avec ce dernier.

**1329.** Le 19 décembre 2006, le Conseil de Sécurité adopta une procédure de radiation de la liste des sanctions en cause et créa un point focal chargé de recevoir les demandes formulées à cette fin. Dans ce cadre, la décision de radier ou non un nom de la liste demeurait néanmoins de la compétence du Comité des sanctions.

---

<sup>1999</sup> C.S., Résolution 1518, 24 novembre 2003, disponible sur le site internet précité.

**1330.** Les requérants formèrent des recours contre les décisions de confiscation et de transfert de leurs avoirs devant le Tribunal fédéral suisse. Dans ce cadre, M. *Al Dulimi* invoqua le fait que les motifs justifiant son inscription sur la liste des sanctions ne lui avaient jamais été transmis, qu'il n'avait pas été entendu et qu'il n'avait pas eu la possibilité de se défendre devant un tribunal indépendant et impartial. En conséquence, la procédure ayant conduit à son inscription sur la liste des sanctions et à la confiscation de ses biens n'aurait pas été conduite conformément à ses droits fondamentaux, et notamment à ses droits à un procès équitable et à un recours juridictionnel effectif garantis notamment par la CEDH, ainsi qu'à son droit à la propriété garanti par la Constitution Suisse – la Suisse n'ayant pas ratifié le PPAC. Or, la Suisse aurait dû veiller à respecter ses obligations découlant tant des résolutions du Conseil de sécurité que de la CEDH, du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (ci-après le « PIDCP »), et de sa Constitution, instruments entre lesquels il n'existerait d'ailleurs aucune contradiction.

**1331.** Suivant un raisonnement similaire à celui du Tribunal de l'Union européenne dans l'affaire KADI I<sup>2000</sup>, le Tribunal fédéral rappela tout d'abord qu'en vertu de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, et sous réserve d'une violation éventuelle du *jus cogens*, les obligations internationales découlant de la Charte des Nations Unies priment sur toutes les autres, y compris celles découlant de la CEDH ou du PIDCP. Or, aucun des droits invoqués par le requérant ne relevait du *jus cogens*. De plus, le régime de sanctions ne laisserait en réalité aucune marge d'appréciation à l'Etat suisse quant aux noms à inscrire sur la liste des sanctions, à la procédure à suivre pour ce faire, qui relève de la compétence exclusive du comité des sanctions, et aux conséquences d'une telle inscription pour les Etats membres, contraints de geler et de transférer les biens des personnes identifiées. Contrairement à ce qu'indiquait le requérant, il ne serait ainsi pas possible de distinguer la procédure d'inscription et de gel, de celle de la confiscation des avoirs<sup>2001</sup>.

**1332.** Le Tribunal fédéral jugea en conséquence que sous réserve d'une éventuelle violation du *jus cogens*, il ne pouvait examiner la conformité de la procédure d'inscription des requérants sur la liste des sanctions ou son bien-fondé. En revanche, il estima qu'il appartenait aux autorités suisses de choisir le mode de transposition des sanctions en cause et de fixer les modalités de transfert des avoirs gelés. Or, dans ce cadre, le requérant avait été informé des motifs justifiant la mesure, avait pu faire valoir ses observations et bénéficier d'un recours juridictionnel effectif. Par trois arrêts du 28 janvier 2008, le Tribunal fédéral rejeta donc les différents recours des requérants. Il ordonna néanmoins aux autorités suisses de laisser au requérant

« un bref et dernier délai, avant de passer à l'exécution de la décision (...) pour qu'il puisse saisir, s'il le désire, le Comité des sanctions 1518 d'une nouvelle procédure de radiation selon les modalités améliorées de la Résolution 1730 (2006) du 19 décembre 2006, dont le recourant n'a pas eu l'occasion de faire usage ».

---

<sup>2000</sup> Voy. précédemment Ch. I, B, 2, b.

<sup>2001</sup> Cette circonstance distinguerait selon le Tribunal fédéral, cette cause de celle tranchée par le Tribunal CE dans l'arrêt OMPI, précité en note 1305, dans la mesure où la Résolution 1373 (2001) laisse quant à elle aux autorités européennes le soin d'identifier les personnes dont il convient de geler les biens. Le Tribunal CE a dès lors pu considérer qu'il leur incombait dans ce cadre de respecter les droits fondamentaux.

**1333.** A la suite à ces décisions, les requérants saisirent la Cour EDH et introduisirent une demande de radiation. Cette dernière fut rejetée par le Comité des sanctions, qui autorisa néanmoins le déblocage de certaines sommes en vue de payer les honoraires de leurs avocats. Les autorités suisses décidèrent enfin de suspendre la procédure dans l'attente de la décision de la Cour EDH, mais procédèrent encore à la confiscation d'autres avoirs des requérants tout en suspendant leur transfert jusqu'à ce que cette dernière se prononce.

**(b) L'arrêt de la deuxième Chambre : le régime de sanctions n'offre pas un niveau de protection équivalente**

**1334.** La deuxième section de la Cour se prononça sur le recours introduit par les requérants le 26 novembre 2013<sup>2002</sup>. Ces derniers invoquaient plusieurs violations de l'article 6 tant dans son volet pénal que civil, ainsi que des articles 7, 8 et 13 de la Convention. Avant de se prononcer sur ces griefs, notons que la Cour cita comme jurisprudence internationale pertinente de larges extraits de la jurisprudence KADI<sup>2003</sup> (§§ 51 à 57), des constatations du Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Sayadi et Vinck*<sup>2004</sup> (§§ 58 à 61) et du Rapport du Rapporteur spécial des Nations unies du 26 septembre 2012 sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte contre le terrorisme<sup>2005</sup> (§§ 62 à 64), tous relatifs au régime de sanctions contre Al-Qaïda. Il en est de même de la jurisprudence nationale citée (§§ 65 à 73). Elle considérait ainsi la problématique qui lui était soumise à tout le moins similaire à celle qui nous occupe.

**1335.** Du point de vue de la recevabilité des griefs pris de l'article 6, la Cour jugea que l'allégation des requérants selon laquelle « la confiscation de leurs avoirs a été ordonnée en l'absence de toute procédure conforme à l'article 6 de la Convention, (...) tant sous son volet civil que sous son volet pénal » devait être considérée comme « une allégation de violation du droit d'accès à un tribunal », garanti par l'article 6 § 1 de la Convention (§§ 77 à 79). Après avoir constaté que les mesures imposées par les résolutions du Conseil de sécurité avaient été mises en œuvre au niveau interne par une ordonnance du Conseil fédéral, elle estima qu'il s'agissait d'actes nationaux d'exécution d'une résolution du Conseil de Sécurité et que les violations alléguées de la Convention étaient dès lors imputables à la Suisse au sens de l'article 1er de la Convention (§§ 91 et 92). Contrairement à l'avis du Gouvernement suisse, elle estima également que les requérants pouvaient se prévaloir « d'un droit à caractère civil » dans la mesure où ils soutenaient qu'ils n'avaient pu bénéficier d'une procédure conforme à l'article 6 pour contester la confiscation de leurs biens (§§ 95 à 97).

**1336.** Sur le fond, la Cour se prononce tout d'abord sur la problématique de la coexistence des garanties de la Convention et des obligations imposées aux Etats par les résolutions du Conseil

---

<sup>2002</sup> C.E.D.H., arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 26 novembre 2013, req. 5809/08.

<sup>2003</sup> Voy. précédemment Ch. I, B, 2, b.

<sup>2004</sup> Sur cette affaire, voy. DAVID, E., « Les juridictions belges : la pratique belge », *op. cit.*

<sup>2005</sup> EMMERSON, B., *Report of the special rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, 26 septembre 2012, doc. A/67/396.

de sécurité. A cet égard, elle rappelle tout d'abord qu'en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention, les Etats Parties sont responsables

« de toutes les actions et omissions de leurs organes, que celles-ci découlent du droit interne ou d'obligations juridiques internationales »<sup>2006</sup>,

de sorte que les engagements internationaux contractés après l'entrée en vigueur de la Convention peuvent engager leur responsabilité au regard de cette dernière (§ 111). Aussi, bien que la Convention ne s'oppose pas à ce que les Etats transfèrent certains pouvoirs à une organisation internationale,

« ils demeurent néanmoins responsables au regard de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes qui découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer les obligations juridiques internationales »<sup>2007</sup> (§ 114).

La Cour indique qu'elle a d'ailleurs déjà précisé qu'une mesure prise par l'Etat en cause en exécution de telles obligations

« doit être réputée justifiée dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention » (§§ 114 et 115).

Elle considère devoir appliquer cette jurisprudence en l'espèce dans la mesure où

« les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, (...) ne confèrent aux Etats visés aucun pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des obligations en découlant » (§ 117).

Or, la protection offerte par système de sanctions n'est pas équivalente à celle garantie par la Convention. En outre, les défauts procéduraux qu'il présente ne sont pas compensés par les mécanismes internes, vu le refus du Tribunal fédéral de contrôler le bien-fondé des mesures en cause (nos 118 à 120). Elle juge dès lors qu'il lui incombe d'examiner le grief des requérants.

**1337.** Après avoir rappelé la portée de l'article 6 § 1 (§§ 123 à 125), la Cour estime qu'en l'espèce les requérants ont subi une limitation de leur droit à un procès équitable dans la mesure où ils n'ont pu saisir les juridictions suisses en vue de contester les confiscations dont ils faisaient l'objet (§ 126). Selon elle, si cette limitation poursuit un objectif légitime en visant à assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationale (§§ 127 à 128), il n'existe cependant pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre la restriction subie par les requérants et le but qu'elle poursuit. En effet, contrairement à l'affaire *Nada c. Suisse*, il ne s'agissait pas en l'espèce de répondre à une menace imminente de terrorisme mais bien de « réinstaller l'autonomie et la souveraineté du gouvernement irakien et de garantir au peuple de ce pays le droit de déterminer librement son avenir politique et de contrôler ses ressources naturelles », dans le prolongement d'un conflit armé datant de 1990 (§ 130). Or, les requérants sont privés de la jouissance de leurs biens depuis 1990, sans avoir pu faire contrôler le bien-fondé des mesures en cause par un tribunal, ce qui selon la Cour « est à peine concevable dans une société démocratique » (§ 131). Dans ces conditions,

---

<sup>2006</sup> La Cour se réfère aux arrêts *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* du 30 juin 2005, req. 45036/98, § 153, et *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998, req. 19392/92, § 29.

<sup>2007</sup> La Cour se réfère à nouveau à l'arrêt *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, précité, §§ 152-153.

« la Cour estime que tant qu'il n'existe pas d'examen judiciaire efficace et indépendant, au niveau des Nations unies, de la légitimité de l'inscription des personnes et entités sur leurs listes, il est essentiel que ces personnes et entités soient autorisées à demander l'examen par les tribunaux nationaux de toute mesure prise en application du régime des sanctions. Or, les requérants n'ont pas bénéficié d'un tel contrôle. Il s'ensuit que leur droit d'accès à un tribunal a été atteint dans sa substance même. » (§ 135).

**1338.** Ayant conclu à la violation de l'article 6 § 1, la Cour déclare en revanche les autres griefs des requérants irrecevables (§§ 136 à 140). Elle juge notamment à propos des violations alléguées des articles 6 § 2 et 6 § 3 de la Convention que

« les requérants n'ont pas fait l'objet d'une procédure portant sur le "bien-fondé [d'une] accusation en matière pénale dirigée contre [eux] ", au sens de l'article 6. Par ailleurs, ils n'ont pas été « condamnés » au sens de l'article 7 de la Convention. Dès lors, ces griefs s'avèrent incompatibles *ratione materiae* avec la Convention » (§ 137).

**1339.** Une opinion en partie dissidente et une opinion dissidente sont jointes à l'arrêt. Sans prétendre ici en faire une analyse approfondie, retenons néanmoins qu'elles portent toutes deux notamment sur l'article 103 de la Charte des Nations Unies et ses implications en l'espèce. Dans la première, le Juge *Sajò* estime que la Cour aurait dû se déclarer incompétente *rationae personae* en raison de la primauté des obligations découlant de la Charte des Nations Unies et de l'absence de marge d'appréciation des Etats dans la mise en œuvre des Résolutions en cause. Dans la seconde, le Juge *Lorenzen*, auquel se rallient les Juges *Raimondi* et *Jočiené*, estime notamment que

« En l'espèce, la Cour était confrontée à un conflit entre une obligation imposée par la Charte des Nations unies et une obligation découlant de la Convention, conflit qu'elle ne pouvait résoudre qu'en accordant la primauté à l'une ou à l'autre. En se bornant à s'appuyer sur le principe de « protection équivalente » – qui n'avait pas été appliqué ni même mentionné dans les arrêts *Al-Jeada* et *Nada* –, la majorité n'a pas directement abordé la question de savoir comment il convenait de résoudre ce conflit, concluant indirectement que les obligations imposées par la Convention prévalaient en l'absence de protection équivalente » (§ 70).

Or, selon les juges précités, les juridictions suisses ne pouvaient examiner le bien-fondé des mesures imposées par le Conseil de sécurité et le Comité des sanctions, au risque de les invalider, ce qui aurait été contraire à la règle de primauté de l'article 103 précité. Selon eux, l'attitude adoptée par le Tribunal fédérale ne constituait donc pas une violation de la Convention.

**(c) L'arrêt de la Grande Chambre du 21 juin 2016 : la Suisse devait trouver l'harmonie entre sanctions et respect droits fondamentaux**

**1340.** Avant d'entrer dans l'analyse du raisonnement de la Grande Chambre, soulignons tout d'abord qu'elle reprend l'ensemble des sources législatives ou jurisprudentielles relatives au régime de sanctions contre Al-Qaida et l'EIIL citées par la deuxième section de la Cour et les enrichit notamment d'une synthèse du rôle joué dans ce cadre par le Médiateur (§ 49). Elle précise ensuite qu'elle est tenue par la décision de la Chambre sur la recevabilité et ne peut par

conséquent pas se prononcer sur les griefs tirés de violations du volet pénal de l'article 6 et des articles 7, 8 et 13 de la Convention, de sorte que sa compétence

« se limite ici à rechercher si les requérants ont bénéficié des garanties du volet civil de l'article 6 § 1 dans la procédure de confiscation de leurs biens » (§ 78 et s.).

**1341.** Sur le plan de la recevabilité *ratione personae* du grief tiré de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour valide le raisonnement de la Chambre, en considérant également que la violation alléguée de la Convention engage la responsabilité de l'Etat suisse (§ 93 à 96). Elle partage encore l'avis de la Chambre sur le plan de la recevabilité *ratione materiae*, jugeant que les requérants ont effectivement contesté devant le Tribunal fédéral suisse de manière sérieuse et crédible la restriction affectant leur droit de propriété du fait des confiscations en cause (§ 97 à 101).

**1342.** Sur le fond, la Cour débute immédiatement son analyse en s'interrogeant sur l'existence d'une limitation du droit d'accès à un tribunal, sans se prononcer, comme l'avait fait la Chambre, sur l'existence d'une protection équivalente à celle garantie par la Convention dans le système de sanctions en cause. Elle rappelle à cette occasion que

« l'article 6 § 1 de la Convention exige en principe l'existence d'un recours de pleine juridiction, c'est-à-dire un recours dans le cadre duquel le tribunal a compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi »,

ce qui implique notamment que le juge puisse se pencher sur tous les griefs soulevés devant lui et qu'il puisse réexaminer les faits qui sont au centre du recours porté devant lui (§ 128). De plus, bien que ce droit ne soit pas absolu, la Cour répète, conformément à sa jurisprudence bien établie, que les limitations y apportées ne peuvent atteindre sa substance même, doivent poursuivre un but légitime et qu'il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (§ 129).

**1343.** En l'espèce, elle constate que si le Tribunal fédéral a motivé sa décision de limiter son contrôle du point de vue de l'inscription des requérants sur la liste établie par le Comité des sanctions, il a en revanche refusé d'examiner leurs griefs quant à la compatibilité de la procédure de confiscation de leurs avoirs avec les droits garantis notamment par l'article 6 § 1 de la Convention. La Cour en conclut que le droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 a ainsi été restreint, sans toutefois se prononcer à ce stade sur les motifs invoqués par le Tribunal fédéral à cet égard (§ 131). Elle estime ensuite que cette restriction poursuivait un but légitime, à savoir la mise en œuvre efficace des obligations découlant d'une Résolution du Conseil de Sécurité visant à favoriser la stabilisation et le développement de l'Irak pour assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationale (§§ 132 et 133). Elle se lance enfin dans l'examen du caractère proportionné de la restriction en cause, qui constitue le cœur de cette décision (§§ 134 et s.)

**1344.** Dans ce cadre, la Grande Chambre s'attache dans un premier temps à préciser le « contexte normatif international ». Elle souligne que les dispositions de la Convention ne peuvent en effet s'interpréter et s'appliquer en dehors du contexte général dans lequel elles s'inscrivent, et qu'elle doit par conséquent pour l'interpréter prendre en considération « toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties



contractantes » (§ 134). Elle rappelle ensuite, sur base de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice<sup>2008</sup>,

« que l'un des éléments essentiels du système actuel de droit international est l'article 103 de la Charte des Nations unies, qui affirme la primauté, en cas de conflit, des obligations découlant de la Charte sur toute autre obligation née d'un accord international, que celui-ci ait été conclu avant ou après la Charte et qu'il ait ou non une portée simplement régionale. L'une des obligations bénéficiant de cette autorité particulière est celle, prévue à l'article 25 de la Charte, "d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la (...) Charte" » (§ 135).

Elle rejoint enfin le Tribunal fédéral suisse lorsqu'il conclut que les garanties consacrées à l'article 6 § 1 de la Convention ne figurent pas parmi les normes du *jus cogens* en l'état actuel du droit international (§ 136).

**1345.** La Cour s'interroge dans un deuxième temps sur l'existence pour la Suisse, comme le Gouvernement le prétend, d'un conflit entre, d'une part, les obligations résultant de la Résolution 1483 (2003), qui ne lui laissait aucune marge de manœuvre, et plus largement de la Charte des Nations Unies, et d'autre part, celles découlant de la Convention. Comme elle l'a jugé dans l'affaire *Nada c. Suisse*, la Cour affirme tout d'abord

« qu'il faut autant que possible harmoniser deux engagements divergents de manière à leur conférer des effets en tous points conformes au droit en vigueur » (§ 138).

Aussi, s'il ne lui

« revient pas de se prononcer sur la légalité des actes du Conseil de sécurité de l'ONU »,

la Cour estime toutefois devoir examiner le libellé et la portée d'une résolution du Conseil de Sécurité lorsqu'un Etat invoque la nécessité de l'appliquer pour justifier une limitation aux droits garantis par la Convention, et ce afin d'en assurer l'articulation avec la Convention de façon efficace et cohérente (§ 139). Or, dans la mesure où il découle de l'article 1<sup>er</sup> de la Charte des Nations Unies que l'ONU a été créée pour

« réaliser la coopération internationale (...) en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales »

et que

« l'article 24 § 2 de la Charte impose au Conseil de sécurité, dans l'accomplissement de ses devoirs tenant à sa responsabilité principale de maintien de la paix et de la sécurité internationales, d'agir "conformément aux buts et principes des Nations unies" » (n° 139),

la Cour estime, comme elle l'avait jugé dans l'affaire *Al Jedda c. Royaume-Uni*<sup>2009</sup>, qu'il

« faut présumer que le Conseil de sécurité n'entend pas imposer aux États membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme (*Al-Jedda*, précité, § 102). En cas d'ambiguïté dans le libellé d'une résolution, la Cour doit dès lors retenir l'interprétation qui cadre le mieux avec les exigences de la Convention et qui permet d'éviter tout conflit d'obligations. Vu l'importance du rôle joué par l'ONU dans le développement et la défense du respect des droits de l'homme,

<sup>2008</sup> Elle s'en réfère plus précisément à l'arrêt et à l'ordonnance de la CIJ dans les affaires *Nicaragua c. États-Unis* (Recueil CIJ 1984, p. 392, § 107) et *Lockerbie* (Recueil CIJ 1992, p. 15, § 39).

<sup>2009</sup> C.E.D.H., 7 juillet 2011, *Al Jedda c. Royaume-Uni*, req. 27021/08.

le Conseil de sécurité est censé employer un langage clair et explicite s'il veut que les États prennent des mesures particulières susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations découlant des règles internationales de protection des droits de l'homme (*ibidem*). En conséquence, lorsqu'une résolution du Conseil de sécurité ne contient pas une formule claire et explicite excluant ou limitant le respect des droits de l'homme dans le cadre de la mise en œuvre de sanctions visant des particuliers ou des entités au niveau national, la Cour présumera toujours la compatibilité de ces mesures avec la Convention. En d'autres termes, en pareil cas, dans un esprit d'harmonisation systémique, elle conclura en principe à l'absence d'un conflit d'obligations susceptible d'entraîner la mise en œuvre de la règle de primauté contenue dans l'article 103 de la Charte des Nations unies » (§ 140, nous soulignons).

**1346.** A la lumière de ces principes, elle rappelle ses arrêts *Al Jedda c. Royaume-Uni* et *Nada c. Suisse* précités (§ 141). Dans le premier, elle avait jugé qu'aucune résolution alors en cause n'imposait explicitement ou implicitement au Royaume-Uni de violer la Convention. Dans le second en revanche, nous avons souligné qu'elle avait conclu que la présomption selon laquelle le Conseil de Sécurité n'entend pas imposer une quelconque obligation qui contreviendrait aux droits fondamentaux était renversée eu égard aux termes clairs de la résolution en cause<sup>2010</sup>. Elle avait néanmoins considéré que « la Suisse jouissait d'une latitude, certes restreinte, mais néanmoins réelle, dans la mise en œuvre des résolutions contraignantes pertinentes du Conseil de sécurité »<sup>2011</sup> et qu'elle ne pouvait dès lors se contenter de se retrancher derrière le caractère contraignant des Résolutions du Conseil de Sécurité. La Suisse devait en réalité démontrer qu'elle avait pris ou tenté de prendre toutes les mesures envisageables en vue d'adapter le régime des sanctions à la situation individuelle du requérant.

**1347.** Dans le cas d'espèce, la Grande Chambre souligne que la résolution impose de geler sans retard et de transférer immédiatement au Fonds de développement pour l'Irak, les avoirs des personnes identifiées par le Comité des sanctions (§ 142). Elle juge cependant que

« à la différence notable des affaires *Al-Jedda* et *Nada* précitées (ainsi que de l'affaire *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], no 55721/07, CEDH 2011), la présente affaire ne porte ni sur la substance des droits matériels touchés par les mesures litigieuses ni sur la compatibilité de celles-ci avec les exigences de la Convention. La compétence de la Cour se limite ici à dire si les requérants ont ou non bénéficié des garanties du volet civil de l'article 6 § 1, c'est-à-dire s'ils ont disposé d'un contrôle judiciaire adéquat (paragraphe 99 ci-dessus ; voir, *mutatis mutandis*, *Stichting Mothers of Srebrenica et autres*, décision précitée, § 137). Or, ni le paragraphe 23 de la Résolution 1483 (2003) ni aucune autre disposition de ce texte, ni la Résolution 1518 (2003) – compris suivant le sens ordinaire des termes qui y sont employés –, n'interdisaient explicitement aux tribunaux suisses de vérifier, sous l'angle du respect des droits de l'homme, les mesures prises au niveau national en application de la première de ces résolutions (voir, *mutatis mutandis*, *Nada*, précité, § 212). Au demeurant, la Cour ne décèle aucun autre élément juridique susceptible de légitimer une interprétation aussi restrictive et, partant, de démontrer l'existence d'une telle interdiction » (§ 143).

Dans un passage qui semble dépasser le cas traité, elle affirme par ailleurs que :

« 115. (...) l'inscription de particuliers sur les listes des personnes soumises aux sanctions décrétées par le Conseil de sécurité entraîne concrètement des ingérences pouvant être d'une

<sup>2010</sup> Il s'agit de la Résolution 1390 (2002) relative aux sanctions contre les Talibans et Al Qaida.

<sup>2011</sup> Ce qui n'avait pas fait l'unanimité parmi les juges, voy. not. l'opinion concordante des juges *Bratza, Nicolaou* et *Yudkivska* ainsi que celle du juge *Malinverni* annexées à l'arrêt.

extrême gravité pour les droits garantis par la Convention à ceux qui y figurent. Établies par des organes dont le rôle est limité à la déclinaison individuelle de décisions politiques prises par le Conseil de sécurité, ces listes traduisent néanmoins des choix dont les conséquences pour les personnes concernées peuvent être si lourdes qu'elles ne sauraient être mises en œuvre sans que soit ouvert un droit à un contrôle adéquat, d'autant plus indispensable que les listes en question sont le plus souvent établies dans des circonstances de crises internationales et à partir de sources d'informations peu propices aux garanties qu'exigent de telles mesures. À cet égard, la Cour tient à rappeler que l'objet et le but de la Convention, instrument de protection des droits de l'homme protégeant les individus de manière objective (*Neulinger et Shuruk*, précité, § 145), appellent à interpréter et à appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (*Artico*, précité, § 33). La Cour rappelle ensuite que, la Convention étant un instrument constitutionnel de l'ordre public européen (*Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, § 75, série A no 310, et *Al-Skeini et autres*, précité, § 141), les États parties sont tenus, dans ce contexte, d'assurer un contrôle du respect de la Convention qui à tout le moins préserve les fondements de cet ordre public. Or, l'une des composantes fondamentales de l'ordre public européen est le principe de l'État de droit, dont l'arbitraire constitue la négation. Même dans le domaine de l'interprétation et de l'application du droit interne, où la Cour laisse aux autorités nationales une très large marge de manœuvre, elle le fait toujours, explicitement ou implicitement, sous réserve d'interdiction de l'arbitraire (*García Ruiz c. Espagne* [GC], no 30544/96, §§ 28-29, CEDH 1999-I, et *Storck c. Allemagne*, no 61603/00, § 98, CEDH 2005-V).

146. Il ne saurait en aller autrement s'agissant, pour la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité, de l'inscription des personnes soumises aux mesures contestées sur des listes établies tant au niveau des Nations unies qu'au niveau national. Dès lors, vu la gravité de l'enjeu pour les droits de ces personnes garantis par la Convention, lorsqu'une résolution comme celle en cause en l'espèce, à savoir la résolution 1483, ne contient pas de formule claire et explicite excluant la possibilité d'un contrôle judiciaire des mesures prises pour son exécution, elle doit toujours être comprise comme autorisant les juridictions de l'État défendeur à effectuer un contrôle suffisant pour permettre d'éviter l'arbitraire. En limitant ce contrôle à l'arbitraire, la Cour tient compte de la nature et du but des mesures prévues par la résolution en question, afin de maintenir le juste équilibre entre la nécessité de veiller au respect des droits de l'homme et les impératifs de la protection de la paix et la sécurité internationales.

147. En pareil cas, dans l'hypothèse d'une contestation de la décision d'inscription ou du refus de radiation de la liste, les juridictions nationales doivent pouvoir obtenir, le cas échéant selon les modalités adaptées au degré de confidentialité à respecter en fonction des circonstances, des éléments suffisamment précis pour exercer le contrôle qui leur incombe en présence d'une allégation étayée et défendable formulée par des personnes inscrites sur les listes litigieuses et selon laquelle cette inscription est entachée d'arbitraire. À ce titre, l'impossibilité d'accéder à de telles informations est susceptible de constituer un solide indice du caractère arbitraire de la mesure litigieuse et cela d'autant plus si celle-ci se prolonge dans le temps, faisant durablement obstacle à tout contrôle judiciaire. Aussi l'État partie dont les autorités donneraient suite à l'inscription d'une personne – physique ou morale – sur une liste de sanctions sans s'être au préalable assuré – ou avoir pu s'assurer – de l'absence d'arbitraire dans cette inscription, engagerait sa responsabilité sur le terrain de l'article 6 de la Convention » (nous soulignons).

La Cour estime ainsi rejoindre la position exprimée par la Cour de justice dans l'arrêt KADI I, lorsque cette dernière a jugé que

« les principes régissant l'ordre juridique international issu des Nations unies n'impliqu[ai]ent pas qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux serait exclu en raison du fait que cet acte vise à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations unies »<sup>2012</sup>.

Elle conclut son raisonnement en affirmant sans équivoque que la Résolution 1483 (2003) en cause

« ne peut pas être compris[e] comme excluant tout contrôle judiciaire des mesures prises pour le mettre en œuvre » (§ 148).

**1348.** Au vu de ce qui précède, la Cour considère qu'il n'existait donc pas en l'espèce de conflit entre les obligations découlant de la Charte des Nations Unies et de la Convention, susceptible d'entraîner l'application de la règle de primauté contenue dans l'article 103 de la Charte des Nations unies, de sorte que cela la dispense

« de trancher la question de la hiérarchie entre les obligations des États parties à la Convention en vertu de cet instrument, d'une part, et celles découlant de la Charte des Nations unies, d'autre part » (§ 149).

**1349.** La Cour examine enfin quelle était concrètement l'étendue des obligations de la Suisse. Tout d'abord, elle

« admet que le Tribunal fédéral ne pouvait se prononcer sur le bien-fondé ou l'opportunité des mesures que comportait l'inscription des requérants sur la liste »,

ce choix relevant du rôle éminent du Conseil de sécurité en tant que décideur politique ultime dans ce domaine. Cependant,

«150. (...) avant d'exécuter les mesures susmentionnées, les autorités suisses devaient s'assurer de l'absence de caractère arbitraire dans cette inscription. Or, dans ses arrêts du 23 janvier 2008, le Tribunal fédéral s'est limité à contrôler si les noms des requérants figuraient effectivement sur les listes établies par le comité des sanctions et si les avoirs concernés leur appartenaient, ce qui était insuffisant pour s'assurer que l'inscription des requérants était exempte d'arbitraire.

151. Au contraire, les requérants auraient dû disposer au moins d'une possibilité réelle de présenter et de faire examiner au fond, par un tribunal, des éléments de preuve adéquats pour tenter de démontrer que leur inscription sur les listes litigieuses était entachée d'arbitraire. Or, tel n'a pas été le cas en l'espèce. Le fait que, à la différence de l'affaire *Nada (idem, § 187)*, les requérants dans la présente affaire n'ont soumis – ni devant le Tribunal fédéral suisse, ni devant la Cour elle-même –, aucun argument précis tendant à démontrer qu'ils n'auraient pas dû figurer sur la liste établie par le comité des sanctions ne change rien à cette analyse, dès lors que ce ne sont pas ces carences qu'ont retenues les autorités suisses pour ne pas examiner le recours des requérants. Par conséquent, le droit des requérants d'accéder à un tribunal a été atteint dans sa substance même » (nous soulignons).

**1350.** Comme l'avait également relevé la Chambre, la Grande Chambre affirme encore que les requérants subissent d'importantes restrictions depuis plusieurs années,

« or, l'impossibilité absolue de toute contestation de cette confiscation pendant des années est à peine concevable dans une société démocratique » (§ 152).

---

<sup>2012</sup> KADI I, précité en note 1253, pt. 299.

Elle ajoute à cet égard dans un passage dont la portée dépasse également manifestement l'affaire en cause que :

« 153. La Cour constate que le système de sanctions des Nations unies, et notamment la procédure d'inscription de personnes physiques et morales sur les listes des personnes visées et les modalités de traitement des requêtes par lesquelles elles demandent à en être radiées, ont fait l'objet de critiques très sérieuses, répétées et convergentes de la part des Rapporteurs spéciaux de l'ONU (paragraphe 52-55 ci-dessus), partagées par des sources extérieures à cette organisation. Ainsi en est-il de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa Résolution 1597 (2008) (paragraphe 58 ci-dessus). De telles critiques ont également été formulées par plusieurs juridictions, telle la CJUE, la Cour suprême du Royaume Uni et la Cour fédérale du Canada (paragraphe 59-65 et 70-77 ci-dessus). Le gouvernement défendeur admet lui-même que le système applicable en l'espèce – même dans sa forme améliorée à la suite de la Résolution 1730 (2006) –, permettant aux requérants de demander auprès d'un « point focal » leur radiation des listes établies par le Conseil de sécurité, n'offre pas une protection satisfaisante (paragraphe 114 ci-dessus). L'accès à ces procédures ne pouvait donc ni remplacer un contrôle juridictionnel approprié au niveau de l'État défendeur ni même compenser en partie son absence ».

**1351.** Aussi, en dépit des mesures adoptées par les autorités suisses en vue d'améliorer concrètement la situation des requérants, la Cour estime qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention (§§ 154 et 155).

### **(3) Une Grande Chambre très divisée sur la méthode mais pas sur le résultat**

**1352.** Le moins que l'on puisse dire est que le raisonnement de la Cour quant au conflit potentiel entre les résolutions du Conseil de sécurité et la Convention n'a pas fait l'unanimité parmi les juges composant la Grande Chambre. En revanche, un certain consensus existait sur la conclusion à laquelle elle a abouti. Nous présentons ci-dessous les critiques majeures formulées à l'égard de l'arrêt *Nada c. Suisse* (a), puis de l'arrêt *Al Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* (b), avant de conclure par quelques observations personnelles allant dans le sens de certaines de ces critiques (c).

#### **(a) Le régime de sanction contre Al-Qaida n'offrait en réalité aucune marge de manœuvres aux autorités suisses**

**1353.** Au terme de l'arrêt *Nada c. Suisse*, les Juges *Bratza, Nicolaou et Yudkivska* soutiennent en ce sens qu'ils se rallient au constat de violation de l'article 8, ils ne peuvent « pleinement partager le raisonnement dans l'arrêt aboutissant à ce constat » et nourrissent

« en particulier (...) des doutes considérables quant à la conclusion selon laquelle la Suisse "jouissait d'une latitude, certes restreinte, mais néanmoins réelle, dans la mise en œuvre des résolutions contraignantes pertinentes du Conseil de sécurité" » (§ 2).

Or, selon eux, sans que nous puissions les démentir,

« ni le libellé des résolutions elles-mêmes ni les dispositions de la Charte des Nations unies sur la base desquelles ces résolutions ont été prises ne permettent d'étayer cette conclusion » (§ 2).

Ils constatent qu'en réalité,

« les Etats ne jouissaient d'aucune latitude quant à leur obligation de mettre en œuvre les sanctions imposées par les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité et que la Suisse ne pouvait décider de sa propre initiative si, oui ou non, des sanctions devaient continuer à être prises contre les personnes physiques ou morales dont le nom figurait sur la liste du comité des sanctions » (§ 8).

**1354.** Le Juge *Malinverni* conteste également l'existence d'une réelle marge de manœuvre dans le chef des autorités suisses. Il soutient en effet que :

« En conclusion, compte tenu des termes très clairs et impératifs des résolutions en cause du Conseil de sécurité, qui obligent les Etats à les appliquer strictement et intégralement, sans considération de droits et d'obligations découlant d'autres conventions internationales qu'ils auraient ratifiées, ainsi que du fait que les sanctions sont décrites de manière détaillée et que les noms de leurs destinataires figurent sur des listes exhaustives, il est difficile, à mon avis, de soutenir la thèse selon laquelle la Suisse disposait dans la présente affaire d'une quelconque marge de manœuvre. On se trouvait ici bel et bien en présence d'une compétence liée et non pas d'une compétence discrétionnaire » (§ 10).

Selon lui, à l'instar de la Cour de justice, la majorité aurait dû expressément indiquer que la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité ne pouvait conduire à la violation des droits fondamentaux garantis par la Convention (§ 20), et non prétendre que la Suisse disposât d'une quelconque marge de manœuvre.

**(b) Le gel préventif a une portée punitive et doit entraîner l'application du volet pénal de l'article 6**

**1355.** Dans les différentes opinions concordantes, dissidente, ou partiellement dissidente faisant suite à l'arrêt *Al Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, le raisonnement de la Cour est quasiment systématiquement et fermement contesté, notamment quant à son interprétation de la résolution du conseil de sécurité en cause. Une fois encore, le Juge *Pinto de Albuquerque* est en première ligne. Nous pouvons retenir de son opinion concordante les éléments suivants.

**1356.** Premièrement, il estime que la Grande Chambre aurait dû s'interroger sur la protection offerte par le régime de sanctions et déterminer s'il pouvait être considéré comme équivalent à celui découlant de la Convention, conformément à la jurisprudence *Bosphorus* (§ 69). Or,

« la présomption *Bosphorus* de protection équivalente au sein de l'ordre des Nations unies est manifestement renversée par les faits de l'espèce, comme démontré précédemment. De plus, eu égard à l'absence en droit interne d'autres recours juridictionnels effectifs aptes à protéger le droit de propriété des requérants, il y a eu une violation de la substance même du droit d'accès à un tribunal consacré par l'article 6 (sous son volet civil) de la Convention » (§ 70).

Il rejoint en ce sens la position de la deuxième Chambre. En d'autres termes, le Juge *Pinto de Albuquerque*, comme d'ailleurs la juge *Keller*, estime que la Cour aurait dû, d'une part, reconnaître l'existence d'un conflit entre le régime de sanctions et les droits garantis par la

Convention et, d'autre part, le résoudre en faisant prévaloir les droits garantis par cette dernière vu l'absence de protection équivalente offerte par le régime onusien<sup>2013</sup>.

**1357.** Deuxièmement, il estime que l'inscription sur la liste des sanctions, dont l'objectif est punitif (§ 26), doit entraîner le bénéfice du volet pénal de l'article 6, bien qu'elle ne constitue pas une accusation formelle (§ 37). Il ajoute que

« les mesures de confiscation en cause soulèvent une question concernant l'ordre public européen du fait de la violation d'une norme minimale fondamentale de protection des droits de l'homme. À tout le moins, les garanties procédurales du volet civil de l'article 6 se trouvent en jeu. La restriction à l'accès à un tribunal ne sera compatible avec l'article 6 § 1 que si les personnes concernées disposent d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement les droits garantis par la Convention, notamment si elles ont accès à un autre organe ou agent habilité à exercer des pouvoirs judiciaires. Lorsqu'aucune autre voie légale n'est accessible aux individus et entités visés, le droit à un contrôle indépendant et impartial – le droit à un contrôle judiciaire – peut être atteint dans sa substance, comme la majorité l'a admis au paragraphe 151 ("le droit des requérants d'accéder à un tribunal a été atteint dans sa substance même"). Aucun test de proportionnalité additionnel n'est alors nécessaire ».

**(c) La Cour fait le choix de la facilité en refusant de voir la réalité en face**

**1358.** Comme nous l'avons relevé à propos de la jurisprudence KADI, pourtant plus « volontaire » que celle de la Cour de Strasbourg, nous considérons également que soutenir que les Etats ont une réelle marge de manœuvre dans la mise en œuvre du régime de sanctions contre Al-Qaida (et l'EIIL) relève de la fiction. Prétendre qu'ils sont responsables des manquements en matière de droits fondamentaux de ce régime comme s'ils étaient les leurs est, par conséquent, peu cohérent. Un tel constat permet néanmoins à la Cour d'éviter d'avoir à trancher le conflit entre régime de sanctions et Convention en prétendant qu'ils peuvent coexister harmonieusement. L'arbitraire peut cependant briser cette harmonie. La Cour impose en effet aux Etats Parties et à leurs juridictions de s'assurer que l'inscription sur la liste des sanctions ne soit pas entachée d'arbitraire, pour autant que des éléments de preuve leur soient fournis par les personnes concernées.

**1359.** En ce qui concerne l'application de l'article 6, la Cour paraît considérer que les sanctions du Conseil de sécurité qui lui ont été soumises sont des mesures préventives, n'impliquant aucune accusation en matière pénale. La deuxième Chambre l'a indiqué sans équivoque dans le premier arrêt *Al Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*. Dans l'arrêt *Nada c. Suisse*, la Cour a en outre fait expressément référence, sur le terrain de l'article 5 néanmoins, à l'arrêt *Guzzardi c. Italie* « père » de la jurisprudence *Raimondo c. Italie* en matière de confiscation sans condamnation préalable. Or, comme le relève le Juge *Pinto de Albuquerque*, les sanctions imposées par le Conseil de sécurité relèvent en réalité du volet pénal de l'article 6, étant donné qu'elles reposent manifestement sur le reproche de commettre une infraction, ont des conséquences graves sur la situation de la personne concernée et ont un caractère punitif. La Cour maintient néanmoins sa jurisprudence, à notre sens peu convaincante,

---

<sup>2013</sup> *Contra* opinion concordante du Juge *Sicilianos* pour qui il n'existait effectivement pas de conflit.

suivant laquelle le caractère préventif d'une mesure exclut par principe l'application du volet pénal.

#### **(4) Le gel préventif d'avoirs terroristes : l'harmonie au prix du droit à un procès équitable**

**1360.** Lorsqu'un Etat Partie à la Convention soutient qu'il n'a pu respecter ses obligations en raison des obligations concurrentes découlant d'une résolution du Conseil de sécurité, la Cour procède en deux temps. D'une part, elle cherche à déterminer le contenu de la résolution en présumant qu'elle ne peut avoir pour objectif de méconnaître les droits fondamentaux. D'autre part, dans l'hypothèse où une telle interprétation harmonieuse serait impossible vu les termes de la résolution, elle se penchera sur le grief du requérant en s'attachant à déterminer si l'Etat en cause a fait tout ce qu'il pouvait pour respecter les droits garantis par la Convention. Si tel n'est pas le cas, comme dans les affaires que nous venons d'examiner, elle conclura à la violation de la Convention sans se prononcer sur le conflit entre Convention et résolution du Conseil de sécurité. En revanche, si aucun manquement ne peut être retenu dans le chef de l'Etat en cause, il est difficile de savoir quelle position elle adopterait. Deux choix s'offriraient à elle, reconnaître la primauté des résolutions du Conseil de sécurité ou affirmer la prééminence des droits qu'elle consacre.

**1361.** Les arrêts analysés montrent que la Cour veut à tout prix éviter de se trouver face à un tel. En effet, en dépit des restrictions imposées aux droits fondamentaux par le régime de sanctions contre Al-Qaida et l'EIIL ou contre le régime irakien, de l'absence de réelle marge de manœuvre des Etats et de l'absence de recours juridictionnel satisfaisant au niveau de l'ONU, elle a refusé de considérer qu'il existait un réel conflit entre résolutions et Convention. A l'image de la Cour de justice, elle a préféré prétendre que les Etats étaient en réalité en mesure d'agir conformément aux droits qu'elle garantit, adoptant « une stratégie de déni, évitant à tout prix la confrontation avec la réalité »<sup>2014</sup>.

**1362.** Dans ce cadre, conformément à sa jurisprudence en matière de confiscation sans condamnation préalable, les personnes concernées par une mesure de gel préventif devraient bénéficier des garanties du volet civil de l'article 6, et non de son volet pénal, n'ayant pas fait face à une « accusation en matière pénale ». En cas de mise en œuvre de résolutions contraignantes du Conseil de sécurité visant à maintenir la paix et la sécurité internationales, la Cour considère néanmoins que le droit à un procès équitable se limite en réalité à celui de bénéficier d'un contrôle judiciaire permettant de s'assurer qu'elle n'est pas entachée d'arbitraire. Elle attend également de la personne concernée qu'elle apporte des éléments étayés et défendables allant en ce sens. Si tel est le cas, le juge national doit le cas échéant solliciter la production d'éléments de preuve lui permettant d'exercer son contrôle. Cette conception très édulcorée des exigences de l'article 6 est justifiée par la nécessité de maintenir un équilibre entre droits individuels et sauvegarde la paix et la sécurité internationale.

**1363.** Contrairement à la Cour de justice, la juridiction strasbourgeoise n'a ainsi pas défini de garanties procédurales précises en cas de gel d'avoirs ou plus largement de mise en œuvre de

---

<sup>2014</sup> CEDH [GC], arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21 juin 2016, req. 5809/08, opinion concordante du Juge *Pinto de Albuquerque*, à laquelle se rallient les juges *Hajiyev, Pejchal* et *Dedov*, § 68.



sanctions ciblées. Elle en avait pourtant l'occasion dans l'affaire *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*. Vu ses nombreux renvois à la jurisprudence du juge de l'Union européenne, elle paraît néanmoins être satisfaite de la direction prise par ce dernier dans ce domaine. Il paraît donc peu probable que face à un dispositif de gel préventif établi en application de la résolution 1373 (2001), laissant une réelle marge d'appréciation aux Etats, elle puisse adopter une jurisprudence fondamentalement différente de celle développée par la Cour de justice.

**g. Conclusion de synthèse de la section 3 : la Cour européenne des droits de l'Homme s'est perdue dans le dédale de la confiscation et du gel préventif d'avoirs**

**1364.** Le droit au procès équitable aurait pu être un frein à l'émergence de dispositifs de confiscation allégeant drastiquement la charge de la preuve de l'illicéité des biens ciblés et de leur lien avec une infraction déclarée établie, d'une part, et du gel préventif d'avoirs ne requérant quant à lui qu'un risque de soutien au terrorisme, d'autre part. Notre analyse démontre qu'il n'en est rien.

**1365.** Seules la confiscation classique des instruments et des produits et la confiscation portant sur des biens appartenant à des tiers ont en réalité donné lieu à une application satisfaisante de l'article 6. Les principes développés en matière saisie préalable à confiscation ne nous paraissent pas davantage soulever de réelles difficultés. Nous avons en revanche pu constater que la confiscation élargie et la confiscation non fondée sur une condamnation préalable, mécanismes les plus problématiques au regard des exigences du droit à un procès équitable, ont donné lieu à une jurisprudence où fiction et pétition de principe riment avec incohérence. Les célèbres arrêts *Phillips c. Royaume-Uni*, mis en avant par les législateurs européen et belge à l'appui de l'introduction de dispositifs de confiscation élargie, et *Raimondo c. Italie* sont à cet égard particulièrement exemplatifs. Dans le premier, la Cour écarta en effet l'application du volet pénal de l'article 6 sur pied des critères *Engel*, semblant oublier sa jurisprudence *Deweert* pourtant bien établie. Or, la question à trancher était celle de l'existence ou non d'une nouvelle « accusation », et non de la nature pénale de la procédure en cause, qui ne faisait en réalité aucun doute puisqu'elle avait pour but de fixer une peine. Dans le second, portant sur une procédure de confiscation préventive, la Cour écarta également le volet pénal en se bornant à indiquer sans autre forme de justification, que la mesure en cause étant préventive, elle ne pouvait impliquer l'existence d'une accusation en matière pénale.

**1366.** Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence actuelle exclut l'application du volet pénal de l'article 6 à ces deux types de procédures. La première parce qu'elle ne constituerait pas une nouvelle accusation mais simplement un mécanisme permettant de fixer la peine applicable, après qu'une infraction ait été déclarée établie. La seconde, parce qu'en raison de sa nature préventive ou restauratrice, elle ne pourrait reposer sur une accusation en matière pénale. Aussi, à moins que la présomption d'innocence ne soit applicable dans sa conception large, notamment en cas d'acquiescement préalable, la personne concernée par une telle procédure ne pourra en bénéficier. Dans ce cadre, la Cour n'a pas considéré que les caractéristiques propres de ces mécanismes portaient atteinte au droit au procès équitable. En

outre, la Cour a jugé que la mise en œuvre des présomptions sur lesquelles se fonde la confiscation élargie ne portait pas atteinte à l'équité globale de la procédure pénale, pour autant qu'elle ne conduise pas à la confiscation de biens dont il n'est pas démontré qu'ils ont été entre les mains du condamné.

**1367.** La mise en œuvre des sanctions ordonnées par le Conseil de sécurité, dont relève le gel préventif d'avoirs terroristes, a donné lieu à une jurisprudence complexe et contestée au sein même de la Cour. Peu encline à entrer en conflit ouvert avec le garant onusien de la paix et de la sécurité internationales, la Cour a choisi de reporter la responsabilité des manquements des régimes de sanctions en termes de droits fondamentaux, sur les Etats contraints de les mettre en œuvre. Bien qu'elle estime que les personnes concernées bénéficient des garanties du volet civil de l'article 6, elle lui a donné en la matière une conception très étreinte, limitée à la garantie de ne pas subir une « sanction » arbitrairement. La Cour a également montré son approbation de la jurisprudence développée par la Cour de justice, la citant abondamment, ce qui rend l'adoption d'arrêts futurs moins conciliants avec les dispositifs de gels préventifs peu probable.

#### 4. Conclusion du chapitre A : le droit à un procès équitable, victime de son succès ?

**1368.** La Cour européenne des droits de l'Homme a construit autour de l'article 6 de la Convention une jurisprudence d'une formidable richesse, faisant du droit à un procès équitable une garantie transversale dépassant le cadre de cette disposition<sup>2015</sup>. Au départ du paragraphe 1<sup>er</sup>, elle a développé deux *corpus* distincts, bien que semblables à plusieurs égards, de garanties propres à la matière civile et à la matière pénale, dont elle n'a eu de cesse de préciser la portée et les limites. Elle s'est outre émancipée des définitions et des catégorisations nationales en conférant une portée autonome aux termes de l'article 6 afin d'être en mesure d'aller au-delà des apparences, et ainsi de donner une portée concrète et effective aux droits qu'il garantit.

**1369.** Sa jurisprudence en matière de confiscation et de gel préventif d'avoirs illustre néanmoins les limites de son interprétation très extensive de l'article 6, face aux développements qu'a connu le droit pénal ces dernières décennies. Notre analyse montre en effet, que la Cour est comme prise au piège entre, d'une part, les principes qu'elle a patiemment élaborés aux fins de garantir le plus haut degré possible de protection du droit à un procès équitable au sein des Etats Parties à la Convention et, d'autre part, le mouvement protéiforme visant à rendre la lutte contre la criminalité toujours plus efficace au détriment de principes pourtant bien établis<sup>2016</sup>. Se refusant à reconnaître toute inflexion du niveau de protection garanti par l'article 6, elle s'est trouvée contrainte à plusieurs occasions de renoncer à dépasser la fiction pour maintenir tant bien que mal l'illusion.

**1370.** Or, la confiscation élargie, la confiscation sans condamnation préalable et le gel préventif d'avoirs reposent sur une indéniable présomption de culpabilité, dont la compatibilité avec le droit à un procès équitable ne devrait pas être analysée au regard des garanties applicables en cas de contestation portant sur des droits et obligations à caractère civil. Ces mesures, qui peuvent certes être perçues comme un mal nécessaire face à la criminalité organisée et le terrorisme, sont néanmoins intrinsèquement contraires à la présomption d'innocence<sup>2017</sup>. Or, comme le rappelait A. ASHWORTH il y a déjà quinze ans,

*« the presumption of innocence is a moral and political principal, based on a widely shared conception of a how a free society (as distinct from ans authoritarian society) should exercise the power to punish »*<sup>2018</sup>.

Plus concrètement, la présomption d'innocence garantit le droit fondamental de ne pas être condamné pour un crime que l'on n'a pas commis, et rétablit quelque peu l'équilibre entre les autorités publiques, disposant de pouvoirs et de ressources très étendus, et le justiciable<sup>2019</sup>. Il

---

<sup>2015</sup> BEERNAERT, M.-A., et KRENC, F., *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>2016</sup> En ce sens, MAUGERI, A.-M., « The criminal sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisations », *NJECL*, 2012, pp. 257-297, spéc. p. 294.

<sup>2017</sup> *Ibid.*, p. 295. Voy. également de manière plus générale sur le danger de placer la sécurité au-dessus des droits fondamentaux et singulièrement de la présomption d'innocence, ASHWORTH, A., « Four threats to the presumption of innocence », *E&P*, 2006, pp. 241-279.

<sup>2018</sup> ASHWORTH, A., « Four threats to the presumption of innocence », *op. cit.*, p. 249.

<sup>2019</sup> *Ibid.*, p. 250.

ne s'agit par conséquent pas d'une variable ajustable à coups de présomptions mais de l'un des piliers de tout Etat de droit.

**1371.** Une conception plus restrictive du droit à un procès équitable, et singulièrement de la présomption d'innocence, pourrait néanmoins apparaître moins problématique en matière de confiscation et de gel préventif d'avoirs. Ces mesures tendent en effet à combattre des phénomènes criminels particulièrement dangereux et ne concernent finalement que des biens, ne conduisant en principe<sup>2020</sup> pas à une privation de liberté.<sup>2021</sup> Cette position doit être combattue, notamment pour deux motifs. D'une part, nous avons par exemple pu constater au Chapitre précédent que tant en droit de l'Union européenne qu'en droit belge, la confiscation élargie pouvait en pratique être mise en œuvre face à une très large gamme d'infractions, sans garantie de ne frapper que d'importantes organisations criminelles. Telle qu'elle est construite la confiscation sans condamnation préalable définie à l'article 4 de la directive 2014/42/UE est par ailleurs susceptible d'être mise en œuvre à l'égard de tout type d'infractions. Le gel préventif peut quant à lui atteindre des personnes dont le lien avec une quelconque organisation terroriste n'a jamais été légalement démontré au-delà du doute raisonnable. La portée de ces mesures dépasse ainsi largement le cadre de la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme. D'autre part, dans nos sociétés contemporaines de plus en plus inégalitaires et où beaucoup luttent pour échapper à la précarité, comment pourrait-on raisonnablement prétendre que priver un individu de tout ou partie de son patrimoine ne porte pas directement atteinte à sa liberté, et ce parfois plus durablement même qu'une peine de prison ?

**1372.** En détournant le regard ou en refusant de voir la réalité, la Cour soutient en réalité l'idée que l'article 6 devrait effectivement parfois s'effacer devant les impératifs d'une lutte efficace contre la criminalité et le terrorisme<sup>2022</sup>. Pourtant, comme le rappelle le préambule de la Convention, les libertés fondamentales « constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde ». En acceptant d'opposer droit à un procès équitable et lutte contre la criminalité et le terrorisme, la Cour ne renie donc pas seulement l'un des fondements de la Convention. Elle renonce également à sa mission : assurer le respect des engagements qui en résultent, en protégeant des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs<sup>2023</sup>.

---

<sup>2020</sup> Nous avons néanmoins pu constater que la confiscation s'accompagne dans certains régimes juridiques de peines d'emprisonnement subsidiaire en cas de non-exécution.

<sup>2021</sup> MAUGERI, A.-M., « The criminal sanctions against the Illicit Proceeds of Criminal Organisations », *op. cit.*, p. 295.

<sup>2022</sup> Elle a d'ailleurs affirmé en ce sens dans l'arrêt *Ibrahim c. Royaume-Uni* (arrêt du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09), qu'il fallait certes en ces temps difficiles que les Etats « manifestent leur engagement pour les droits de l'homme et la prééminence du droit » mais que l'article 6 ne devait pas être appliqué « d'une manière qui causerait aux autorités de police des difficultés excessives pour combattre par des mesures effectives le terrorisme et d'autres crimes graves, comme elles doivent le faire pour honorer l'obligation, découlant pour elles des articles 2, 3 et 5 § 1 de la Convention, de protéger le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique des membres de la population » (§ 252).

<sup>2023</sup> Voy. sur la mission de la Cour, parmi de nombreux autres, CEDH [GC], arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, req. 30078/06, § 89 : « La Cour rappelle à cet égard que ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les Etats, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes (*Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 154, série A no 25, *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, § 86, série A no 39, et *Karner c. Autriche*, no 40016/98, § 26, CEDH 2003-IX). Si le système mis en place par la Convention a pour objet fondamental d'offrir un recours aux particuliers, il a également pour but de trancher, dans

## B. Le principe de légalité des délits et des peines

**1373.** L'article 7 de la Convention dispose que :

« 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »<sup>2024</sup>

**1374.** Selon la Cour, cette disposition

« occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation même en temps de guerre ou d'autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, les condamnations et les sanctions arbitraires »<sup>2025</sup>.

**1375.** Elle affirme quant à sa portée que :

« L'article 7 ne se borne donc pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé : il consacre aussi, d'une manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie. Il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par le droit, qu'il soit national ou international. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux et d'un avis juridique éclairé, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »<sup>2026</sup>.

**1376.** Or, si la loi pénale doit être prévisible pour permettre au justiciable de savoir quel comportement est susceptible d'entraîner sa responsabilité pénale, il ne devrait logiquement pouvoir être sanctionné qu'en raison de ses propres actes ou omissions, et non de ceux d'un autre<sup>2027</sup>. Dans cette mesure, l'article 7 pourrait entrer en contradiction avec les dispositifs de confiscation ne reposant pas sur une condamnation préalable et ceux touchant des tiers à l'infractions, ainsi qu'avec le gel préventif d'avoirs terroristes.

**1377.** Cependant, l'article 7 ne bénéficie qu'au « condamné » et implique de déterminer si une « peine » a été infligée. Un récent *G.I.E.M. S.R.L. e.a. c. Italie* rendu le 28 juin 2018 en Grande

---

l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des Etats parties à la Convention (*Karner*, précité, § 26, *Capital Bank AD c. Bulgarie*, no 49429/99, §§ 78-79, CEDH 2005-XII, et *Rantsev c. Chypre et Russie*, no 25965/04, § 197, CEDH 2010-...) ».

<sup>2024</sup> Voy. sur cette disposition, Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pas de peine sans loi : principe de légalité des délits et des peines*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2019.

<sup>2025</sup> CEDH [GC], arrêt *Vasiliauskas c. Lituanie* du 20 octobre 2015, req. 35343/05, § 153 et CEDH [GC], arrêt *Del Río Prada c. Espagne* du 21 octobre 2013, req. 42750/09, § 77.

<sup>2026</sup> *Ibid.*, § 154 et *Ibid.*, §§ 78-79.

<sup>2027</sup> En ce sens mais sur le terrain de l'article 6, l'arrêt *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse* précité en note 1841, § 48.

Chambre<sup>2028</sup> nous permettra de comprendre le raisonnement de la Cour quant à ces notions ainsi qu'à la portée de l'article 7 en matière de confiscations non fondées sur une condamnation préalable. Il est en effet le dernier en date de plusieurs décisions relatives à la question controversée en droit italien de la confiscation de constructions illicites à charge de personnes non jugées coupables de l'illicéité<sup>2029</sup>. Avant de nous lancer dans son analyse (2), nous devons néanmoins revenir sur un arrêt déjà ancien mais non moins pertinent, *Welch c. Royaume-Uni*<sup>2030</sup>, à l'occasion duquel la Cour s'est prononcée sur la nature de la confiscation dépendant d'une condamnation préalable au regard de l'article 7 (1). Comme nous l'avons montré, il a notamment été invoqué par la Cour dans l'arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* pour exclure l'existence d'une nouvelle accusation en cas de mise en œuvre d'une procédure de confiscation élargie<sup>2031</sup>. Il a également été mobilisé pour justifier l'exclusion du volet pénal de l'article 6 en matière de confiscation sans condamnation préalable<sup>2032</sup>. Nous pourrions ensuite tirer les enseignements de ces décisions au regard des différents types de confiscation que nous avons mis en évidence et du gel préventif d'avoirs (3), avant de conclure (4).

### **1. L'arrêt *Welch c. Royaume-Uni* : la confiscation fondée sur une condamnation pénale préalable relève-t-elle de l'article 7**

**1378.** Avant de mettre en évidence, les éléments essentiels de cet arrêt (b), nous précisons son contexte factuel, en identifiant notamment le type de confiscation en cause (a). Nous en tirerons ensuite les conséquences sur la qualification de la confiscation fondée sur une condamnation pénale préalable (c).

#### **a. L'arrêt porte sur un dispositif de confiscation élargie**

**1379.** Il ressort de l'arrêt que M. *Welch* avait été déclaré coupable de plusieurs infractions en matière de stupéfiants et condamné à une lourde peine d'emprisonnement (§ 9). Le premier juge rendit en outre une ordonnance de confiscation portant sur une importante somme d'argent en vertu de la loi spécifiquement consacrée à l'époque au trafic de stupéfiants (§ 9). Une peine d'emprisonnement supplémentaire de deux ans était prévue s'il ne payait pas cette somme (§ 9). Le juge d'appel confirma le bienfondé de l'ordonnance de confiscation, tout en réduisant quelque peu son montant (§ 10).

**1380.** Selon la loi applicable, une telle ordonnance de confiscation pouvait être rendue en cas de condamnation du chef d'une ou plusieurs infractions liées au trafic de stupéfiants. Pour en déterminer le montant, le juge devait rechercher si le condamné avait retiré un profit du trafic et si tel était le cas en évaluer le montant. Il pouvait pour ce faire recourir aux présomptions suivantes :

« a) tout bien paraissant à la cour

---

<sup>2028</sup> CEDH [GC], *G.I.E.M. e.a. c. Italie* du 28 juin 2018, reqs. 1828/06 34163/07 et 19029/11.

<sup>2029</sup> Not. CEDH, arrêt *Sud Fondi e.a. c. Italie* du 10 mai 2012, req. 75909/01 et CEDH, arrêt *Varvara c. Italie* du 29 octobre 2013, req. 17475/09.

<sup>2030</sup> CEDH, arrêt *Welch c. Royaume-Uni* du 9 février 1995, req. 17440/90.

<sup>2031</sup> Sur cet arrêt, voy. précédemment, Ch. III, A, 3, (2), (a).

<sup>2032</sup> Not. CEDH, décision *Riela e.a. c. Italie* du 4 septembre 2001, req. 52439/99, n° 2.

- i. avoir été détenu par l'intéressé à un moment quelconque depuis sa condamnation, ou
  - ii. lui avoir été transféré à un moment quelconque depuis le début de la période de six ans expirant à l'ouverture de la procédure engagée contre lui, a été reçu par lui, au moment le plus reculé auquel il paraît à la cour l'avoir détenu, à titre de paiement ou de rétribution dans le cadre du trafic de stupéfiants auquel il s'est livré ;
- b) toute dépense de l'accusé depuis le début de cette période a été réglée au moyen des paiements reçus par lui dans le cadre du trafic de stupéfiants auquel il s'est livré, et
- c) aux fins d'estimation de tout bien reçu ou présumé avoir été reçu par lui à un moment quelconque à titre de semblable rétribution, l'intéressé a reçu le bien libre de tous autres intérêts » (§ 12).

**1381.** Il s'agissait donc d'un dispositif de confiscation élargie, semblable à celui en cause dans l'arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*, bâti notamment sur une présomption d'origine illicite des biens acquis par le condamné au cours des six années précédant son inculpation, présomption limitée néanmoins à l'infraction déclarée établie ou à des faits de même nature<sup>2033</sup>, comme à l'article 43bis du Code pénal belge par exemple. Il était encore prévu qu'il pouvait être tenu compte de la période précédant l'entrée en vigueur de la loi, ce qui avait été le cas en l'espèce.

**b. L'appréciation de la Cour : une mesure préventive peut constituer une peine au sens de l'article 7**

**1382.** M. *Welch* avait saisi la Cour car il estimait que le caractère rétroactif de l'ordonnance de confiscation était contraire à l'article 7 § 1, étant donné qu'elle devait être considérée comme une peine (§§ 22 et 23). Le Gouvernement soutenait pour sa part que cette disposition n'était pas applicable. Il indiquait notamment que le

« but véritable de l'ordonnance était double : premièrement, priver une personne des profits qu'elle avait retirés d'un trafic de stupéfiants et, deuxièmement, empêcher toute utilisation future dans le commerce de la drogue de la valeur du produit de l'infraction. Elle ne cherchait donc pas à imposer une sanction ou une peine pour une infraction pénale, mais constituait essentiellement une mesure confiscatoire et préventive » (§ 24).

La condamnation préalable ne constituait ainsi que le déclencheur de la procédure de confiscation, qui n'est pas nécessairement liée à l'infraction déclarée établie et qui

« pourrait être rendue concernant des biens étrangers à la question des charges dirigées contre l'accusé ou reçus par lui à une époque à laquelle aucune condamnation pour trafic de stupéfiants ne se rapportait » (§ 24).

Enfin, l'emprisonnement prévu en cas de non-paiement du montant de la confiscation ne permettrait pas de conclure qu'il s'agit d'une sanction étant donné que

« de nombreuses ordonnances rendues par des juridictions non répressives entraîneraient pareille sanction en cas de non-exécution » (§ 24).

**1383.** La Commission des droits de l'homme avait suivi cette argumentation et conclut que l'ordonnance de confiscation en cause n'était pas de nature punitive mais « réparatrice et préventive » et ne constituait en conséquence pas une peine (§25).

---

<sup>2033</sup> Voy. également le paragraphes 24 de l'arrêt cité dans la sous-section suivante.

**1384.** Etant donné que le caractère rétroactif de l'ordonnance n'était pas en question, la seule question à résoudre pour la Cour était celle de sa qualification éventuelle de « peine » au regard de l'article 7 (§ 26). Elle rappelle à cet égard que cette notion

« possède comme celles de "droits et obligations de caractère civil" et d'"accusation en matière pénale" figurant à l'article 6 par. 1 (art. 6-1), une portée autonome » et que pour « rendre efficace la protection offerte par l'article 7 (art. 7), la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une "peine" au sens de cette clause » (§ 27).

**1385.** Vu le libellé de l'article 7, la Cour estime que la première étape de son analyse est de

« déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une "infraction" »,

bien que d'autres éléments

« [puissent] être jugés pertinents à cet égard : la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité » (§ 28).

Ces critères d'analyse sont ainsi assez proches de ceux mis en œuvre pour déterminer si une procédure relève de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention.

**1386.** La Cour met tout d'abord en évidence le fait que l'ordonnance de confiscation dépend d'une condamnation préalable du chef d'une infraction, jugeant que ce lien

« ne se trouve nullement atténué par le fait que, en raison des présomptions légales relatives à la mesure dans laquelle le requérant a profité du trafic, l'ordonnance peut s'étendre à des produits ou à des biens sans rapport direct avec les faits sous-jacents à la condamnation pénale » (§ 29).

**1387.** En ce qui concerne la nature et le but de la mesure, elle affirme que :

« Le but préventif d'une confiscation de biens susceptibles d'utilisation dans des opérations futures de trafic de stupéfiants, comme celui de garantir que le crime ne paie pas, ressortent à l'évidence des déclarations ministérielles faites devant le parlement à l'époque de l'introduction de la loi (paragraphe 11 ci-dessus). Toutefois, on ne saurait exclure qu'une législation qui confère d'aussi amples pouvoirs de confiscation aux tribunaux poursuive également le but de punir le délinquant. En effet, les objectifs de prévention et de réparation se concilient avec celui de répression et peuvent être considérés comme des éléments constitutifs de la notion même de peine » (§ 30, nous soulignons).

**1388.** Après avoir relevé que les juridictions internes étaient partagées sur la qualification à donner à l'ordonnance de confiscation (§ 31), la Cour juge que « la gravité de la mesure » ne serait pas « d'un grand secours » puisque

« de nombreuses mesures non pénales de nature préventive peuvent avoir un impact substantiel sur la personne concernée » (§ 32).

**1389.** Cependant, les « amples présomptions légales », le fait que l'ordonnance de confiscation « vise le produit du trafic de stupéfiants et n'est pas limitée à l'enrichissement ou au profit effectifs », la prise en considération par le juge du fond du degré de culpabilité du condamné pour fixer le montant de l'ordonnance, ainsi que la « possibilité d'une contrainte par corps », sont aux yeux de la Cour autant d'éléments qui « considérés conjointement, semblent



indiquer nettement qu'il s'agit, notamment, d'un régime répressif », « même s'ils peuvent aussi être jugés essentiels pour le régime préventif inhérent à la loi » en cause (§ 33).

**1390.** Enfin, la Cour estime que

« si, par-delà les apparences, on s'attache à cerner la réalité, indépendamment de la qualification de la mesure de confiscation, il demeure que le requérant a subi un préjudice plus grand du fait de l'ordonnance que celui auquel il était exposé à l'époque de la commission des infractions dont il a été convaincu » (§ 34).

**1391.** Elle conclut donc à l'applicabilité et à la violation de l'article 7. Elle ajoute néanmoins que

« cette conclusion ne concerne que l'application rétroactive de la législation pertinente et ne remet nullement en cause les pouvoirs de confiscation conférés aux tribunaux pour leur permettre de lutter contre le fléau du trafic de stupéfiants » (§ 36).

La Cour tenait ainsi à souligner que la mesure de confiscation en tant que telle n'était pas contraire à l'article 7.

**1392.** Bien que la question ne lui fût pas expressément soumise, le fait que la confiscation litigieuse puisse porter sur des biens non liés à l'infraction déclarée établie ne paraît ainsi pas poser de difficulté à la Cour du point de vue de l'article 7. Ce qui était problématique selon elle, c'est qu'au moment où M. *Welch* avait commis les faits pour lesquels il avait été condamné, il ne pouvait pas savoir qu'il risquait de subir une telle mesure de confiscation. Il est encore intéressant de souligner que la Cour affirme sans équivoque que le caractère préventif d'une mesure n'exclut pas *de facto* qu'elle puisse constituer une peine (§ 30).

**c. Conclusion de synthèse de la section 1 : confisquer les produits c'est sanctionner l'auteur de l'infraction...même si les produits n'en découlent pas**

**1393.** On peut déduire de l'arrêt *Welch c. Royaume-Uni* qu'une mesure de confiscation constitue une peine si elle dépend d'un constat de culpabilité préalable et qu'elle poursuit un but punitif. Pour déterminer si tel est le cas, sa gravité intrinsèque n'est pas un élément déterminant, en revanche

- la mise en œuvre de présomptions légales,
- cibler le produit de l'infraction et non le profit qui en a effectivement été tiré,
- tenir compte du degré de culpabilité de condamné pour fixer le montant de la confiscation, et
- prévoir une mesure de privation de liberté subsidiaire

sont autant d'éléments qui militent en faveur de la qualification de peine. Comme dans le cadre de l'application des critères *Engel*, le fait que la mesure ne soit éventuellement pas qualifiée de peine en droit interne, ne paraît être un élément déterminant. Le fait que les biens confisqués ne soient pas liés à l'infraction déclarée établie n'est pas davantage de nature à ôter à la confiscation son caractère de peine.

**1394.** Il découle de ces constatations que la confiscation des produits et la confiscation élargie des produits doivent être qualifiée de peine. Il en est de même à notre sens de la confiscation

des instruments de l'infraction, à moins que ceux-ci ne soient par nature dangereux ou illicites, auquel cas elle n'aura pas un but répressif. Le condamné qui les subit doit par conséquent bénéficier des garanties de l'article 7, et notamment celle de la non-rétroactivité de la loi pénale.

**1395.** La question qui se pose désormais est celle de la qualification des dispositifs de confiscation non fondés sur une condamnation préalable et de ceux qui portent atteinte au patrimoine d'un tiers. La section suivante y est consacrée.

## **2. L'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie* : pas de peine sans culpabilité ?**

**1396.** Cette affaire concerne un mécanisme de confiscation particulier, qui mérite quelques explications que nous donnerons à l'occasion de sa contextualisation (a), avant d'entrer dans l'analyse du raisonnement de la Cour relativement champ d'application de l'article 7 (b). Nous constaterons que l'arrêt rendu par la Grande Chambre a fait l'objet de nombreuses critiques des juges qui la composent à cet égard (c). Ensuite, nous examinerons la portée qu'elle reconnaît à l'article 7, non sans susciter également les critiques en son sein (d). Enfin, nous tenterons de synthétiser les apports essentiels de l'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie* pour notre étude (e).

### **a. La confiscation des constructions illicites, une mesure aux confins du droit pénal et du droit administratif**

**1397.** Plusieurs personnes morales et une personne physique – M. *Gironda* – ont saisi la Cour par des requêtes distinctes et relativement à des affaires différentes, de la question de la compatibilité d'un mécanisme de confiscation prévu par le Code de la construction italien avec la Convention (§ 155). Ces requêtes furent renvoyées à la Grande Chambre, qui décida de les examiner ensemble (§ 154).

**1398.** Ce mécanisme propre au droit de la construction impose au juge pénal, qui a préalablement établi qu'un lotissement avait été illicitement érigé, de prononcer la confiscation des terrains illicitement lotis et des ouvrages illicitement bâtis (§§ 103 à 106). En droit italien, cette confiscation est considérée comme une sanction administrative obligatoire dès que le caractère illicite d'une construction est matériellement établi (§§ 119-120). Elle peut être ordonnée par une autorité administrative ou par le juge pénal (§ 123), à charge de personnes non condamnées pénalement du fait de l'illicéité, par exemple faute d'élément moral ou pour cause de prescription<sup>2034</sup>, et de tiers à l'infraction (*ibid.* et § 122). Dans cette dernière hypothèse, seul le tiers étranger à la commission de l'infraction et dont la bonne foi est constatée pourra échapper à la confiscation (§ 122).

**1399.** La nature punitive cette confiscation, qui poursuit un objectif dissuasif, est reconnu par la Cour de cassation italienne (§ 121), qui impose également au juge pénal de se conformer aux articles 6 et 7 de la Convention lorsqu'il l'ordonne (§ 121). Il est également établi en droit interne que le juge pénal peut prononcer la confiscation de constructions autorisées par l'administration s'il juge que leur érection est contraire à des normes supérieures (§ 127). Une

---

<sup>2034</sup> La confiscation ne peut dans ce cas être prononcée que si l'action pénale a été intentée avant que la prescription ne fût acquise.

régularisation administrative est ainsi possible en cas de violation ou d'absence d'un permis de construire, mais pas en cas de contradiction avec des normes supérieures à l'autorisation administrative (§§ 128 et 129). La Cour relève qu'une telle confiscation repose en principe sur une condamnation pénale préalable en Italie mais il existe plusieurs mécanismes de confiscation sans condamnation (§ 134). Notons que la Cour s'adonne également à une brève analyse des dispositions de droit international en matière de confiscations<sup>2035</sup>, pour en conclure que la confiscation sans condamnation préalable y demeure « relativement exceptionnelle » (§ 141). Elle fait état dans ce cadre de l'article 4 § 2 de la directive 2014/42/UE qui – selon elle<sup>2036</sup> – « vise la confiscation sans condamnation » (§ 150) ainsi que des garanties prévues par cet instrument (§ 153). Relevons encore qu'au moment des faits, les personnes morales ne pouvaient pas être poursuivies pénalement en droit italien (§ 266).

**1400.** En l'espèce, les confiscations avaient toutes été ordonnées par un juge pénal en raison de l'illicéité des projets de lotissement ou des constructions au regard de normes supérieures aux autorisations administratives obtenues (§§ 24 à 28, § 70 et §§ 81-82). Aucune personne physique ne fut condamnée, soit faute d'élément moral (§ 28, §§ 71 et 73), soit pour cause de prescription de l'action publique (§ 71 et 73, § 86). L'une des sociétés requérantes, *G.I.E.M. srl* a finalement obtenu l'annulation de la confiscation et la restitution de son terrain en raison de l'arrêt *Sud Fondi srl e.a c. Italie*<sup>2037</sup>, et du fait qu'elle devait être considérée comme tiers de bonne foi (§ 42).

#### **b. La confiscation des constructions illicite est une peine au sens de l'article 7**

**1401.** Entamant son analyse des différents griefs soulevés par celui reposant sur la violation alléguée de l'article 7 de la Convention (§§ 186 et s.), la Cour débute par l'examen de la recevabilité des requêtes. Elle recherche à cet égard si les confiscations en cause constituent des « peines » au sens de l'article 7 de la Convention.

**1402.** La Cour rappelle que le « point de départ » de son analyse

« consiste à déterminer si la mesure en question a été imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction pénale » (§ 211).

A la lumière notamment de l'arrêt *Welch c. Royaume-Uni*, elle précise que

« d'autres éléments peuvent également être jugés pertinents à cet égard, à savoir la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité » (§ 211).

---

<sup>2035</sup> Elle soutient à juste titre que : « Les dispositions de droit international les plus importantes sur la confiscation sont l'article 37 de la Convention unique de 1961 sur les stupéfiants, telle que modifiée par le Protocole de 1972 à cette convention, l'article 5 de la Convention des Nations unies de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, les articles 77 § 2 b), 93 § 1 k) et 109 § 1 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, établi en 1998, l'article 8 de la Convention internationale de 1999 pour la suppression du financement du terrorisme, l'article 12 de la Convention des Nations unies de 2000 contre la criminalité transnationale, l'article 31 de la Convention des Nations unies de 2003 contre la corruption et l'article 16 de la Convention de l'Union africaine de 2003 sur la prévention et la lutte contre la corruption » (§ 139).

<sup>2036</sup> Nous avons pour notre part pu établir qu'il s'agit en réalité d'un mécanisme bâtarde ne constituant pas une véritable confiscation sans condamnation.

<sup>2037</sup> CEDH, arrêt *Sud Fondi e.a. c. Italie* du 20 avril 2009 et du 10 mai 2012, req. 75909/01.

Elle rappelle également que dans une affaire *Sud Fondi e.a. c. Italie*<sup>2038</sup>, puis dans une affaire *Varvara c. Italie*<sup>2039</sup>, elle avait estimé que la

« confiscation pour lotissement illicite subie par les requérants constituait une peine, malgré le fait qu'aucune condamnation pénale préalable n'avait été prononcée à l'encontre des sociétés requérantes ou de leurs représentants » (§ 212)<sup>2040</sup>.

**1403.** La Grande Chambre relève ensuite que la mesure de confiscation analysée en l'espèce

- se rattachait à une infraction pénale fondée sur des dispositions générales – bien qu'aucune condamnation pénale préalable n'avait été prononcée à l'encontre des sociétés requérantes ou de leurs représentants – et que même si ce n'était pas le cas, ce seul critère ne pourrait exclure la qualification de peine au risque de permettre aux Etats « d'infliger des peines sans les qualifier comme telles, privant ainsi les individus des garanties offertes par l'article 7 § 1 » (§§ 215 à 219 – critère de l'infliction de la mesure à la suite d'une condamnation du chef d'une infraction pénale) ;
- est qualifiée de « sanction pénale » en droit interne (§§ 220 et 221 – critère de la qualification en droit interne) ;
- a une nature et un but punitifs, comme l'a confirmé la Cour de cassation italienne et le Gouvernement ; elle est d'ailleurs obligatoire sans être soumise à la preuve d'un préjudice réel ou d'un risque concret pour l'environnement (§§ 222 à 226 – critère de la nature et du but de la mesure) ;
- est « particulièrement lourde et intrusive » vu son assiette très étendue et l'absence d'indemnisation (§ 227 – critère de la gravité des effets de la confiscation) ;
- a été ordonnée par les juridictions pénales qui agissaient de manière autonome par rapport à l'autorité administrative (§§ 228 à 232 – critère de la procédure d'adoption et d'exécution).

Elle en conclut qu'il s'agit en conséquence d'une peine au sens de l'article 7, ce qui entraîne l'applicabilité de cette disposition « même en l'absence de procédure pénale au sens de l'article 6 ». Elle précise encore que ce constat ne fait pas obstacle à l'imposition de peines au terme de procédures non pénales par les autorités nationales (§ 233).

**1404.** Cette décision, adoptée à la majorité simple, a été commentée – et critiquée – par d'autres juges dans des opinions séparées, qui méritent d'être analysées.

### **c. Une prise de position qui ne fait pas l'unanimité**

**1405.** Nous synthétisons et critiquons dans un premier temps l'opinion de la Juge *Motoc*, qui met en évidence le changement de perspective qu'opère la majorité (1). Ensuite, nous revenons sur les critiques acerbes formulées par les juges Spano et Lemmens (2).

---

<sup>2038</sup> CEDH, décision *Sud Fondi e.a. c. Italie* du 30 août 2007, req. 75909/01.

<sup>2039</sup> CEDH, arrêt *Varvara c. Italie* du 29 octobre 2013, req. 17475/09.

<sup>2040</sup> Elle précise que cette décision était fondée « sur la circonstance que la confiscation litigieuse se rattachait à une "infraction pénale" fondée sur des dispositions juridiques générales, que le caractère matériellement illégal des lotissements avait été constaté par les juridictions pénales, que la sanction prévue à l'article 19 de la loi no 47 de 1985 visait pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération de manquements aux conditions fixées par la loi, que le code de la construction de 2001 classait parmi les sanctions pénales la confiscation pour lotissement abusif et, enfin, que la sanction présentait une certaine gravité » (§ 212).

## (1) La majorité a refusé de lier procédure pénale et imposition d'une peine

**1406.** Dans son opinion concordante, la Juge *Motoc* soutient que la jurisprudence *Sud Fondi – Varvara – G.I.E.M.* constitue un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour quant à l'applicabilité de l'article 7. Elle indique en effet qu'

« auparavant, il existait une jurisprudence selon laquelle la confiscation de biens appartenant à A dans le cadre d'une procédure pénale dirigée contre B n'équivalait pas à l'ouverture d'une procédure pénale contre A : par conséquent, A ne pouvait invoquer le volet pénal des articles 6 ou 7 – en revanche, il pouvait invoquer le volet civil de l'article 6 ainsi que l'article 1 du Protocole no 1. ».

**1407.** Elle invoque à cet égard plusieurs affaires : *Agosi c. Royaume-Uni*<sup>2041</sup>, *Air Canada c. Royaume-Uni*<sup>2042</sup>, *CM c. France*<sup>2043</sup> ainsi que *Yildirim c. Italie*<sup>2044</sup>. Ces dernières concernent toutes des confiscations prononcées à l'égard de biens appartenant à des personnes dont la responsabilité pénale n'avait pas été engagée et *a fortiori* constatée. La commission d'une infraction n'y faisait en outre aucun doute et, à l'exception de l'affaire *Air Canada c. Royaume-Uni*<sup>2045</sup>, avait conduit à la condamnation de leur(s) auteur(s). Dans la première, que nous avons déjà analysée, les biens confisqués étaient l'objet de l'infraction – des kruegerrands illégalement importés au Royaume-Uni. Dans les autres, il s'agissait de l'instrument de l'infraction – des moyens de transport utilisés pour commettre l'infraction.

**1408.** Contrairement à l'affaire *G.I.E.M. e.a. c. Italie*, les confiscations en cause dans *Agosi c. Royaume-Uni* et *Air Canada c. Royaume-Uni* ont cependant été prononcées au terme d'une procédure non pénale initiée par les autorités douanières. Par ailleurs, aucun grief n'avait été pris de la violation de l'article 7. La Cour y avait en substance constaté que les requérants n'avaient pas fait l'objet d'une accusation en matière pénale – ce qui était vrai –, de sorte que le volet pénal de l'article 6 n'était pas applicable. Il ne nous apparaît pas que l'on puisse en déduire un argument concernant l'applicabilité de l'article 7, d'autant que la Cour a pris une décision similaire en l'espèce<sup>2046</sup>.

**1409.** Bien que la confiscation litigieuse dans la décision *C.M. c. France* avait été prononcée par une juridiction pénale, elle se rapproche en réalité à l'analyse de celles en cause dans les affaires *Agosi* et *Air Canada*. Elle découle en effet également du droit douanier et s'impose dès lors qu'un moyen de transport a été utilisé pour importer illégalement des biens sur le territoire national. Ordonnée par une juridiction pénale, le propriétaire de bonne foi pouvait néanmoins obtenir la restitution de son véhicule devant une juridiction civile distincte. Pour écarter l'application du volet pénal de l'article 6, la Cour y invoque de surcroît les arrêts *Agosi c. Royaume-Uni* et *Air Canada c. Royaume-Uni*, rappelant qu'elle avait jugé que

<sup>2041</sup> CEDH, arrêt *Agosi c. Royaume-Uni* du 24 octobre 1986, req. 9118/80.

<sup>2042</sup> CEDH, arrêt *Air Canada c. Royaume-Uni* du 5 mai 1995, req. 18465/91.

<sup>2043</sup> CEDH, décision *CM c. France* du 26 juin 2001, req. 28078/95.

<sup>2044</sup> CEDH, décision *Yildirim c. Italie* du 10 avril 2003, req. 38686/02.

<sup>2045</sup> Dans cette affaire, une grande quantité de stupéfiants avait été illégalement importée au Royaume-Uni (§ 7).

<sup>2046</sup> Voy. le paragraphe 268 de l'arrêt ainsi que les décisions rendues sur la recevabilité des requêtes de différentes parties, qui seront ensuite à la Grande Chambre, CEDH, décision *Falgest S.R.L. et Girona. c. Italie* du 30 avril 2013, req. 19029/11 et décision *Hotel Promotion Bureau S.R.L. e.a. c. Italie* du 5 juin 2012, req. 34163/07.

« la confiscation des biens en question par le tribunal interne découlait d'un délit commis par une autre partie et que des poursuites pénales, relatives à cette infraction, n'avaient pas été ouvertes contre la requérante. Celle-ci avait certes pâti, dans ses droits patrimoniaux, de ces mesures, mais on ne pouvait en conclure pour autant qu'elle eût fait l'objet d'une "accusation en matière pénale" aux fins de l'article 6 ».

Elle juge donc dans cette affaire également le volet pénal de l'article 6 inapplicable sans se prononcer sur une violation éventuelle de l'article 7, non invoqué par le requérant<sup>2047</sup>. La comparaison opérée par la Juge *Motoc* est donc à nouveau peu opportune.

**1410.** Elle l'est davantage en ce qui concerne l'affaire *Yildirim c. Italie*. A la différence des affaires précitées, la nature pénale de la confiscation n'y est en effet pas douteuse, puisqu'elle avait été ordonnée par le juge pénal, et qu'elle portait sur un véhicule loué par des trafiquants d'êtres humains pour transporter des personnes en situation irrégulière sur le territoire. Le propriétaire du véhicule n'avait pas fait l'objet de poursuites mais n'en avait pas obtenu la restitution comme il le sollicitait. Le tribunal estima en effet qu'il n'avait pas démontré son absence de lien avec l'infraction, soit en d'autres termes, sa bonne foi. La Cour de cassation italienne confirma cette décision, indiquant notamment que le requérant n'avait pas fait preuve d'une diligence suffisante pour s'assurer que son bien ne serait pas utilisé à des fins d'immigration clandestine. Il saisit la Cour d'un recours sur pied de l'article 1<sup>er</sup> du PPAC ainsi que des articles 6 et 7 de la Convention. La Cour estima tout d'abord que la confiscation constituait certes une ingérence dans le droit du requérant de jouir de son bien mais qu'elle était prévue par la loi, poursuivait un but légitime et n'était pas disproportionnée. Elle insista à cet égard sur la possibilité qui lui était offerte de démontrer sa bonne foi, sans qu'une présomption irréfutable ne lui soit opposée. La Cour jugea ensuite que le volet pénal de l'article 6 n'était pas applicable puisqu'aucune accusation n'avait été portée contre le requérant, se référant notamment aux arrêts *Agosi c. Royaume-Uni* et *Air Canada c. Royaume-Uni*. Enfin, concernant l'article 7, la Cour indiqua que :

« La Cour doit d'abord déterminer si la confiscation en question constituait une "peine" au sens de l'article 7 § 1 de la Convention. Le libellé de cette disposition indique que le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une « infraction » (voir *Welch c. Royaume-Uni*, arrêt du 9 février 1995, série A no 307-A, p. 13, § 28).

En l'espèce, aucune condamnation pénale préalable n'a été prononcée à l'encontre du requérant par les juridictions italiennes. Par ailleurs, la Cour vient de constater que la procédure relative à la saisie et confiscation de l'autobus ne portait pas sur une « accusation en matière pénale » dirigée contre le requérant.

Dès lors, on ne saurait conclure que la confiscation litigieuse comportait un constat de culpabilité, qui suit une accusation ; elle ne constitue donc pas une « peine » au sens de l'article 7 de la Convention (voir, mutatis mutandis, *M. c. Italie*, no 12386/86, décision de la Commission du 15 avril 1991, Décisions et rapports (DR) 70, pp. 59, 72-77). Cette disposition ne trouve partant pas à s'appliquer en l'espèce. »

---

<sup>2047</sup> Voy. également en ce sens CEDH, arrêt *Silickiene c. Lituanie* du 10 avril 2012, req. 20496/02, §§ 52-54.

La Cour a donc effectivement adopté à cette occasion<sup>2048</sup> une position diamétralement opposée à celle de la Grande Chambre dans l'affaire *G.I.E.M e.a. c. Italie*, en se référant à la jurisprudence relative à la *confisca di prevenzione* que nous avons analysée ci-dessus dans le cadre de l'article 6<sup>2049</sup>.

**1411.** Dans l'affaire *Yildirim*, il est clair que la Cour conditionne l'applicabilité de l'article 7 à la condamnation préalable du requérant. Or, ce n'était manifestement pas le cas puisque le requérant n'était pas poursuivi. A notre sens, cette exigence revient en réalité à ajouter une condition d'application à l'article 7 qu'il ne prévoit pas. En effet, dans les deux affaires, la Cour indique que

« le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une "peine" consiste à déterminer si la mesure en question a été imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction ».

Il n'exige donc pas que cette condamnation ait été prononcée à l'encontre de la personne qui affirme avoir subi la peine.

**1412.** Comme le montre la majorité dans l'arrêt *G.I.E.M.*, la question de savoir si la personne sanctionnée est celle qui a été condamnée se pose en réalité au stade de l'examen du respect de l'article 7, qui exige qu'un élément de responsabilité ait été établi dans son chef (voir not. § 242). Raisonner autrement conduit, comme dans l'affaire *Yildirim*, à dénier la protection de l'article 7 en raison précisément de sa potentielle violation, à savoir l'imposition d'une sanction sans que la responsabilité pénale de la personne en cause n'ait été constatée. Par ailleurs, la majorité établit sans équivoque qu'une sanction pénale au sens de l'article 7 peut avoir été imposée en dehors d'une procédure pénale (§ 255). Bien qu'aucune « accusation » n'ait jamais été formulée à l'encontre des sociétés requérantes, la Cour a ainsi pu constater, à raison selon nous, qu'elles avaient subi une peine et que l'article 7 était par conséquent applicable. Ce faisant, la Grande Chambre montre que s'il existe d'indéniables liens entre articles 6 et 7 de la Convention<sup>2050</sup>, notamment quant aux critères permettant de déterminer si une accusation revêt un caractère « pénal » et si une mesure constitue une « peine », l'inapplicabilité de l'article 6 n'implique pas *de facto* que l'article 7 soit inapplicable également (§ 268).

## **(2) Une conception trop extensive du champ d'application de l'article 7 ?**

**1413.** Dans leur opinion partiellement dissidente, partiellement concordante, les juges *Spano* et *Lemmens* ne se contentent pas pour leur part d'observer une évolution dans la jurisprudence de la Cour comme leur collègue *Motoc*. Ils critiquent vivement la majorité. Ils estiment en effet qu'elle aurait dû juger le grief fondé sur l'article 7 irrecevable pour plusieurs raisons.

---

<sup>2048</sup> Comp. avec CEDH, décision *Valico S.R.L. c. Italie* du 21 mars 2006, req. 70074/01, qui portait sur une amende administrative non précédée d'une condamnation pénale relativement à laquelle l'article 7 a été jugé applicable mais non violé.

<sup>2049</sup> Voy. la sous-section A, 3, c, (1).

<sup>2050</sup> Voy. en ce sens l'arrêt précité CEDH, *A.P., M.P. et T.P c. Suisse* du 29 août 1997, req. 19958/92, §§ 47-48. Dans cette affaire, la Cour semble ainsi mettre en évidence une violation de l'article 7, non invoqué par les requérants, tout en soutenant qu'elle implique également une violation de la présomption d'innocence et donc de l'article 6 § 2.

**1417.** Ils affirment tout d'abord que la Cour devait s'en tenir aux caractéristiques attribuées à la confiscation en droit italien pour la qualifier sur le terrain de la Convention (§ 16). Or, les juridictions internes l'ont toujours considérée comme une « sanction administrative » et non comme une « peine ». D'ailleurs, selon eux,

« il y a de bonnes raisons de le dire : la compétence première d'ordonner la mesure revient à l'administration ; la confiscation, en droit interne, n'est pas tributaire d'une condamnation pour une infraction ; et la confiscation vise au rétablissement de la légalité, c'est-à-dire réparer le dommage causé à l'intérêt général et à la prévention de nouvelles irrégularités. Ce dernier point est à notre avis le plus pertinent, sinon le point déterminant, lorsqu'il s'agit d'apprécier la "nature intrinsèque" de la mesure » (§ 16).

**1418.** Ils insistent ensuite sur le fait que la majorité reconnaît aux paragraphes 215 à 219 de l'arrêt que les confiscations n'ont pas été imposées à la suite de condamnations pour des infractions pénales, ce qui constitue un

« élément très important qui indique clairement que les mesures imposées n'étaient pas des "peines" au sens de l'article 7 de la Convention » (§ 17).

Ils reconnaissent néanmoins que l'article 7 peut être applicable en l'absence de condamnation préalable, comme l'affirme la majorité, « pourvu qu'il existe des arguments convaincants », ce qui n'était cependant pas le cas à leurs yeux (§ 17). Ils estiment ainsi que contrairement à ce que soutient la majorité (§ 218), une mesure ne peut être qualifiée de peine uniquement parce qu'elle se rattache à une infraction pénale fondée sur des dispositions juridiques générales, ce lien étant « trop vague et trop distant » (§ 17). Leur vision est donc totalement opposée à celle de la majorité. A notre estime, les suivre reviendrait néanmoins à sérieusement limiter l'autonomie d'interprétation de la Cour. Cela renforcerait de surcroît le risque, mis en évidence par la majorité, de permettre aux Etats

« d'infliger des peines sans les qualifier comme telles, privant ainsi les individus des garanties offertes par l'article 7 § 1 » (§ 216).

**1428.** Les deux juges dissidents s'attachent ensuite à critiquer chacune des quatre raisons, développées aux paragraphes 220 à 232 de l'arrêt, pour lesquelles la majorité a qualifié la confiscation litigieuse de peine. Premièrement l'inscription de la confiscation sous l'intitulé « sanctions pénales » dans le Code de la construction serait contraire à la jurisprudence interne et le fruit d'une erreur de codification, comme le soutenait le Gouvernement (§ 19). Elle serait par conséquent sans pertinence. Ensuite, contrairement à ce que soutient la majorité, la confiscation n'aurait pas de caractère punitif (§ 20). La jurisprudence interne postérieure à l'arrêt *Sud Fondi e.a. c. Italie*, aurait certes imposé le respect des garanties de l'article 7 mais ce faisant, les tribunaux italiens auraient uniquement voulu mettre en œuvre l'arrêt de la Cour sans revenir sur leur position, selon laquelle la confiscation en cause n'a pas de caractère punitif (§ 20). Le Gouvernement ne l'aurait pas davantage reconnu devant la Cour (§ 20). De plus, l'obligation de prononcer la confiscation qu'il y ait ou non un danger réel ou un risque concret pour l'environnement ne lui conférerait pas de caractère punitif<sup>2051</sup>. La confiscation en cause ne serait finalement qu'une mesure administrative non punitive parmi d'autres visant à rétablir la

---

<sup>2051</sup> Ces deux derniers arguments paraissent cependant entrer en contradiction avec la position qu'aurait adoptée de la Cour de cassation italienne en reconnaissant le caractère punitif de la confiscation (§ 121).



légalité, et à laquelle le législateur n'a attaché aucune visée punitive (§ 20). Par ailleurs, si les deux juges ne contestent pas le caractère particulièrement « lourd et intrusif » de la confiscation, ils rappellent que la Cour a déjà jugé, notamment à l'occasion de l'arrêt *Welch c. Royaume-Uni*, que

« la gravité de la mesure n'est (...) pas décisive en soi, puisque de nombreuses mesures non pénales de nature préventive, tout comme des mesures devant être qualifiées de pénales, peuvent avoir un impact substantiel sur la personne concernée » (§ 21).

La majorité ne nous paraît cependant pas s'être écartée de sa jurisprudence à cet égard, étant donné que la gravité de la mesure ne constitue qu'un élément parmi d'autres l'ayant conduite à qualifier la confiscation de peine. Enfin, le fait que la confiscation soit ordonnée par une juridiction pénale ne serait pas non plus décisif car il n'est pas rare que le juge pénal rende des décisions non pénales, comme lorsqu'il se prononce sur les intérêts civils (§ 22). La majorité aurait donc dû aller au-delà des apparences pour appréhender le particularisme de ce mécanisme de confiscation en droit italien.

**1435.** Enfin, la majorité n'aurait pas répondu à la « substance » de l'argument du Gouvernement, selon lequel le juge pénal se substituait en réalité à l'administration et qu'une décision de confiscation en cas de lotissement illicite a donc le même contenu, produit les mêmes effets et revêt en conséquence la même nature (non punitive), quelle que soit l'autorité qui en est l'auteur (§ 22). Selon nous, la majorité s'attache au contraire à distinguer la mission du juge pénal de celle de l'administration en la matière, ainsi que l'étendue de leurs missions respectives (§§ 229 à 232).

**1437.** Les critiques des juges *Spano* et *Lemmens* mettent sans aucun doute en lumière l'existence d'une profonde différence de vue sur le plan idéologique, ou « politique », au sein de la Cour. Elles ne remettent cependant pas en cause la grille d'analyse adoptée par la majorité, sous réserve cependant du critère portant sur le rattachement à une infraction pénale fondée sur des dispositions juridiques générales, qu'ils estiment trop vague. Ils partagent néanmoins l'opinion de la majorité suivant laquelle l'absence de condamnation pénale préalable n'exclut pas *de facto* l'existence d'une peine.

#### **d. La peine de confiscation des constructions illicites ne méconnaît pas l'article 7 mais ne peut toucher le tiers innocent**

**1438.** Sur le fond, pour apprécier si l'article 7 a été respecté, la Cour indique que sa tâche consiste à examiner si les mesures de confiscation étaient

« conditionnées par l'existence d'un élément moral »

et

« si ces mesures pouvaient être appliquées sans être précédées de condamnations formelles et sans que les sociétés n'aient été parties aux procédures en cause » (§ 235)<sup>2052</sup>.

Nous analysons son raisonnement à cet égard ci-dessous étape par étape en le confrontant aux critiques dont il a fait l'objet de la part des juges composant la Grande Chambre.

---

<sup>2052</sup> Elle fait référence à CEDH, arrêt *Sud Fondi e.a. c. Italie* du 10 mai 2012, req. 75909/01.

**(1) L'exigence d'un élément de responsabilité dans le chef de la personne sanctionnée n'est pas absolue ?**

**1439.** La Cour entame son examen par la confirmation de son jugement dans l'affaire *Sud Fondi e.a. c. Italie*<sup>2053</sup> en indiquant que :

« (...) la logique de la peine et de la punition ainsi que la notion de « guilty » (dans la version anglaise) et la notion correspondante de « personne coupable » (dans la version française) vont dans le sens d'une interprétation de l'article 7 qui exige, pour punir, un lien de nature intellectuelle. En effet, ainsi qu'il est expliqué dans l'arrêt *Sud Fondi S.r.l. et autres* (fond, précité), il découle du principe de la légalité des délits et des peines que la loi pénale doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment, de façon à être accessible et prévisible dans ses effets. Un justiciable doit pouvoir savoir, 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 quelles omissions engagent sa responsabilité pénale. Cela implique également qu'une peine au sens de l'article 7 ne se conçoit en principe qu'à la condition qu'un élément de responsabilité personnelle dans le chef de l'auteur de l'infraction ait été établi. Il y a, en effet, ainsi que la Cour de cassation italienne l'a relevé dans l'affaire *Sud Fondi S.r.l. et autres* (voir le paragraphe 112 de l'arrêt de la Cour dans cette affaire), une corrélation évidente entre le degré de prévisibilité d'une norme pénale et le degré de responsabilité personnelle de l'auteur de l'infraction. Aussi la Grande Chambre partage-t-elle les conclusions de la Chambre dans l'affaire *Sud Fondi S.r.l. et autres* selon lesquelles l'article 7 exige, pour punir, un lien de nature intellectuelle permettant précisément de déceler un élément de responsabilité dans la conduite de l'auteur matériel de l'infraction (*ibidem* § 116) » (§ 242, nous soulignons)<sup>2054</sup>.

**1440.** Cependant, l'exigence d'un élément de responsabilité personnelle n'est pas absolue, comme la Cour l'avait déjà jugé à l'occasion de l'arrêt *Varvara c. Italie*<sup>2055</sup>. La Grande Chambre soutient plus précisément que ladite exigence

« ne fait pas obstacle à certaines formes de responsabilité objective opérant à travers des présomptions de responsabilité, à condition que celles-ci respectent la Convention » (§ 243).

La compatibilité de ces régimes d'exception avec l'article 7 doit selon elle, être examinée à la lumière de sa jurisprudence quant à la portée de la présomption d'innocence qui a également pour objectif

« de protéger le droit de toute personne de ne pas se voir infliger une peine sans que sa responsabilité personnelle, y compris un lien de nature intellectuelle avec l'infraction, n'ait été dûment établie » (§ 244).

Cette jurisprudence<sup>2056</sup> peut être synthétisée comme suit

---

<sup>2053</sup> CEDH, arrêt *Sud Fondi e.a. c. Italie* du 10 mai 2012, *op.cit.*, § 116.

<sup>2054</sup> Dans leur opinion, les juges *Spano* et *Lemmens* sont très critiques quant à ce paragraphe, indiquant que : « l'article 7 est avant toute chose une garantie de prééminence du droit limitant la capacité des États contractants à infliger des sanctions pénales de manière rétroactive ou non prévisible. Toutefois, selon nous, il ne limite pas, comme la majorité le conclut aujourd'hui, la latitude dont jouit l'État lorsque son législateur se penche sur la formulation des éléments subjectifs et objectifs de la responsabilité pénale au niveau interne. Autrement dit, et pour être bien clair, l'article 7 n'est pas et n'a jamais été un instrument d'harmonisation du droit pénal matériel parmi les États membres du Conseil de l'Europe. » (§ 26).

<sup>2055</sup> CEDH, arrêt *Varvara c. Italie* du 29 octobre 2013, *op. cit.*, § 70.

<sup>2056</sup> Elle invoque CEDH, arrêt *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, req. 10519/83, §§ 27-28 ; CEDH, arrêt *Janosevic c. Suède* du 23 juillet 2002, req. 34619/97, § 68 ; CEDH, arrêt *Klouvi c. France* du 30 juin 2011, req. 30754/03, § 48.

- les Etats sont libres d'incriminer les comportements accomplis hors de l'exercice normal de l'un des droits protégés par la Convention et d'en définir les éléments constitutifs ;
- ils peuvent ainsi punir « un fait matériel ou objectif considéré en soi, qu'il procède ou non d'une intention délictueuse ou d'une négligence » ;
- par ailleurs, la Convention ne fait pas obstacle en principe à la mise en œuvre de présomptions de fait ou de droit pour autant que les Etats ne dépassent pas « un certain seuil », qui « se trouve dépassé quand une présomption a pour effet de priver une personne de toute possibilité de se disculper par rapport aux faits mis à sa charge, la privant ainsi du bénéfice de l'article 6 § 2 de la Convention » (§ 243).

**1441.** La Cour relève encore que les juridictions italiennes ont « accepté » ce raisonnement en ne prononçant de confiscation en cas de non-lieu pour cause de prescription que « s'il est démontré que l'infraction est constituée tant dans son élément matériel que dans son élément moral » et en s'abstenant de l'infliger à des « des tiers de bonne foi » (§ 245). Au terme de son raisonnement, la Cour juge qu'en l'espèce pour être compatible avec l'article 7, les confiscations litigieuses devaient être prévisibles pour les requérants et ne pouvaient pas leur avoir été « imposées en l'absence d'un lien intellectuel dénotant un élément de responsabilité dans leur conduite » (§ 246).

**(2) Une condamnation formelle n'est pas nécessaire pour prononcer une sanction, sous réserve du respect du droit à un procès équitable**

**1442.** Après avoir posé les bases de son raisonnement, la majorité s'attèle à déterminer si la double exigence de prévisibilité et d'existence d'un lien intellectuel dénotant un élément de responsabilité dans la conduite des requérants, a pu être rencontrée étant donné

- « que a) aucun des requérants n'a fait l'objet d'une condamnation formelle à cet égard, et que
- b) les sociétés requérantes n'ont jamais été parties aux procédures en question » (§ 246).

**1443.** Quant à l'absence de condamnation formelle, la Cour s'appuie sur son arrêt *Varvara c. Italie*<sup>2057</sup> pour affirmer que

- « l'article 7 s'oppose à ce qu'une sanction de nature pénale puisse être imposée à un individu sans que soit établie et déclarée au préalable sa responsabilité pénale personnelle. Sans cela, la présomption d'innocence garantie par l'article 6 § 2 de la Convention serait, elle aussi, méconnue » (§ 251).

Une telle déclaration de culpabilité ne doit cependant pas nécessairement être énoncée dans un « jugement pénal condamnant formellement l'accusé » (§ 252) au terme d'une procédure pénale et peut donc découler d'une procédure administrative (§§ 253 à 255).

**1444.** La Cour opère ensuite une distinction entre d'une part, les personnes morales qui n'étaient pas parties aux procédures ayant conduit au prononcé des confiscations litigieuses et n'ont dès lors pas pu faire l'objet d'une déclaration de responsabilité pénales, et d'autre, M.

---

<sup>2057</sup> CEDH, arrêt *Varvara c. Italie* du 29 octobre 2013, op. cit., §§ 71-72.

*Gironda* qui a été poursuivi sans être condamné en raison de la prescription de l'action publique (§ 257).

**1445.** Elle considère à l'égard de ce dernier qu'en dépit de l'absence de condamnation pour cause de prescription, elle doit avoir égard à la motivation du jugement pour déterminer si sa responsabilité pénale ne s'y trouve néanmoins pas constatée (§ 259). Elle estime en effet qu'elle ne peut s'en tenir à l'absence de condamnation, en raison

« d'une part, de l'importance qu'il y a, dans une société démocratique, à assurer l'Etat de droit et la confiance des justiciables dans la justice, et, d'autre part, de l'objet et du but du régime appliqué par les juridictions italiennes »,

qui est de lutter contre l'impunité qui résulterait du caractère complexe de l'infraction en cause et de délais de prescription relativement courts. (§ 260). Dès lors, sous réserve du respect des droits de la défense garantis à l'article 6, la Grande Chambre

« estime que lorsque les juridictions saisies constatent la réalisation de tous les éléments de l'infraction de lotissement illicite tout en concluant au non-lieu, en raison de la seule prescription, ces constatations s'analysent, en substance, en une condamnation au sens de l'article 7, lequel en pareil cas n'est pas violé. » (§ 261).

Elle juge donc que M. *Gironda* a en l'espèce été condamné et rejette son grief relatif à l'article 7 (§ 262).

**1446.** Parallèlement, elle reconnaît néanmoins que son droit à être présumé innocent a été violé (§§ 314 et s.) Elle invoque pour ce faire d'une part, la portée élargie de la présomption d'innocence qui a pour but

« d'empêcher que des individus qui ont bénéficié d'un acquittement ou d'un abandon des poursuites soient traités par des agents ou autorités publics comme s'ils étaient en fait coupables de l'infraction qui leur avait été imputée » (§ 314) ;

et d'autre part le fait que

« la culpabilité ne saurait être établie légalement dans une procédure clôturée par une juridiction avant l'administration de preuves ou la tenue de débats qui lui auraient permis de statuer sur le fond de l'affaire » (§ 315).

Elle précise que sa jurisprudence montre

« qu'un problème se pose sous l'angle de l'article 6 § 2 de la Convention lorsque la juridiction qui clôt la procédure pour cause de prescription casse simultanément les décisions de relaxe des juridictions inférieures et se prononce sur la culpabilité de l'intéressé » (§ 316).

Elle estime que ce fut le cas pour M. *Gironda* et en conclut à la violation de son droit à être présumé innocent (§ 317).

**1447.** Le rejet du grief fondé sur l'article 7 de M. *Gironda* apparaît donc assez peu cohérent. En effet, la Cour avait affirmé pouvoir tenir compte d'une déclaration de culpabilité figurant dans les motifs d'un jugement déclarant l'infraction prescrite, comme préalable à l'imposition d'une sanction compatible avec l'article 7 (§ 258), pour autant que les droits de la défense garantis à l'article 6 aient été respectés (§ 260). Or, la Cour conclut précisément à la violation de l'article 6 § 2 étant donné notamment que M. *Gironda* n'a pu contester les éléments de responsabilité retenus par la juridiction qui a simultanément déclaré l'infraction prescrite. Dans

cette mesure on comprend mal comment la Cour peut à la fois estimer que les droits de la défense ont été respectés en évaluant la conformité à l'article 7, et soutenir, à raison selon nous, l'opposé sur le terrain de l'article 6.

### (3) Conditionner le respect de l'article 7 au respect de l'article 6 ?

**1448.** Les juges *Sajó, Karakaş, Pinto De Albuquerque, Keller, Vehabović, Kūris* et *Grozev* ont rendu une opinion partiellement dissidente critiquant également ce constat de non-violation de l'article 7.

**1449.** Ils estiment premièrement que la Cour s'est écartée « sans avancer de raisons solides » de la conclusion de l'arrêt *Varvara*, qui portait exactement sur la même problématique (§ 3). Dans ce dernier elle avait en effet imposé deux conditions pour qu'une peine puisse être valablement imposée au regard du principe de légalité en droit pénal : le délai légal de prescription ne peut avoir expiré et une condamnation formelle doit avoir été formulée à l'occasion d'une procédure non forcément pénale par ailleurs<sup>2058</sup>. Or, en l'espèce la majorité dit au paragraphe 258 qu'il suffit qu'il y ait

« en substance (...) une déclaration de responsabilité », ajoutant au paragraphe 261 que les juridictions internes peuvent constater « la réalisation de tous les éléments de l'infraction de lotissement illicite tout en concluant au non-lieu, en raison de la seule prescription » (§ 6).

**1450.** Les juges dissidents s'interrogent par ailleurs quant à la portée de ces affirmations : l'arrêt énonce-t-il un (nouveau) principe ou une exception à celui posé dans l'arrêt *Varvara* ? (§ 8). Selon eux,

« le présent arrêt ne peut être interprété comme fixant un principe qui permettrait l'application d'une peine à la suite d'un constat de culpabilité "substantiel", malgré l'expiration du délai de prescription » (§ 9).

A défaut, il conduirait à un « casse-tête linguistique, voire logique » en imposant d'opérer une distinction entre condamnations substantielles et formelles, la prescription ne faisant obstacle qu'aux secondes (§ 9). Or, la majorité n'a pu vouloir aller dans cette direction en

« faisant de la prescription légale une formalité futile [ce qui] serait une invitation à l'arbitraire » (§ 10).

L'arrêt n'est susceptible par conséquent selon eux que d'énoncer une exception au principe énoncé dans l'arrêt *Varvara* (§ 13)<sup>2059</sup>.

**1451.** Regrettant l'absence d'expression de motifs convaincants pour justifier cette exception, les juges dissidents relèvent que les seules considérations émises par la majorité à l'appui de sa décision de s'écarter de l'arrêt *Varvara* sont formulées au paragraphe 260 de l'arrêt :

---

<sup>2058</sup> CEDH, arrêt *Varvara c. Italie* du 29 octobre 2013, *op. cit.*, §§ 61-73, spéc. § 72.

<sup>2059</sup> Ce que confirmerait selon les juges dissidents l'observation liminaire figurant au paragraphe 155 : « La Cour précise d'emblée que les requêtes en question concernent uniquement la question de la compatibilité avec la Convention de la confiscation sans condamnation au sens de l'article 18 § 1 de la loi no 47/1985, telle qu'intégrée dans l'article 30 § 1 du code de la construction (paragraphe 102 et 106 ci-dessus) ».

« De l'avis de la Cour, il convient de tenir compte, d'une part, de l'importance qu'il y a, dans une société démocratique, à assurer l'État de droit et la confiance des justiciables dans la justice, et, d'autre part, de l'objet et du but du régime appliqué par les juridictions italiennes. À cet égard, il apparaît que ledit régime vise à lutter contre l'impunité qui résulte de ce que, par l'effet combiné d'infractions complexes et de délais de prescription relativement courts, les auteurs de telles infractions échapperaient systématiquement aux poursuites et surtout aux conséquences de leurs méfaits (voir, *mutatis mutandis*, *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], no 39630/09, § 192, CEDH 2012). »

**1452.** Or, ces considérations seraient insuffisantes pour plusieurs motifs<sup>2060</sup>. Tout d'abord, l'article 7 implique par essence une limitation de la capacité des Etats à lutter contre l'impunité, de sorte qu'

« une lutte inconditionnelle contre l'impunité ne saurait en elle-même et par elle-même justifier un assouplissement des droits conventionnels » (§ 16).

Ensuite, la référence à l'arrêt *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*<sup>2061</sup> serait inopportune tant les deux affaires seraient différentes du point de vue des faits et des points de droit soulevés (§ 17). De plus, la « complexité » de l'infraction invoquée par la majorité ne serait pas démontrée et ses caractéristiques n'impliqueraient aucun conflit avec un autre droit garanti par la Convention devant conduire à l'application d'un régime particulier (§§ 18 et 19). Enfin, les Etats disposent de la faculté de prévoir des délais de prescription plus longs, s'ils estiment qu'ils constituent un obstacle à l'exercice des poursuites (§ 20). Les juges soulignent que l'Italie l'a d'ailleurs fait en la matière après les faits en cause, de sorte

« que même à supposer qu'à l'époque des faits il fût excessivement difficile, en raison des brefs délais de prescription fixés par le droit italien, d'engager des poursuites dans les affaires analogues à celles examinées dans le présent arrêt, la cause en est un choix politique de l'État italien qui ne saurait être imputé à M. Gironda » (§ 20).

**1453.** Les sept juges achèvent leur critique de la décision adoptée par la majorité en dénonçant également son « incohérence » intrinsèque (§ 21). Ils relèvent que l'arrêt indique à deux reprises que la Cour doit

« s'assurer que la déclaration de responsabilité pénale respecte les garanties prévues par l'article 7 et qu'elle résulte d'une procédure conforme aux exigences de l'article 6 » (§§ 252 et 261 de l'arrêt).

Or, ils estiment que ce « raisonnement est juridiquement indéfendable et instaure un dangereux précédent » (§ 22). Il conduit à leurs yeux à considérer que la violation de l'article 7 dépend du respect des garanties de l'article 6, « ce qui voudrait dire que le respect de l'article 6 peut

<sup>2060</sup> Voy. également à ce propos l'opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge *Pinto De Albuquerque* (§§ 30 et s.)

<sup>2061</sup> CEDH [GC], arrêt *El Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* du 13 décembre 2012, req. 39630/09. Cette affaire porte sur la problématique des « prisons secrètes de la CIA ». Monsieur *El-Masri* invoqua la violation de plusieurs droits garantis par la Convention mais pas l'article 7. Le passage auquel la Cour fait référence est tiré de son appréciation sur pied de l'article 3 de la manière dont l'enquête avait été menée suite aux allégations de M. *El-Masri*. L'impunité à laquelle fait référence la Cour dans *El-Masri* découlerait donc l'absence de réaction des autorités face à une potentielle atteinte extrêmement grave aux droits fondamentaux du requérant. La problématique est ainsi assez éloignée de l'impunité dont certains délinquants pourraient jouir en raison de délais de prescription trop courts face à des crimes complexes comme l'évoque la Cour dans l'arrêt *G.I.E.M.* Nous partageons donc l'opinion des juges dissidents quant à l'inadéquation du lien établi entre les deux affaires par la majorité.

compenser une violation de l'article 7 », alors que le principe de légalité pose une garantie de droit pénal matériel « qui, logiquement, ne peut dépendre des garanties procédurales » (§ 22). La décision de la majorité en ce qui concerne M. *Gironda* est d'autant plus surprenante qu'elle conclut d'une part à la violation de l'article 6 – qui devrait suivant sa logique entraîner une violation de l'article 7 – et d'autre part au respect de l'article 7 vu notamment l'existence d'une déclaration de responsabilité substantielle. Les juges dissidents affirment enfin

« qu'un problème résultera dans tous les autres cas similaires à celui de M. *Gironda* (...). Une déclaration de culpabilité « substantielle » (et l'imposition consécutive d'une peine de confiscation) lorsque l'action pénale est éteinte emportera toujours violation de l'article 6 § 2, comme la majorité le fait observer au paragraphe 317 (...). Cela veut manifestement dire que pour tous les *fratelli minori di Gironda*, il y aura forcément violation de l'article 6 § 2 et, selon nous, une violation de l'article 7 aussi. Aussi, l'État défendeur ne peut ordonner une confiscation une fois l'infraction prescrite et en l'absence de condamnation formelle, sauf à engager sa responsabilité internationale, à tout le moins sur le terrain de l'article 6 § 2 de la Convention » (§ 24, nous soulignons)<sup>2062</sup>.

#### (4) Le tiers innocent qui n'est pas partie à la procédure ne peut être puni

**1454.** La Grande Chambre parvient à une conclusion opposée à celle relative à M. *Gironda* sur la question de la violation de l'article 7 à l'égard des personnes morales. Rappelons que ces dernières qui disposent en droit italien d'une personnalité morale distincte de celles de leurs administrateurs ou associés (§ 265), ne pouvaient cependant à l'époque des faits, être parties à un procès pénal (§ 266). La Cour en conclut qu'elles étaient des tiers aux procédures en cause (§ 266).

**1455.** Refusant de lever le « voile social » (§§ 267-268), la Cour estime qu'il lui incombe en conséquence

« de trancher la question de l'application d'une sanction pénale prononcée contre des personnes morales alors que ces dernières, en raison de leur personnalité juridique distincte, n'ont été parties à aucune procédure (pénale, administrative, civile, etc) » (§ 269).

Rappelant sa jurisprudence *Varvara c. Italie* elle soutient qu'

« une conséquence d'importance capitale découle du principe de légalité en droit pénal : l'interdiction de punir une personne alors que l'infraction a été commise par une autre » (§ 271).

Cette conclusion s'impose par ailleurs selon elle également à la lumière de la position adoptée dans d'autres affaires relativement à l'article 6 § 2 (§§ 271 et 272).

**1456.** Elle rejette encore l' « allégation » du Gouvernement soutenant que certaines sociétés étaient de mauvaise foi en indiquant que

« rien dans les éléments versés au dossier de l'affaire ne donne à croire que la propriété des biens ait été transférée aux sociétés requérantes par leurs représentants légaux » (§ 273).

---

<sup>2062</sup> Voy. également à ce propos l'opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge *Pinto De Albuquerque* (§ 34).

Il est intéressant de relever qu'elle se réfère sur ce point à l'article 6 de la directive 2014/42/UE. Ce paragraphe, qui paraît constituer un *obiter dictum*, laisse néanmoins perplexe. La Cour a-t-elle voulu montrer que si la mauvaise foi d'une des sociétés requérantes avait été établie, sa position aurait pu être différente sur le terrain de l'article 7 ?

**1457.** A notre sens, cet élément pourrait cependant difficilement remettre en cause la conclusion de son raisonnement, émise sans formuler de réserve quant à la bonne ou à la mauvaise foi du tiers, et selon laquelle

« eu égard au principe selon lequel on ne peut sanctionner une personne pour un acte engageant la responsabilité pénale d'autrui, une mesure de confiscation appliquée, comme en l'espèce, à des personnes physiques ou morales non parties aux procédures est incompatible avec l'article 7 » (§ 274).

### **(5) Une Cour très divisée sur la solution à laquelle la majorité aboutit en l'espèce**

**1458.** Nous avons déjà montré que plusieurs étapes raisonnement de la majorité avait fait l'objet de critiques à nombreux égards, tant des tenants d'une conception plus étroite de l'article 7, que de ceux d'une conception plus étendue. Le résultat auquel parvient la majorité quant à l'interprétation de l'article 7 n'y échappe pas.

**1459.** Selon les juges *Spano* et *Lemmens*, il n'était en effet pas nécessaire « d'interpréter l'article 7 de la Convention hors de son contexte afin d'offrir les garanties nécessaires » à M. *Gironda* et aux sociétés requérantes, qui n'avaient pas été formellement condamnés pour l'infraction en cause, et qui pour ce qui concerne les sociétés n'étaient même pas parties aux procédures pénales. Ces garanties découlaient en réalité déjà de l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel et de l'article 6 § 1 étant donné qu'

« il est clair qu'imposer une mesure de confiscation à une partie à une procédure judiciaire qui n'a pas eu la possibilité de se défendre elle-même ne risque guère d'être considéré comme une atteinte proportionnée au droit au respect des biens [...]. De plus, pareilles procédures seront aussi inévitablement contraires à l'exigence de procès équitable découlant de l'article 6 § 1 de la Convention, que l'application de la mesure de confiscation soit examinée sous le volet civil ou sous le volet pénal de cette disposition » (§ 28).

Ils concluent en soulignant l'« embarras considérable » dans lequel l'interprétation extensive de l'article 7 laisse les juridictions internes (§ 29), après avoir déjà plusieurs fois critiqué l'atteinte portée par la Cour à l'« efficacité » du système italien de protection de l'environnement depuis l'arrêt *Sud Fondi* (§§ 1 et 9).

**1460.** Il nous apparaît qu'il s'agit du cœur de la discorde entre la majorité et les deux juges dissidents. Pour ces derniers, la nécessité de préserver un mécanisme répressif poursuivant un objectif légitime et (présenté comme) efficace aurait ainsi dû primer sur celle de garantir une protection étendue et évolutive des droits fondamentaux. La majorité a néanmoins préféré une forme de compromis en affirmant, d'une part, qu'une sanction ne pouvait être imposée sans constat de responsabilité personnelle, et d'autre part, que cette règle n'était pas absolue et pouvait donc connaître des exceptions.



**1461.** Le juge *Pinto de Albuquerque*, co-signataire de l'opinion partiellement dissidente précitée relative au constat de non-violation de l'article 7 à l'égard de M. *Girona*, a également rédigé une (longue) *opinion en partie concordante, en partie dissidente*. Principalement consacrée au dialogue entre les juges constitutionnels italiens et la Cour, elle critique également la jurisprudence de la Cour en matière de confiscation (§ 61). Regrettant qu'elle ait renoncé à « mettre un peu d'ordre à cet égard » en limitant son arrêt à la seule confiscation urbanistique, le juge *Pinto de Albuquerque* regrette (également) la position contradictoire de la majorité, qui confond garanties procédurales de l'article 6 et garanties matérielles de l'article 7 (§ 62). Il conclut son analyse sur ce point par deux paragraphes qui méritent à nos yeux d'être cités *in extenso* :

« 62. À cet égard, le présent arrêt est dans l'air du temps. Malheureusement, la majorité semble fourvoyée par une approche du droit pénal privilégiant uniquement l'efficacité. Comme cela est souligné dans l'opinion dissidente commune, le paragraphe 260 du présent arrêt ressemble fort à une tentative faite sans conviction d'entériner la *confisca urbanistica senza condanna* sur la base de besoins non négociables de « prévention des infractions » et de lutte contre des « infractions complexes », quoi que cela puisse signifier. Ce type de raisonnement est indissociable de l'amalgame politique idéologiquement rétrograde aujourd'hui dominant, qui est composé d'une approche purement rétributiviste du droit pénal, d'une procédure pénale privilégiant uniquement les intérêts de la police, d'un droit pénitentiaire délibérément durci et justifié par l'argument du « bien mérité » et d'une politique de « crimmigration » réellement inhumaine, sans pour autant offrir la moindre justice pour les victimes de graves infractions telles que la torture. Une jurisprudence aussi liberticide montre le pire visage de l'Europe dans l'histoire récente du droit pénal, comme si *Beccaria* n'avait jamais écrit *Dei delitti e delle pene*.

63. Dans cet état d'esprit erroné, en appliquant l'article 7 à M. *Girona*, la majorité va jusqu'à admettre l'inadmissible dans un État régi par le principe de la primauté du droit : elle troque en effet les garanties de l'article 7, insusceptibles de dérogation, contre les droits reconnus par l'article 6, auxquels il peut être dérogé. Qui plus est, dans son effort apparent pour sauver à tout prix la *confisca urbanistica senza condanna* dans le cas de M. *Girona*, la majorité se contredit. Tout en affirmant que la *confisca senza condanna* n'est admissible sous l'angle de l'article 7 de la Convention que « pour autant que les juridictions en question aient agi dans le strict respect des droits de la défense consacrés par l'article 6 de la Convention », elle conclut à une violation de l'article 6 § 2 de la Convention à l'égard de M. *Girona*, mais à la non-violation de l'article 7. Je ne parviens pas à comprendre pourquoi la majorité n'applique pas son propre critère au cas de M. *Girona*. En l'espèce, les juridictions n'ont pas agi « dans le strict respect » de l'article 6. Par conséquent, en application du critère dégagé par la majorité elle-même, il devrait y avoir violation non seulement de l'article 6, mais aussi de l'article 7. Quoi qu'il en soit, en fin de compte, la *confisca urbanistica senza condanna* n'est pas sauve puisqu'elle méconnaît toujours la présomption d'innocence, comme le reconnaît la Grande Chambre de manière presque unanime. »

Pour des motifs bien différents, l'arrêt de la Grande Chambre est donc très critiqué par ce qui apparaît comme deux courants de pensée opposés au sein de son siège.

**e. Tentative de synthèse des enseignements de l'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie* à propos de l'article 7**

**1462.** Quels enseignements tirés sur le plan de l'article 7 de cet arrêt qui, comme nous l'avons montré, a suscité nombre de critiques au sein-même de la Cour ? Bien que la Cour précise

qu'elle ne se prononce que sur le mécanisme de confiscation de constructions illicites (§ 155), nous n'apercevons pas ce qui justifierait qu'elle applique des critères distincts d'évaluation de l'applicabilité et de la conformité avec l'article 7 aux autres mécanismes de confiscation – sans que cela ne la conduise en revanche nécessairement aux mêmes constats. Nous mettons en évidence les deux apports essentiels de l'arrêt quant à l'applicabilité de l'article 7 (1) et à sa portée (2), d'autre part.

**(1) Applicabilité de l'article 7 : un « point de départ » et des critères similaires aux critères *Engel***

**1463.** Une mesure de confiscation relèvera du champ d'application de l'article 7 si elle constitue une « peine ». Pour le déterminer, il convient d'avoir égard à plusieurs critères. Le « point de départ » de l'analyse consiste à déterminer si la mesure a été infligée à la suite d'une condamnation du chef d'une infraction pénale, le cas échéant au terme d'une procédure non pénale en droit interne. Ce critère n'est cependant pas décisif s'il n'est pas rempli, en ce sens qu'une mesure peut constituer une peine en l'absence de condamnation pénale préalable. A défaut, rappelle la Cour, les Etats pourraient infliger des peines sans les qualifier comme telles et ainsi priver les individus des garanties offertes par l'article 7. Il faut en réalité déterminer si la mesure se rattache à la commission d'une infraction pénale fondée sur des dispositions générales.

**1464.** Ce point ne faisant néanmoins pas l'unanimité au sein de Cour, comme le montre l'opinion des juges *Spano* et *Lemmens*, la Cour a jugé que les critères suivants devaient également être analysés :

- qualification de la mesure en droit interne ;
- nature et objectif de la mesure ;
- sévérité de la mesure ;
- procédure d'adoption et d'exécution de la mesure.

Ces critères d'analyse sont similaires – mais pas identiques – à ceux mis en œuvre pour déterminer si une accusation est de nature pénale au sens de l'article 6. La Cour ne fixe néanmoins *a priori* pas de hiérarchie entre ces « autres éléments » à prendre en compte, alors qu'elle le fait entre les critères *Engel*. Ils sont cumulatifs et non alternatifs, de sorte qu'il n'est pas aisé d'anticiper ce que serait son appréciation face à d'autres mécanismes de confiscation. Retenons que la Grande Chambre établit néanmoins clairement que l'absence de procédure pénale au sens de l'article 6 n'exclut pas *de facto* que la mesure infligée au terme de la procédure non pénale soit une peine au sens de l'article 7.

**1465.** En d'autres termes, le simple constat qu'une personne n'a pas fait l'objet d'une « accusation en matière pénale » ne permet pas d'affirmer qu'il n'a pas subi de peine, et d'ainsi écarter l'application de l'article 7. Comme l'a montré la juge *Motoc*, il s'agit d'une évolution par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour. Elle avait en effet tendance, en matière de confiscation, à écarter l'application de l'article 7 après avoir constaté que le requérant n'avait pas été accusé pénalement et qu'il ne pouvait par conséquent pas avoir subi de sanction pénale. Les tiers à l'infraction sur laquelle se fonde la peine de confiscation de leur bien et les personnes

subissant une mesure de confiscation civile se voyaient en conséquence en principe refuser le bénéfice des garanties de l'article 7.

**1466.** Il découle de ce qui précède que la Cour reconnaît désormais que des personnes non poursuivies et condamnées du chef d'une infraction, sont susceptibles de subir une sanction pénale qui s'y rattache. Ils doivent dans une telle hypothèse bénéficier des garanties (matérielles) offertes par l'article 7, en dépit du fait qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une accusation pénale au sens de l'article 6. Nous revenons sur ces garanties ci-dessous.

**(2) Une peine doit en principe reposer sur le constat d'un élément de responsabilité dans la commission de l'infraction**

**1467.** Il paraît établi que le principe de légalité des délits et des peines implique qu'une peine, au sens de l'article 7, ne se conçoit en principe qu'à la condition qu'un élément de responsabilité personnelle dans le chef de l'auteur de l'infraction ait été préalablement établi. Un lien de nature intellectuelle permettant précisément de déceler cet élément de responsabilité dans la conduite de l'auteur matériel de l'infraction est donc nécessaire.

**1468.** Cette exigence, discutée au sein de la Cour, n'est cependant pas absolue. Des mécanismes de responsabilité objective, fondés sur des présomptions de responsabilité, peuvent en effet être établis. Ils doivent cependant respecter la Convention, et notamment les principes développés à propos de la présomption d'innocence, qui tend également à éviter qu'une personne soit condamnée à une peine sans que sa responsabilité personnelle n'ait été établie. Dans ce cadre, la Grande Chambre a réaffirmé qu'un fait matériel ou objectif pouvait être incriminé en tant que tel, sans qu'il procède d'une intention délictueuse ou d'une négligence. Les Etats peuvent également établir des présomptions de fait ou de droit pour autant, comme la Cour l'avait affirmé dans l'arrêt *Salabiaku c. France* sur le terrain de l'article 6 § 2, qu'ils ne privent pas une personne de toute possibilité de se disculper par rapport aux faits mis à sa charge, la privant ainsi du bénéfice de l'article 6 § 2 de la Convention.

**1469.** Le constat d'un élément de responsabilité personnelle dans le chef de la personne à qui une peine est infligée ne doit par ailleurs pas nécessairement être énoncé dans un jugement pénal condamnant formellement l'accusé ou s'inscrire dans une procédure pénale, mais peut découler d'une procédure administrative conforme aux exigences de l'article 6. Aussi, le jugement d'acquiescement ou de non-lieu pour cause de prescription, dont il ressort des motifs que la personne en cause était coupable de l'infraction, constitue une condamnation substantielle, qui rencontre le prescrit de l'article 7, pour autant que les droits de la défense garantis à l'article 6 aient été respectés. Une sanction telle qu'une confiscation pourrait en conséquence être imposée à la personne qui, dans le respect de l'article 6, a été substantiellement déclarée coupable, sans faire l'objet d'une condamnation formelle en raison par exemple de la prescription de l'action publique. La majorité de la Grande Chambre a en conséquence établi, à cet égard, un lien direct entre le respect des garanties procédurales de l'article 6 et celui de l'article 7. Cet élément est néanmoins, à raison selon nous, très contesté au sein de la Cour.

**1470.** Pour plusieurs juges dissidents, la majorité est en effet revenue, sans justification valable, sur l'arrêt *Varvara c. Italie*, à l'occasion duquel la Cour avait exclu qu'une peine puisse

être infligée en l'absence d'un jugement de condamnation formel et, dans cette mesure, qu'une peine puisse être imposée en cas de prescription de l'action publique. Cependant, il paraît exclu, au regard notamment de l'arrêt analysé, qu'une déclaration de culpabilité substantielle prononcée en dépit de la prescription de l'action publique, puisse être compatible avec la présomption d'innocence dans sa conception large. Dans le cas où la juridiction qui clôt la procédure pour cause de prescription, casse simultanément les décisions d'acquittement des juridictions inférieures et se prononce sur la culpabilité sans débat sur la question, la violation de la présomption d'innocence ne fait d'ailleurs aucun doute.

### **3. Conclusion du chapitre B : l'article 7 comme limite à la décriminalisation de lutte contre la criminalité et le terrorisme ?**

**1471.** Il découle des arrêts *Welch c. Royaume-Uni* et *G.I.E.M. e.a c. Italie* analysés, que la confiscation des produits et des instruments, par nature fondées sur le constat de culpabilité du chef d'une infraction, constitue une peine au sens de l'article 7. Il en est de même de la confiscation élargie qui prend également appui sur une déclaration de culpabilité préalable. A cet égard, la Cour a indiqué sans équivoque dans l'arrêt *Welch c. Royaume-Uni* que l'absence éventuelle de lien entre l'infraction déclarée établie et les biens faisant l'objet de la confiscation, ne pouvait conduire à exclure la qualification de peine, sans qu'un tel dispositif ne méconnaisse par essence l'article 7. L'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie* ne nous paraît pas remettre ce double constat en cause.

**1472.** La confiscation de produits et d'instruments<sup>2063</sup> qui porte sur des avoirs de tiers tombe également dans le champ d'application de l'article 7. Ce dernier s'oppose en principe à qu'un tiers innocent puisse être ainsi sanctionné. En effet, bien que l'exigence de constat d'un élément de responsabilité ne soit pas absolue, il découle de l'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie* que le tiers doit pouvoir se disculper en cas de responsabilité objective ou d'usage de présomptions de fait ou de droit. Son innocence doit en conséquence faire obstacle à la confiscation, sans quoi cette obligation n'aurait aucun sens.

**1473.** Qu'en est-il du tiers de mauvaise foi ? Nous pensons qu'il faut distinguer deux types de situations.

**1474.** Dans les cas où cette mauvaise foi se rapporte à la commission de l'infraction déclarée établie, l'article 7 ne devrait pas faire obstacle à la confiscation. Sa responsabilité aura en effet été engagée, bien qu'elle n'ait pas entraîné de condamnation pénale formelle. Il est néanmoins indispensable dans ce cas qu'il ait pu se défendre, et bénéficier à cette occasion des garanties d'un procès équitable au sens de l'article 6, dont la présomption d'innocence. La confiscation d'avantages patrimoniaux et d'instruments prononcée à charge du condamné mais portant sur des biens appartenant à un tiers, connue en droit belge, ne paraît à cet égard pas entrer en contradiction avec l'article 7. Il est néanmoins indispensable que le tiers ait la possibilité de se

---

<sup>2063</sup> Pour autant que ces instruments ne soient pas dangereux ou illicites par nature, auquel cas la confiscation se rattacherait certes à une condamnation pénale mais ne pourrait à notre estime constituer une peine vu l'absence de caractère punitif.

défendre et de faire valoir sa bonne foi, ce que le droit belge ne permet pas systématiquement, en dépit de interventions en ce sens de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle<sup>2064</sup>.

**1475.** En revanche, si la mauvaise foi se rapporte à un comportement adopté par le tiers postérieurement à la commission de l'infraction, comme le prévoit l'article 6 de la directive 2014/42/UE<sup>2065</sup> ou la procédure d'EPE en droit belge<sup>2066</sup>, la confiscation ne paraît pas compatible avec l'article 7. En effet, dans une telle hypothèse, aucun constat de responsabilité dans la commission de l'infraction déclarée établie n'aura *a priori* été mis en évidence. Bien que cette exigence ne soit pas absolue, à la lumière de l'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie*, les limitations susceptibles d'y être apportées touchent à la démonstration de cette responsabilité et non à la possibilité de se fonder sur un comportement étranger à la commission de l'infraction. Nous pensons donc que les mécanismes de confiscation à l'égard des tiers, déjà problématiques du point de vue de l'article 6 § 2 de la Convention, le sont également du point de vue de l'article 7.

**1476.** Le mécanisme hybride défini à l'article 4 § 2 de la directive repose en réalité sur une déclaration substantielle de culpabilité du chef d'une infraction, une condamnation formelle étant impossible en raison du décès ou de la fuite de l'accusé<sup>2067</sup>. Dans cette seconde hypothèse, sous réserve du respect des garanties de l'article 6, l'article 7 ne fait pas obstacle à la confiscation. En revanche, dans la première, seul un tiers pourra être concrètement touché par la confiscation vu le décès de l'accusé. Ceci implique qu'il subira une peine du fait de la responsabilité d'un autre, ce qu'exclut l'article 6 § 2, comme nous l'avons déjà indiqué, mais aussi l'article 7, à moins que la responsabilité du tiers relativement à la commission de l'infraction ne soit constatée.

**1477.** Dans l'arrêt *Welch c. Royaume-Uni*, la Cour avait affirmé que le caractère préventif d'une mesure n'excluait pas la qualification de peine, étant donné que

« les objectifs de prévention et de réparation se concilient avec celui de répression et peuvent être considérés comme des éléments constitutifs de la notion même de peine » (§ 30).

Ceci ne l'a néanmoins pas empêchée de denier ensuite systématiquement la qualification de peine aux confiscations civiles ou préventives<sup>2068</sup>, ainsi qu'aux sanctions préventives découlant des résolutions du Conseil de sécurité<sup>2069</sup>, en se fondant généralement sur le fait que ces mesures n'impliquaient pas selon elle d'accusation en matière pénale.

**1478.** L'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie* pourrait remettre cette jurisprudence en cause. En effet, bien que ces mesures ne reposent pas sur une condamnation pénale préalable du chef d'une infraction, la Grande Chambre a indiqué que cet élément ne pouvait exclure la qualification de peine (§ 216). En allant au-delà des apparences, ce qu'elle ne paraît néanmoins pas disposée à

---

<sup>2064</sup> Voy. dans la première partie, la sous-section A, 3, c, (4), (c), (ii).

<sup>2065</sup> Voy. dans la première partie, la sous-section A, 2, c, (3), (f).

<sup>2066</sup> Voy. dans la première partie, la sous-section A, 3, c, (4), (a).

<sup>2067</sup> Voy. dans la première partie, la sous-section A, 2, c, (3), (d).

<sup>2068</sup> Voy. avant l'arrêt *Welch*, Comm.dr.hom., décision *M. c. Italie* du 15 avril 1991, req. 12386/86 ou CEDH, arrêt *Raimondo c. Italie* du 22 février 1994, req. 12954/87, § 43 ; et après l'arrêt *Welch*, CEDH, arrêt *Gogitidze e.a. c. Géorgie* du 12 mai 2015, req. 3682/05, § 121 ; CEDH [GC], arrêt *De Tommaso c. Italie* du 23 février 2017, req. 43395/09, § 143.

<sup>2069</sup> C.E.D.H., arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 26 novembre 2013, req. 5809/08.

faire dans ce domaine comme nous l'avons souligné, elle pourrait ainsi notamment relever dans le sens d'une qualification de peine, que ces mesures

- ne visent *a priori* pas des biens intrinsèquement dangereux ce qui ne permet pas d'exclure une portée punitive ;
- s'inscrivent dans de le cadre la répression de la criminalité ou du terrorisme ;
- se rattachent à la commission d'une infraction étant donné que la confiscation civile vise des biens d'origine illicites et le gel préventif des biens destinés à financer le terrorisme ;
- sont d'une gravité certaine pour la personne qui les subit.

**1479.** Un arrêt *Balsamo c. Saint-Marin*<sup>2070</sup> paraît néanmoins exclure que l'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie* puisse conduire à une telle évolution de la jurisprudence. La Cour y refuse en effet, en appliquant les critères développés par la Grande Chambre, de reconnaître la qualité de peine à une mesure de confiscation faisant suite à un acquittement, soutenant notamment qu'elle poursuivait un objectif préventif et non punitif (§§ 62 et s.) Elle met en évidence les éléments suivants :

- la mesure de confiscation était obligatoire même si les biens en cause n'appartenaient pas au condamné ;
- le droit interne la qualifie de préventive ;
- la confiscation tend à prévenir la commission future d'infractions par l'usage de biens illicites et s'inscrit ainsi dans le prolongement des deux conventions adoptées par le Conseil de l'Europe en matière de confiscations ;
- les requérants ont été acquittés faute d'élément moral.

Concernant les autres critères mis en évidence par l'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie* pour déterminer si la confiscation doit être qualifiée de peine, le fait que la confiscation ait été ordonnée par une juridiction pénale ne l'a pas convaincue qu'il s'agissait pour autant d'une peine, étant donné que

*« it is a common feature of several jurisdictions for criminal courts to take decisions of a non-punitive nature as, for example, the possibility for criminal courts to order civil reparation measures for the victim of the criminal act »* (§ 63).

La Cour insiste en revanche sur le fait que la procédure suivie a permis aux requérants de présenter leur défense et a donné lieu à un examen des preuves de l'illicéité des biens en cause, que ces derniers n'ont pu remettre en cause. Dès lors, elle estime que

*« the assessment had been objective and based on relevant evidence in the absence of a successful rebuttal, and therefore must be distinguished from mere suspicions or subjective speculation »* (§ 63).

Elle juge de surcroît que la confiscation n'est pas suffisamment sévère pour tomber sous la qualification de peine, tout en soulignant que ce critère n'est quoi qu'il en soit pas décisif (§ 64). Elle ajoute à cet égard, à la lumière notamment des arrêts *Agosi c. Royaume-Uni*<sup>2071</sup> et *Gogitidze e.a. c. Georgie*<sup>2072</sup> précités, que la confiscation est une mesure qui n'est pas

---

<sup>2070</sup> CEDH, arrêt *Balsamo c. Saint-Marin* du 8 octobre 2019, reqs. 20319/17 et 21414/17.

<sup>2071</sup> Voy. dans cette partie, la sous-section A, 3, d, (1).

<sup>2072</sup> Voy. dans cette partie, la sous-section A, 3, c, (4), (a).

« confined to the sphere of criminal law, but that it is encountered widely in the sphere of administrative law »

et que

« (...) money laundering directly threatens the rule of law as is also evident by the action of the Council of Europe and other international bodies in this field. In particular the Council of Europe Conventions on the matter have bound States to criminalise the laundering of the proceeds of crime and provide for other measures aimed at having a strong criminal policy to combat this growing national and international phenomenon the complexities of which are unprecedented (...). In such circumstances the Court considers that the preventive measure was necessary and appropriate given the public interest involved » (§ 64).

**1480.** Au vu de cette décision, il est donc peu probable que l'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie* puisse conduire à la remise en cause de l'exclusion de l'applicabilité de l'article 7 aux mesures préventives. Leur usage, le cas échéant au travers de procédures administratives, est par ailleurs encouragé par la Cour aux fins de rencontrer les objectifs des conventions adoptées par le Conseil de l'Europe en matière de confiscation<sup>2073</sup>.

**1481.** Notons encore que la confiscation-destruction immédiate de biens saisis connue en droit belge<sup>2074</sup> pourrait à notre sens relever du champ d'application de l'article 7 lorsqu'elle ne porte pas sur des biens intrinsèquement dangereux ou illicites. En effet, dans ce cas, bien que ne reposant pas sur une condamnation pénale, elle se rattache à la commission d'une infraction pénale et présente à notre sens un caractère punitif. Etant donné qu'elle prend place avant la phase de jugement, elle ne repose pas sur un constat de culpabilité même substantiel, ce qui est de nature à faire douter de sa compatibilité avec l'article 7. En effet, bien que le droit des personnes concernées de contester cette mesure soit reconnu en droit belge, à tout le moins en droit commun (art. 28<sup>novies</sup> C.I.Cr.), leur innocence ne leur permettra pas nécessairement d'y faire obstacle.

**1482.** Il découle de ces quelques observations que l'interprétation donnée par la Cour à l'article 7 soulève peut-être davantage de questions qu'elle n'offre de réponses. Il est néanmoins certain que la nature préventive d'une mesure et l'absence d'accusation en matière pénale au sens de l'article 6 n'exclut plus *de facto* la qualification de peine, ce qui met à mal la jurisprudence antérieure de la Cour quant aux confiscations civiles et au gel préventif d'avoirs. L'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie* pourrait également, bien que cela demeure très hypothétique, mettre un frein à la décriminalisation de mesures pourtant très attentatoires aux droits des personnes concernées, et notamment de leur droit de propriété auquel est consacré la section suivante.

---

<sup>2073</sup> Sur la volonté de la Cour de s'aligner sur les objectifs de ces conventions, voy. également CEDH, arrêt *Gogitidze e.a. c. Géorgie* du 12 mai 2015, req. 36852/05, § 105. Sur ces conventions, voy. dans la première partie, les sections A, 1, a à c, (2) et (6).

<sup>2074</sup> Voy. dans la première partie, la sous-section A, 3, c, (3), (b).

## C. Le droit au respect de la propriété privée

**1483.** Le Premier Protocole additionnel à la Convention a été adopté le 20 mars 1952 (ci-après « PPAC »), soit très rapidement après la Convention, et a été largement ratifié<sup>2075</sup>. Son article 1<sup>er</sup>, intitulé « protection de la propriété », dispose 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.

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 ».

**1484.** Cette disposition<sup>2076</sup>, qui garantit « en substance le droit de propriété »<sup>2077</sup> bénéficie à toute personne titulaire d'un « bien », notion autonome

« qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante par rapport aux qualifications formelles du droit interne »<sup>2078</sup>.

**1485.** Elle contient trois normes distinctes :

« la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux Etats le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général (...). Il ne s'agit pas pour autant de règles dépourvues de rapport entre elles. La deuxième et la troisième ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété ; dès lors, elles doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première » (nous soulignons)<sup>2079</sup>.

**1486.** En dépit du fait que l'article 1<sup>er</sup> du PPAC distingue privation de propriété (deuxième règle) et réglementation de l'usage des biens (troisième règle), face à une ingérence éventuelle

---

<sup>2075</sup> Voy. le site internet du Conseil de l'Europe, [www.coe.int/fr/web/conventions/](http://www.coe.int/fr/web/conventions/) (dernière consultation le 7 août 2020). En Belgique, une loi du 13 mai 1955 y porte approbation en même temps qu'à la Convention (*M.B.*, 19 août 1955, p. 5028).

<sup>2076</sup> Pour une synthèse de la jurisprudence de la Cour, voy. Cour européenne des droits de l'homme, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights. Protection of property*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2020 disponible à l'adresse [www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_1\\_Protocol\\_1\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf) (dernière consultation le 7 août 2020).

<sup>2077</sup> CEDH [plénière], arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, req. 6833/74, § 63.

<sup>2078</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* du 11 janvier 2007, req. 73049/01, § 63 et CEDH [GC], arrêt *Bélané Nagy c. Hongrie* du 13 décembre 2016, req. 53080/13, § 73.

<sup>2079</sup> Parmi de nombreux autres, voy. CEDH [GC], arrêt *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* du 11 janvier 2007, req. 73049/01, § 62 ; CEDH [GC], arrêt *Bélané Nagy c. Hongrie* du 13 décembre 2016, req. 53080/13, § 72 ; Voy. également CEDH [GC], arrêt *Lekić c. Slovaquie* du 11 décembre 2018, req. 36480/07, § 92 ; CEDH, *Elif Kizil c. Turquie* du 20 mars 2020, req. 4601/06, § 86.



au droit de propriété<sup>2080</sup>, la Cour met systématiquement en œuvre la même méthode d'analyse<sup>2081</sup> en vérifiant qu'elle

- respecte le principe de légalité excluant tout risque d'arbitraire ;
- poursuit un but légitime d'intérêt général ;
- ménage un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu ;

**1487.** Le premier critère implique

« qu'en plus d'être conformes au droit interne de l'État contractant, en ce compris la Constitution, les normes juridiques sur lesquelles se fonde une privation de propriété doivent être suffisamment accessibles, précises et prévisibles dans leur application »<sup>2082</sup>,

offrant ainsi

« une certaine garantie contre des atteintes arbitraires de la puissance publique »<sup>2083</sup>.

Elles doivent de surcroît

« offrir des garanties procédurales minimales, en rapport avec l'importance du droit en jeu »<sup>2084</sup>.

**1488.** Quant au deuxième critère, la Cour reconnaît que

« les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'"utilité publique" »<sup>2085</sup>.

Il leur

« appartient par conséquent de se prononcer les premières sur l'existence d'un problème d'intérêt général justifiant des mesures portant atteinte au droit au respect des biens »<sup>2086</sup>.

Elles disposent à cet égard d'une large marge d'appréciation, la notion d' « utilité publique » étant extensive, sans cependant pouvoir l'invoquer si elle apparaît comme étant dépourvue de bases raisonnables<sup>2087</sup>.

**1489.** Enfin, pour apprécier le troisième critère,

« la Cour doit se livrer à un examen global des divers intérêts en jeu, en gardant à l'esprit que la Convention a pour but de sauvegarder des droits qui sont "concrets et effectifs". Elle doit aller au-delà des apparences et rechercher la réalité de la situation litigieuse. Cette appréciation peut porter non seulement sur les modalités d'indemnisation applicables – si la situation s'apparente à une privation de propriété – mais également sur la conduite des parties, y compris les moyens employés par l'Etat et leur mise en œuvre »<sup>2088</sup>.

---

<sup>2080</sup> Sur l'existence ou non d'une ingérence, not. CEDH [GC], arrêt *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal* du 11 janvier 2007, req. 73049/01, §§ 79 et s.

<sup>2081</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Beyeleer c. Italie* du 5 janvier 2000, req. 33202/96, §§ 108 et s. ; CEDH [GC], arrêt *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie* du 25 octobre 2012, req. 71243/01, §§ 94 et s. ; CEDH [GC], arrêt *Béláné Nagy c. Hongrie* du 13 décembre 2016, req. 53080/13, §§ 112 et s.

<sup>2082</sup> CEDH [GC], arrêt *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie* du 25 octobre 2012, req. 71243/01, § 97.

<sup>2083</sup> *Ibid.*

<sup>2084</sup> *Ibid.* Voy. également CEDH [GC], arrêt *Lekić c. Slovénie* du 11 décembre 2018, req. 36480/07, § 95.

<sup>2085</sup> CEDH [GC], arrêt *Béláné Nagy c. Hongrie*, 13 décembre 2016, req. 53080/13, § 113.

<sup>2086</sup> *Ibid.*

<sup>2087</sup> *Ibid.*

<sup>2088</sup> CEDH [GC], arrêt *Broniowski c. Pologne* du 22 juin 2004, req. 31443/96, § 151.

A cette occasion, nous verrons que la Cour s'assure que la personne concernée a bénéficié de garanties procédurales suffisantes, bien que l'article 1<sup>er</sup> PPAC n'en prévoit expressément aucune.

**1490.** Le droit de propriété a été et demeure très régulièrement invoqué dans les affaires portant sur une mesure de confiscation ou de saisie. La majeure partie des arrêts que nous avons analysés jusqu'ici en la matière se prononcent en conséquence également sur un grief tiré de sa violation. A l'exception de la confiscation de l'instrument de l'infraction appartenant à un tiers, considérée comme une privation de propriété au sens du paragraphe 2<sup>2089</sup>, les autres types de confiscation ont généralement été considérées comme relevant de la réglementation de l'usage des biens<sup>2090</sup>. La saisie préalable à confiscation, qui constitue quant à elle

« une restriction temporaire à l'usage d'un bien, relève du pouvoir qu'ont les États de réglementer l'usage des biens, conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes »<sup>2091</sup>.

**1491.** Le droit de propriété n'en revanche pas été invoqué dans les deux affaires relatives aux sanctions onusiennes que nous avons étudiées, étant donné que la Suisse n'a pas ratifié le premier Protocole additionnel à la Convention.

**1492.** Nous analysons ci-dessous la jurisprudence de la Cour en la matière relativement aux trois critères précités (1 et 2), avant de conclure (3). Cette analyse sera plus succincte que celle réalisée relativement aux articles 6 et 7 de la Convention, étant donné que la jurisprudence de la Cour est comme nous le verrons constante et cohérente en la matière. Par ailleurs, le type de mesure de confiscation en jeu n'influence pas sa méthode d'analyse. Il n'aura en réalité d'impact que dans le cadre de l'examen du troisième critère précité et traité dans la deuxième section ci-dessous.

### **1. Le respect du principe de légalité et la poursuite d'un objectif légitime**

**1493.** Généralement, les deux premiers critères d'analyse mobilisés par la Cour ne posent pas de réelle difficulté<sup>2092</sup>. La Cour a dans le cadre du deuxième critère par exemple déjà reconnu le caractère légitime d'une mesure de confiscation visant à

---

<sup>2089</sup> CEDH, arrêt *Andonoski c. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"* du 17 septembre 2015, req. 6225/08, § 30 et CEDH, arrêt *B.K.M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi c. Slovenie* du 17 janvier 2017, req. 42079/12, § 38.

<sup>2090</sup> Voy. not. CEDH, *AGOSI c. Royaume-Uni* du 24 octobre 1986, req. 9118/80, § 93 (confiscation de l'objet de l'infraction) ; CEDH, arrêt *Raimondo c. Italie* du 22 février 1994, req. 12954/87, § 29 (confiscation préventive) ; CEDH, arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, req. 41087/98, § 51 (peine de confiscation élargie) ; CEDH, décision *Butler c. Royaume-Uni* du 27 juin 2002, req. 41661/98 (confiscation civile des produits du crime) ; CEDH, décision *Tas c. Belgique* du 12 mai 2009, req. 44614/06 (peine de confiscation de l'instrument de l'infraction).

<sup>2091</sup> Not. CEDH, arrêt *Filkin c. Portugal* du 3 mars 2020, req. 69729/12, § 77.

<sup>2092</sup> Voy. quant au principe de légalité l'analyse réalisée dans CEDH, arrêt *Balsamo c. Saint-Marin* du 8 octobre 2019, reqs. 20319/17 21414/17, § 89 (non-violation) et dans CEDH, arrêt *Sud Fondi e.a. c. Italie* du 20 avril 2009, req. 75909/01, § 137 (violation).

- empêcher que les personnes soupçonnées d'appartenir à un groupe criminel ne s'enrichissent ou n'enrichissent ledit groupe<sup>2093</sup> ;
- lutter contre le trafic de drogue<sup>2094</sup> ;
- combattre le trafic d'êtres humains et l'exploitation d'étrangers en situation précaire<sup>2095</sup> ;
- faire obstacle à l'enrichissement au moyen d'activités criminelles<sup>2096</sup> ;
- combattre la corruption au sein des services publics<sup>2097</sup> ;
- protéger de l'environnement et plus largement par ce biais du bien-être et de la santé des personnes<sup>2098</sup>.

Elle reconnaît d'ailleurs plus largement que l'Etat dispose à cet égard d'une ample marge d'appréciation

« tant pour choisir les moyens à mettre en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif poursuivi »<sup>2099</sup>.

## **2. Trouver un « juste » équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt du justiciable grâce aux garanties procédurales ?**

**1494.** En dépit de la grande variété de mécanismes de confiscations soumis à la Cour, nous n'avons pas décelé de différence notable de méthodologie de l'examen du critère de proportionnalité. Il dépend en réalité de nombreux facteurs et comme la Cour l'a notamment indiqué dans l'arrêt *Agosi c. Royaume-Uni*<sup>2100</sup>, figurent parmi eux l'existence de garanties procédurales permettant d'avoir raisonnablement égard au degré de faute de la personne concernée, et à tout le moins du rapport entre sa conduite et l'infraction éventuellement commise<sup>2101</sup>.

**1495.** La procédure de confiscation doit en outre permettre à la personne concernée d'exposer de manière adéquate sa cause aux autorités compétentes<sup>2102</sup>. Ces dernières doivent quant à elle concrètement rechercher si la mesure de confiscation assure un juste équilibre entre les intérêts en jeu<sup>2103</sup>. A cet égard, la Cour exige généralement qu'elles disposent d'un réel pouvoir d'appréciation, sans quoi elle conclura en principe à la violation du droit de propriété<sup>2104</sup>.

**1496.** La mise en œuvre de présomptions de fait ou de droit, le fait que la confiscation ne s'appuie pas sur une condamnation préalable ou atteigne des tiers ne porte pas, au vu de ces

<sup>2093</sup> CEDH, arrêt *Raimondo c. Italie* du 22 février 1994, req. 12954/87, § 30.

<sup>2094</sup> CEDH, arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, req. 41087/98, § 52.

<sup>2095</sup> CEDH, décision *Tas c. Belgique* du 12 mai 2009, req. 44614/06.

<sup>2096</sup> CEDH, arrêt *Silickienė c. Lituanie* du 10 avril 2012, req. 20496/02, § 65.

<sup>2097</sup> CEDH, arrêt *Gogitidze e.a. c. Géorgie* du 12 mai 2015, req. 36852/05, § 101.

<sup>2098</sup> CEDH [GC], *G.I.E.M. e.a. c. Italie* du 28 juin 2018, reqs. 1828/06 34163/07 19029/11, § 299.

<sup>2099</sup> *Ibid.*, § 294.

<sup>2100</sup> CEDH, *Agosi c. Royaume-Uni* du 24 octobre 1986, req. 9118/80.

<sup>2101</sup> *Ibid.*, § 55 et plus récemment CEDH, arrêt *Paulet c. Royaume-Uni* du 13 mai 2014, req. 6219/08, § 65.

<sup>2102</sup> *Ibid.* ainsi que CEDH [GC], *G.I.E.M. e.a. c. Italie* du 28 juin 2018, reqs. 1828/06 34163/07 19029/11, § 303.

<sup>2103</sup> Not. CEDH, décision *Tas c. Belgique* du 12 mai 2009, req. 44614/06 ; CEDH, arrêt *Paulet c. Royaume-Uni* du 13 mai 2014, req. 6219/08, § 65.

<sup>2104</sup> CEDH, arrêt *Andonoski c. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"* du 17 septembre 2015, req. 6225/08, § 30 et CEDH, arrêt *B.K.M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi c. Slovenie* du 17 janvier 2017, req. 42079/12, § 38. Voy. également sur cette question CEDH, *AGOSI c. Royaume-Uni* du 24 octobre 1986, req. 9118/80, § 67 et s.

principes, atteinte en tant que tels à l'équilibre procédural. La Cour a en effet indiqué sans équivoque à cet égard que :

« (...) *that common European and even universal legal standards can be said to exist which encourage, firstly, the confiscation of property linked to serious criminal offences such as corruption, money laundering, drug offences and so on, without the prior existence of a criminal conviction. Secondly, the onus of proving the lawful origin of the property presumed to have been wrongfully acquired may legitimately be shifted onto the respondents in such non-criminal proceedings for confiscation, including civil proceedings in rem. Thirdly, confiscation measures may be applied not only to the direct proceeds of crime but also to property, including any incomes and other indirect benefits, obtained by converting or transforming the direct proceeds of crime or intermingling them with other, possibly lawful, assets. Finally, confiscation measures may be applied not only to persons directly suspected of criminal offences but also to any third parties which hold ownership rights without the requisite bona fide with a view to disguising their wrongful role in amassing the wealth in question* » (nous soulignons)<sup>2105</sup>.

Dans de tels cas de figure, la Cour recherchera néanmoins si la procédure a permis aux personnes concernées de se défendre, le cas échéant avec l'aide d'un conseil, en disposant des facilités nécessaires pour ce faire<sup>2106</sup>. Bien qu'elle n'exige pas la preuve au-delà du doute raisonnable du caractère illicite des biens soumis à confiscation, il apparaît que de simples suspicions d'illicéité ne soient pas suffisantes<sup>2107</sup>.

**1497.** Dans l'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie*<sup>2108</sup>, la Cour a par ailleurs refusé de considérer que la violation de l'article 7 déjà constatée ait

« automatiquement pour conséquence que les confiscations litigieuses étaient dépourvues de base légale et donc ont enfreint l'article 1 du Protocole no 1, eu égard aux conclusions ci-dessous sur les points de savoir si ces confiscations poursuivaient un but légitime et étaient proportionnées » (§ 294).

Sur ce dernier point, elle jugea que le caractère automatique de la confiscation en cause

« ne permet pas au juge d'évaluer quels sont les instruments les plus adaptés aux circonstances spécifiques de l'espèce et, plus généralement, d'effectuer une mise en balance entre le but légitime sous-jacent et les droits des intéressés touchés par ladite sanction » (§ 303).

**1498.** Nous avons enfin pu constater<sup>2109</sup> que la Cour s'oppose à la confiscation obligatoire, sans compensation, des instruments de l'infraction appartenant à des tiers de bonne foi, estimant que dans ces circonstances, la procédure leur imposait une charge excessive<sup>2110</sup>. Ceci ne signifie néanmoins pas qu'elle s'oppose par principe à la confiscation de biens ayant servi à la commission d'infraction au préjudice de tiers de bonne foi. Dans une affaire portant sur la confiscation d'un camion utilisé dans le cadre d'un trafic de stupéfiants, elle a ainsi indiqué

---

<sup>2105</sup> CEDH, arrêt *Gogitidze e.a. c. Géorgie* du 12 mai 2015, req. 36852/05, § 105. Voy. également CEDH, arrêt *Balsamo c. Saint-Marin* du 8 octobre 2019, reqs. 20319/17 21414/17, §§ 91 et s.

<sup>2106</sup> *Ibid.*

<sup>2107</sup> *Ibid.*

<sup>2108</sup> CEDH [GC], *G.I.E.M. e.a. c. Italie* du 28 juin 2018, reqs. 1828/06 34163/07 19029/11.

<sup>2109</sup> Voy. précédemment Ch. II, A, 3, d.

<sup>2110</sup> CEDH, arrêt *Andonoski c. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"* du 17 septembre 2015, req. 6225/08, § 35 et CEDH, arrêt *B.K.M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi c. Slovenie* du 17 janvier 2017, req. 42079/12, §§ 39 et s.

qu'imposer une telle charge au tiers était possible, pour autant que son propre intérêt à la restitution de son bien était surpassé par le risque qu'il puisse à nouveau servir au trafic et porter atteinte à la lutte contre la criminalité<sup>2111</sup>.

**1499.** En matière de saisies préalables à confiscation, la Cour recherchera également à déterminer, comme nous l'avons déjà relevé<sup>2112</sup>, si les personnes concernées ont disposé d'un recours effectif leur permettant de la combattre<sup>2113</sup>. Elle estime qu'elles devraient ainsi à tout le moins être informées d'existence d'une saisie et de sa reconduction ainsi que de sa levée éventuelles, et des principaux motifs qui les sous-tendent. A défaut, elles ne pourraient espérer les contester efficacement, notamment en faisant valoir sa bonne foi. Face à ce type de mesures, la Cour portera également une attention particulière à la durée de la procédure, faisant application des principes développés dans le cadre de l'article 6 § 1<sup>2114</sup>.

**1500.** Sans surprise, au vu de ce qui précède, la Cour ne remet pas en cause sa jurisprudence bienveillante à l'égard de la confiscation au travers de l'article 1<sup>er</sup> PPAC. Elle a au contraire tendance à insister sur l'intérêt public majeur à combattre la criminalité au détriment de l'intérêt individuel au respect du droit de propriété. Il est ainsi peu probable qu'un dispositif conforme à l'article 6 et à l'article 7 puisse entraîner un constat de violation du droit de propriété. Nous avons vu que l'inverse n'est en revanche pas vrai.

#### **D. Conclusion de la partie II : des droits fondamentaux sacrifiés sur l'autel de l'efficacité de la lutte contre la criminalité et le terrorisme**

**1501.** Ce chapitre a permis de démontrer que les juges strasbourgeois ont accompagné les évolutions du droit des confiscations au sein du Conseil de l'Europe, et ce faisant y ont contribué. La Cour ne s'en cache d'ailleurs pas, mettant régulièrement en évidence la nécessité de lutter contre la criminalité et le terrorisme, ou de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, au détriment des droits dont elle a pour mission de garantir l'effectivité. Sa bienveillance s'est manifestée à plusieurs égards.

**1502.** Tout d'abord, elle a approuvé les dispositifs de confiscation reposant sur un allègement de la charge de la preuve des autorités compétentes au moyen de présomptions légales, non seulement quant à l'évaluation du *quantum* de la confiscation mais aussi quant à l'origine ou à la destination illicite du bien concerné. Aussi, les modèles de confiscation des produits et de confiscation élargie élaborés par l'Union européenne et par le législateur belge sont essentiellement compatibles avec sa jurisprudence en la matière. La Cour ne voit en outre pas d'obstacle de principe à la mise en œuvre de mesures préventives de confiscation des produits et de gel d'avoirs terroristes. Dans ce dernier cas, pour ne pas entrer en conflit avec la nécessité de préserver paix et sécurité internationales, elle n'a pas hésité à affirmer que le droit à un procès équitable se bornait à garantir à la personne concernée un recours contre l'arbitraire.

---

<sup>2111</sup> CEDH, arrêt *B.K.M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi c. Slovenie* du 17 janvier 2017, req. 42079/12, § 47.

<sup>2112</sup> Voy. précédemment dans cette seconde partie, la sous-section A, 3, e.

<sup>2113</sup> CEDH, arrêt *Filkin c. Portugal* du 3 mars 2020, req. 69729/12, §§ 87 et s.

<sup>2114</sup> *Ibid.*, §§ 91 et s.

**1503.** Ensuite, la Cour ne s'est pas opposée, comme elle a pu le faire dans le passé en développant une conception autonome et extensive de la notion d' « accusation en matière pénale », à la décriminalisation des outils de lutte contre la criminalité et le terrorisme. Refusant de reconnaître un caractère pénal aux mesures préventives de confiscation et de gel, elle a *de facto* avalisé une conception plus étroite de la présomption d'innocence dans sa dimension interne. Elle fait preuve sur ce point d'une certaine constance puisqu'elle a également pris cette direction en matière de confiscation élargie. En d'autres termes, la Cour a consacré la fiction selon laquelle ces mécanismes visent des biens et n'ont pas de portée punitive, de même que celle selon laquelle confisquer des biens ne provenant pas de l'infraction déclarée établie ne revient pas à accuser le condamné d'avoir commis d'autres infractions. Sa jurisprudence récente montre de surcroît une tendance à limiter la portée externe de la présomption d'innocence en interprétant de manière très étroite le concept de procédures liées à la procédure pénale, ou en « oubliant » celui de procédures parallèles à la procédure pénale.

**1504.** N'en étant pas à une fiction près, s'inscrivant dans le sillon tracé par son homologue luxembourgeoise, la Cour soutient par ailleurs l'idée qu'en appliquant des sanctions internationales non conformes aux droits fondamentaux, comme celles visant Al-Qaida et l'EIIL, les Etats ont concrètement la capacité de garantir un procès équitable aux personnes concernées. Ils ne disposent pourtant pas du pouvoir de déterminer qui doit être sanctionné et de quelle manière, tout en étant contraints de mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité et de ses organes subsidiaires. Les régimes de sanctions mettent en réalité la Cour dans une situation délicate. En effet, si elle constatait leur incompatibilité intrinsèque avec les droits garantis par la Convention, elle devrait trancher le conflit entre les obligations découlant des résolutions du Conseil de sécurité et la Convention. Or, dans ce cas, elle n'aurait que deux options : reconnaître la primauté du droit onusien sur la Convention ou entrer en résistance en refusant de s'y soumettre ; deux voies ne pouvant conduire qu'à la défiance des Etats parties à son égard, se trouvant ainsi pris entre le marteau et l'enclume.

**1505.** Par ailleurs, tout en reconnaissant un champ d'application relativement large à l'article 7 au bénéfice des tiers, la Cour a corrélativement accepté qu'une peine puisse être infligée en l'absence de condamnation formelle, ouvrant la voie à la possibilité de confisquer des biens en dépit de la prescription de l'action publique, voire du décès de l'accusé. En conditionnant la compatibilité d'une telle peine avec les garanties substantielles de l'article 7, au respect des garanties procédurales de l'article 6, la Cour s'est en outre engagée dans une voie particulièrement dangereuse. Il est néanmoins difficile de prévoir la portée qu'aura l'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie* vu son manque de cohérence interne, d'une part, et l'absence de consensus au sein de la Cour, d'autre part. Il semble néanmoins déjà clair qu'il ne conduira pas à l'application de l'article 7 aux mesures préventives à court terme.

**1506.** Souvent invoqué, l'article 1<sup>er</sup> PPAC a quant à lui montré son utilité pour les justiciables en matière de saisie préalable à confiscation, mais bien moins en matière de confiscations. Quand une ingérence au droit de propriété tend à combattre le crime, la balance des intérêts penchera, en effet, souvent vers l'intérêt public, ce qui n'est d'ailleurs pas sans rappeler la

jurisprudence de la Cour quant à l'équité de la procédure pénale sous l'angle de l'article 6<sup>2115</sup>. Par ailleurs, si la Cour n'a pas encore eu l'occasion de le confronter au gel préventif d'avoirs terroristes, la manière dont le juge européen l'a appréhendé, à la lumière de de la jurisprudence relative à l'article 1<sup>er</sup> du PPAC, permet de douter qu'il puisse permettre sa remise en cause<sup>2116</sup>

**1507.** Enfin, notre analyse a plus généralement démontré qu'une conception étroite de garanties aussi fondamentales que la présomption d'innocence et l'interdiction d'être puni sans avoir été préalablement déclaré coupable d'une infraction, s'était imposée au sein de la Cour pour accompagner voire encourager les développements du droit des confiscations. Quelques juges rebelles montrent néanmoins régulièrement qu'une autre voie est possible vu la richesse de la Convention et de la jurisprudence de la Cour. Leurs appels à allier droits fondamentaux et lutte contre la criminalité et le terrorisme n'ont cependant pas le même écho que la doctrine selon laquelle l'efficacité de cette lutte nécessite de prendre des libertés avec des droits fondamentaux pour tout Etat de droit.

---

<sup>2115</sup> Voy. notamment CEDH [GC], arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, req. 54810/00, § 97 ainsi que dans cette seconde partie, la sous-section A, 2, b, (3), (a)

<sup>2116</sup> Voy. dans la première partie, la sous-section B, 2, b, (3).





## **Conclusion générale : redonner leur place aux droits fondamentaux dans la lutte contre la criminalité et le terrorisme**

**1508.** Le droit contemporain des confiscations est né d'un constat d'échec : les peines privatives de liberté ne permettent pas à elles seules de combattre efficacement les groupes criminels organisés. Pour en sanctionner les membres et les soutiens, ainsi – et peut-être surtout – que pour les affaiblir et dissuader ceux qui seraient tenter de les rejoindre, il fallait également les priver de leurs biens. La confiscation des produits du crime et l'incrimination du blanchiment de capitaux se sont en conséquence imposées depuis les années 1980, comme les étendards de la lutte contre la criminalité aux plans international, européen et belge.

**1509.** Un nouveau constat d'échec a conduit les autorités publiques à aller plus loin : le dispositif pénal « classique » ne permet pas de prévenir la commission d'infractions, et notamment d'actes de terrorisme. En d'autres termes, les autorités publiques devraient pouvoir anticiper et non plus seulement réagir. Pour ce faire, elles devraient être en mesure de retirer de la circulation les avoirs qui pourraient servir à commettre des infractions, avant qu'elles n'aient lieu et ce, qu'ils soient ou non d'origine illicite. La confiscation civile ou préventive poursuit cet objectif, tout comme le gel préventif d'avoirs terroristes. En dépit de leurs différences, ces mécanismes ont en commun de s'émanciper des contraintes du droit pénal en faisant l'économie d'un constat de culpabilité préalable à l'imposition de mesures aux effets pourtant identiques, ou à tout le moins très semblables, à ceux d'une peine de confiscation. Corrélativement, ils tendent à faire basculer le débat juridique sur le terrain du droit administratif, privant ainsi le justiciable des garanties qu'offre la procédure pénale. Le droit à un procès équitable et le droit de ne pas être sanctionné à défaut de constat préalable de culpabilité sont ainsi sérieusement impactés.

**1510.** Au cours de cette évolution, guidée par l'Exécutif et des experts dont ceux du GAFI, les droits fondamentaux ont été peu considérés et, lorsqu'ils l'ont été, ils étaient généralement perçus comme des obstacles à l'efficacité de la lutte contre la criminalité et le terrorisme. Face au pouvoir exécutif à la manœuvre pour la négociation des conventions internationales et l'élaboration du droit de l'Union européenne ainsi que du droit belge, le pouvoir judiciaire s'est montré très conciliant au prix d'une érosion spectaculaire de garanties pourtant fondamentales.

**1511.** La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est d'ailleurs pas contentée de suivre le mouvement, elle l'a encouragé et influencé. Tout en témoignant son soutien aux initiatives prises par les Etats et la Communauté internationale en matière de confiscation et de gel préventif d'avoirs, elle a bâti une jurisprudence bienveillante manquant toutefois à de nombreux égards de cohérence avec des principes qu'elle avait pourtant patiemment développés depuis sa création. Ce faisant, elle a permis à de nombreux Etats européens, dont la Belgique, de « muscler » leurs dispositifs de confiscation, entraînant l'Union européenne de leur sillage. En refusant d'entrer en confrontation avec les régimes de sanctions onusiens, elle a en outre renoncé à sa mission de garantir le respect, par les Etats parties, des engagements découlant de la Convention.

**1512.** A l'entame de cette étude, nous avons une double ambition. D'une part, offrir une vision aussi claire que possible du droit des confiscations et du gel préventif d'avoirs terroristes

dans l'ordre juridique de l'Union européenne et dans l'ordre juridique belge ; et d'autre part, démontrer que son évolution au cours des trente dernières années n'a été possible qu'au prix d'une interprétation restrictive par la Cour européenne des droits de l'homme, du droit à un procès équitable, du principe de légalité des peines et du droit de propriété.

**1513.** Contrairement à d'autres, nous n'avons donc pas cherché à déterminer quelles sont les restrictions qui peuvent être jugées légitimes en la matière<sup>2117</sup>. En dépit de son intérêt, cette réflexion nous paraît en effet s'inscrire dans le courant de pensée, indéniablement majoritaire, selon lequel il existerait une opposition naturelle entre les droits fondamentaux et les impératifs de la lutte contre la criminalité et le terrorisme. L'efficacité de cette dernière dépendrait ainsi nécessairement d'une restriction des droits et libertés des justiciables, dont seule l'intensité devrait finalement être discutée. Nous pensons qu'il faut diamétralement changer de perspective si l'on a pour ambition de garantir l'Etat de droit. Le combat contre les organisations criminelles et terroristes n'a en effet de sens que s'il contribue à bâtir une société plus respectueuse des droits et libertés de celles et ceux qui la composent. Il doit en conséquence être pensé et organisé dans ce seul objectif, qui le dépasse. Aussi, la portée des droits fondamentaux ne doit pas être modulée en fonction de ce qui paraît nécessaire à un moment donné pour mener efficacement ce combat permanent. Ce sont au contraire les mesures adoptées dans ce cadre qui doivent s'adapter aux exigences de l'Etat de droit, exigences qui ne peuvent être considérées comme des variables ajustables.

**1514.** Nous revenons dans les lignes qui suivent sur les principaux enseignements que l'on peut tirer de cette étude quant à l'évolution et au régime actuel en droit international, européen et belge de la confiscation (A) et du gel préventif d'avoirs terroristes (B). Ensuite, nous mettrons en évidence les éléments essentiels de l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, montrant qu'elle avait accompagné et soutenu le mouvement privilégiant l'efficacité de la lutte contre la criminalité et le terrorisme, au détriment des droits fondamentaux (C). Enfin, nous achèverons cette étude par quelques réflexions sur l'évolution future du droit des confiscations et du gel préventif d'avoirs terroristes (D).

### **A. Priver définitivement les criminels de leurs biens pour que le crime ne paie pas et pour prévenir la commission d'infractions**

**1515.** Suivant la même logique que celle qui nous a guidée dans la première partie de notre étude, nous revenons sur les éléments essentiels du droit des confiscations en distinguant les ordres juridiques international (1), de l'Union européenne (2) et belge (3), avant de mettre en évidence les caractéristiques communes de l'évolution du droit de la confiscation en leur sein que nous avons constatées (4).

---

<sup>2117</sup> Voy. BOUCHT, J., *The Limits of Asset confiscation. On the Legitimacy of Extended Appropriation of criminal Proceeds*, *op. cit.*, ainsi que PANZAVOLTA, M., « Confiscation and Concept of Punishment : Can There be a Confiscation Without a Conviction ? », *op. cit.*

## 1. Les Etats doivent agir ensemble contre les le crime et le financement du terrorisme

**1516.** Dans le sillage de la Convention de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, la Convention contre le financement du terrorisme de 1999, la Convention contre la criminalité transnationale organisée de 2000 et la Convention contre la corruption de 2004 imposent diverses obligations en matière de confiscation. Le Conseil de l'Europe s'est également impliqué dans la lutte financière contre la criminalité en adoptant deux conventions dédiées à la confiscation, la première en 1990 et la seconde en 2005. Ayant tous deux pour objectif de faire obstacle à ce que le crime paie, l'ONU et le Conseil de l'Europe ont néanmoins adopté deux approches distinctes, en privilégiant l'élaboration d'instruments sectoriels consacrés à des phénomènes criminels déterminés d'une part, et d'instruments transversaux ciblant les produits d'infractions, quelles qu'elles soient, d'autre part.

**1517.** L'analyse de ces conventions montre que les notions de « bien », « produit », « instrument », « gel », « saisie » et « infraction principale » sont bien établies depuis les Conventions de 1988 et de 1990. Le « bien » peut être n'importe quel type de chose, d'origine licite ou illicite. S'il provient directement ou indirectement de la commission d'une infraction ou s'il est obtenu en la commettant, le bien sera un « produit ». S'il a servi ou a été destiné à servir à commettre une infraction, le bien sera qualifié d'« instrument ». Les notions de « gel » et de « saisie » désignent quant à elles, l'interdiction temporaire du transfert, de la destruction, de la conversion, de la disposition ou du mouvement de biens, ou le fait d'assumer temporairement la garde ou le contrôle de biens, sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente. En dépit du fait que ces deux notions soient considérées comme des synonymes, il ressort du *Commentaire* de la Convention de Vienne que le « gel » ne conduit en réalité qu'à une interdiction de faire alors que la saisie consiste en une dépossession au profit d'un gardien public<sup>2118</sup>. Toute infraction pénale générant un produit, susceptible d'être blanchi, est enfin qualifiée d'« infraction principale » pour autant, en ce qui concerne les conventions onusiennes, qu'elle relève du domaine de criminalité traité.

**1518.** Les conventions onusiennes et du Conseil de l'Europe ne sont en revanche pas harmonieuses quant à la notion de « confiscation ». Bien qu'elles s'accordent sur le fait qu'il s'agisse d'une mesure, qui peut être qualifiée de sanction ou de mesure de sûreté, ordonnée au terme d'une procédure judiciaire, non nécessairement pénale mais liée à une infraction pénale, et qui conduit à la dépossession permanente d'un bien obtenu grâce ou par la commission de ladite infraction – ou d'autres biens de même valeur –, elles se distinguent à propos de l'autorité en mesure de la prononcer. En effet, les instruments onusiens<sup>2119</sup> prévoient qu'il peut s'agir d'un tribunal ou d'une « autre autorité compétente » sans autre précision, ouvrant la voie à l'imposition d'une confiscation par une autorité administrative non juridictionnelle, tandis que les conventions du Conseil de l'Europe, exigent qu'il s'agisse d'un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>2120</sup>.

---

<sup>2118</sup> Nations Unies, *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, op. cit., p. 28, note 72.

<sup>2119</sup> Voy. not. l'article 1.f de la Convention de Vienne et l'article 2.g de la Convention de Merida.

<sup>2120</sup> Art. 1.d de la Convention de 1990 et de la Convention de 2005.

**1519.** La confiscation doit quoi qu'il soit permettre de priver le délinquant des instruments, des produits et/ou de bien de valeur équivalente – selon que le droit interne prévoit la confiscation en nature et/ou de valeur –, des biens en lesquels les produits ont été convertis ou transformés, de la valeur que représentent les produits qui auraient été mêlés à des biens acquis légitimement, ainsi que des revenus tirés de l'ensemble de ces biens. De plus, pour lutter contre le financement du terrorisme, doivent encore pouvoir être confisqués les biens, qu'ils soient d'origine licite ou illicite, utilisés ou destinés à l'être, quel que soit leur usage effectif de cette seconde hypothèse, pour financer un acte ou un groupe terroriste. Le gel et la saisie ont par essence pour objectif de permettre une confiscation effective ultérieure, au terme de la procédure judiciaire. Ils constituent donc des mesures temporaires et conservatoires présentencielles, alors que la confiscation est définitive et sentencielle constituant l'aboutissement de la procédure.

**1520.** Le renversement de la charge de la preuve relativement à l'illicéité des biens suspectés de constituer un produit ou un instrument est encouragé depuis l'adoption de la Convention de Vienne, et imposé par la Convention de Varsovie en matière d'infractions graves. La portée concrète de cette obligation est néanmoins limitée, étant donné d'une part, que les Etats Parties ont la faculté de refuser d'appliquer la disposition qu'il l'impose, et d'autre part, qu'il incombe aux Etats parties de déterminer ce qui constitue ou non une infraction grave. La Convention de Varsovie appelle par ailleurs, pour la première fois, les Etats à prévoir des confiscations obligatoires, notamment en l'absence de victime identifiée.

**1521.** Les obligations portant sur la mesure de confiscation en tant que telle sont demeurées stables depuis les Conventions de Vienne et de Strasbourg. A l'exception de la question du renversement de la charge de la preuve que nous avons évoquée, les évolutions ultérieures les plus notables en la matière concernent, en effet, davantage des problématiques liées à la confiscation que cette mesure elle-même. Nous avons ainsi montré que la problématique de la gestion des biens saisis et celle des obligations en matière de recueil et de partages d'informations financières émanant d'acteurs économiques privés avaient notamment fait l'objet de développements intéressants. Nous avons par ailleurs pu constater que l'influence du GAFI est très sensible dans les conventions les plus récentes, qui y font référence ou permettent leur révision en fonction de l'évolution de ses *Recommandations*.

**1522.** L'approche transversale du Conseil de l'Europe permet d'avoir une vision claire du droit des confiscations qu'il a développé. Cependant, cette clarté n'a pu être acquise qu'en renonçant à un rapprochement satisfaisant des législations nationales, vu la faculté laissée aux Etats de formuler des réserves aux dispositions les plus novatrices, et celle de définir des notions importantes pour leur mise en œuvre. L'approche sectorielle choisie par l'ONU a permis d'éviter cet écueil. Elle conduit cependant à une fragmentation des obligations reposant sur les Etats, obligations qui ne sont de surcroît pas toujours cohérentes entre elles suivant l'instrument mobilisé. En dépit de la différence de méthode, l'ONU et le Conseil de l'Europe se rejoignent par ailleurs quant à la faiblesse des obligations concrètes qu'ils posent en matière de respect des droits fondamentaux. Bien qu'elle constitue une actualisation de la Convention de Strasbourg, la Convention de Varsovie n'apporte ainsi par exemple rien en la matière.

## 2. Un droit européen des confiscations toujours en cours de construction

**1523.** L'Union européenne a elle aussi pris des initiatives pour que le crime ne paie pas. Elle s'est néanmoins dans un premier temps concentrée sur l'incrimination du blanchiment de capitaux, ne cherchant à rapprocher les législations des Etats membres en matière de confiscation que depuis une vingtaine d'années seulement.

**1524.** Outre les instruments consacrés à la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation et de gel que nous n'avons pas étudiés ici, le législateur de l'Union a adopté plusieurs autres actes normatifs ayant pour objectif que tous les Etats membres intègrent à leur droit interne, des règles minimales communes en matière de confiscation. Se bornant dans un premier temps, avec l'action commune 98/699/JAI et la décision-cadre 2001/500/JAI, à organiser la mise en œuvre au sein de l'Union européenne de la Convention de 1990 du Conseil de l'Europe, il a ensuite entamé l'élaboration d'un droit européen des confiscations non directement fondé sur la Convention de 1990, tout en conservant sa terminologie. La décision-cadre 2005/212/JAI impose ainsi notamment aux Etats membres de permettre aux tribunaux de prononcer la confiscation de biens d'origine illicite, obtenus antérieurement à la commission de l'infraction déclarée établie. L'absence de consensus au sein du Conseil a cependant conduit à l'élaboration de trois dispositifs alternatifs distincts de confiscation dite élargie, faisant en pratique échec à un rapprochement satisfaisant des législations nationales en la matière.

**1525.** Conscients de la nécessité d'aller plus loin, le Conseil et le Parlement s'accordèrent dix ans plus tard sur l'adoption de la directive 2014/42/UE, dont le champ d'application s'étend aux « eurocrimes ». Les dispositions de la décision-cadre 2005/212/JAI, au champ d'application plus étendu, demeurent donc pertinentes pour les autres infractions. La directive impose dans ce cadre aux Etats membre de permettre la confiscation en nature ou par équivalent tant des produits que des instruments (art. 4, § 1). La confiscation par équivalent des instruments est l'une des innovations de la directive, qui lui reconnaît un caractère subsidiaire par rapport à la confiscation en nature. Elle peut en outre être exclue si elle apparaît *in concreto* disproportionnée, ou si le condamné n'est pas responsable de l'impossibilité de procéder à la confiscation en nature.

**1526.** Dans les cas où le droit interne ne permettrait pas qu'une telle confiscation soit prononcée *in absentia* dans l'hypothèse où le suspect n'aurait pas été en mesure de comparaître en justice mais

- qu'une procédure pénale a été engagée,
- concernant une infraction pénale susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique et
- que cette procédure aurait été susceptible de déboucher sur une condamnation pénale si le suspect ou la personne poursuivie avait été en mesure de comparaître

les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires, à tout le moins lorsque ladite impossibilité résulte d'une maladie ou de la fuite du suspect ou de la personne poursuivie, pour permettre néanmoins la confiscation des instruments ou produits (art. 4 § 2). Cette confiscation sans condamnation préalable formelle est le résultat d'intenses négociations au sein du Conseil

ainsi qu'entre ce dernier, le Parlement et la Commission. Fondée en réalité sur une présomption de culpabilité du suspect qui n'a pu être jugé en raison de son absence, elle est très éloignée de la confiscation *in rem* ou civile classique et pose question du point de vue notamment du respect de la présomption d'innocence.

**1527.** La directive 2014/42/UE met par ailleurs fin à la possibilité pour les Etats membres de choisir parmi des dispositifs alternatifs de confiscation élargie. Elle prévoit en effet en son article 5, que les Etats membres doivent prévoir la possibilité de confisquer les biens

- appartenant à une personne reconnue coupable,
- d'une infraction pénale grave qu'elle énumère,
- susceptible de donner lieu, directement ou indirectement, à un avantage économique,

lorsqu'une juridiction est concrètement convaincue, notamment en raison du fait que leur valeur est disproportionnée par rapport aux revenus légaux du condamné, qu'ils proviennent d'activités criminelles. Elle ne permet néanmoins pas d'assurer une transposition homogène de cette disposition, vu la marge de manœuvre dont disposent les Etats membres quant à la définition de notions clés, comme celles d'infraction susceptible de donner lieu à un avantage économique, à la possibilité de prévoir ou non une présomption d'illégalité des biens acquis au cours d'une période donnée, ou encore à la liberté de définir au plan national le standard de preuve applicable

**1528.** Le législateur européen a également prévu à l'article 6 la possibilité de confisquer les produits, ou des biens de valeur équivalente, transmis à ou acquis par des tiers, à tout le moins dans les cas où il apparaît en l'espèce, notamment du fait de la gratuité ou de la faible contrepartie à l'opération, qu'ils savaient ou auraient dû savoir que la finalité du transfert ou de l'acquisition était de faire obstacle à la confiscation à charge du condamné. Une telle confiscation ne peut néanmoins préjudicier les droits des tiers de bonne foi.

**1529.** La directive impose encore aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour permettre le gel – terme préféré à celui de saisie en droit de l'Union européenne – des biens aux fins de leur confiscation éventuelle ultérieure, ainsi que l'adoption par l'autorité compétente de mesures d'urgence préalables (art. 7). Il découle des garanties spécifiques prévues à l'article 8 de la directive que le gel peut être ordonné par une autorité non judiciaire mais qu'un recours juridictionnel doit être prévu, le cas échéant après réexamen ou validation par une autorité judiciaire. La décision motivée de gel doit en outre être communiquée à la personne concernée, à moins qu'une telle communication ne compromette une enquête pénale. Des mesures doivent encore être prises pour identifier et dépister les produits ainsi que les instruments, en ce compris après une décision de confiscation, et pour assurer une bonne gestion des biens gelés et confisqués.

**1530.** La directive est enfin novatrice en ce qu'elle comporte une disposition consacrée aux garanties procédurales qui doivent être reconnues aux personnes concernées par les dispositifs de confiscation et, comme nous l'avons évoqué, de gel préalable à confiscation qu'elle définit (art. 8).

**1531.** La déclaration du Conseil et du Parlement appelant la Commission à poursuivre ses travaux afin de proposer de « nouvelles règles communes en matière de confiscation de biens

provenant d'activités de nature délictueuse »<sup>2121</sup>, publiée au *Journal Officiel* concomitamment avec la directive, démontre cependant que le législateur européen n'entend pas en rester là en la matière. Les récents travaux de la Commission permettent d'ailleurs de penser que des initiatives législatives devraient être prises dans un futur relativement proche en matière de confiscation sans condamnation préalable<sup>2122</sup>.

### **3. La Belgique doit réduire la fragmentation de son droit des confiscations et le clarifier**

**1532.** Sous l'impulsion du pouvoir exécutif, le législateur belge a été très actif en matière de confiscation depuis la réforme majeure opérée par la loi du 17 juillet 1990<sup>2123</sup> et celle découlant de la loi du 19 décembre 2002<sup>2124</sup>. Il a en outre généralement anticipé les évolutions du droit international et du droit de l'Union européenne, à tout le moins jusqu'à l'adoption de la directive 2014/42/UE. Guidé par l'objectif que le crime ne paie pas, le législateur a construit le droit belge des confiscations en cherchant également à s'inscrire dans les limites posées par la Cour européenne des droits de l'homme, tout en s'inspirant des législations d'autres Etats européens<sup>2125</sup>. Nous avons pu observer que les réformes les plus récentes opérées en droit belge découlent de la nécessité de se conformer, d'une part, au droit de l'Union européenne, preuve s'il en fallait des apports de la directive 2014/42/UE, et d'autre part, à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle<sup>2126</sup>.

**1533.** Nous revenons ci-dessous sur le sens de la notion de confiscation et de saisie en droit belge (a), puis sur ce qui peut être confisqué en droit commun et sous quelles modalités (b). Nous évoquerons ensuite l'existence de mécanismes de confiscation non précédés d'une condamnation en droit belge (c), ainsi que la manière dont sont garantis les droits des tiers sur la chose susceptible d'être confisquée ou saisie (d). Enfin, nous mettrons en évidence les faiblesses principales du droit belge des confiscations, auxquelles la réforme envisagée du Code pénal ne répondra que très partiellement (e).

#### **a. Le dialecte belge est bien une langue européenne**

**1534.** En droit belge, la confiscation est dite spéciale, par opposition avec la confiscation générale proscrite par la Constitution. Elle est en règle prononcée au terme d'une procédure pénale par une juridiction. Elle consiste en la dépossession d'un bien au profit de l'Etat, voire d'une victime, et peut être prononcée à titre de peine ou de mesure de sûreté.

---

<sup>2121</sup> Doc. 7329/1/14 REV 1 ADD 1.

<sup>2122</sup> *Commission Staff Working Document - Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*, 12 avril 2019, doc. SWD(2019) 1050 final et *Rapport de la Commission au Parlement Européen et au Conseil. Recouvrement et confiscation d'avoirs: Garantir que le crime ne paie pas*, 2 juin 2020, doc. COM(2020) 217 final.

<sup>2123</sup> *M.B.*, 15 août 1990, p. 15886.

<sup>2124</sup> *M.B.*, 14 février 2003, p. 7547.

<sup>2125</sup> Par exemple, *Doc. parl.*, Ch., session 2000-2001, doc. 1601/01, p. 35.

<sup>2126</sup> Voy. Loi du 18 mars 2018 modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire, *M.B.*, 2 mai 2018, p. 37217 et *Doc. parl.*, Ch., session 2017-2018, doc. 54-2753/001, p. 63 et s.

**1535.** La peine de confiscation spéciale est individuelle, personnelle, a un but punitif voire également réparateur, et repose sur un constat de culpabilité du chef d'une infraction pénale. Bien qu'elle soit en principe accessoire à une condamnation principale, elle peut dans certains cas relativement exceptionnels être prononcée en l'absence d'une telle condamnation, mais jamais sans constat de culpabilité préalable.

**1536.** La confiscation-mesure de sûreté tend, quant à elle, à protéger la société en ôtant une chose dangereuse, nuisible ou illicite, de la circulation. Elle est indépendante de tout constat de culpabilité, et donc de condamnation, du chef d'une infraction. Elle n'est ni punitive ni réparatrice. Bien que de nature civile, elle implique la commission préalable d'une infraction et l'ouverture de poursuites pénales au terme desquelles elle sera ordonnée. Elle doit encore être prévue par la loi et revêtir un caractère obligatoire. Contrairement à la peine de confiscation, la confiscation-mesure de sûreté conduira en outre à la destruction de la chose confisquée.

**1537.** La notion de confiscation spéciale, qu'elle soit qualifiée de peine ou de mesure de sûreté, rejoint en conséquence la définition donnée à la confiscation en droit international et de l'Union européenne, en ce qu'elle consiste en la privation permanente d'un bien et est liée à la commission préalable d'une infraction pénale. Ordonnée par une juridiction, le droit belge s'aligne en outre sur les conventions du Conseil de l'Europe et sur le droit de l'Union européenne.

**1538.** La saisie pénale constitue en droit belge une mesure provisoire, prise par une autorité judiciaire au cours d'une procédure pénale, afin d'assurer la manifestation de la vérité, la confiscation spéciale future éventuelle, la restitution ou la réparation du préjudice de la partie civile. Elle consiste en la dépossession temporaire d'une chose par l'autorité compétente. Cette définition rejoint celle donnée à la saisie (ou au gel) préalable à la confiscation en droit international et en droit de l'Union européenne.

#### **b. Un droit commun complexe au milieu de règles disparates**

**1539.** Les conditions de mise en œuvre de la confiscation spéciale en droit belge des confiscations se caractérisent par leur absence d'uniformité et leur complexité. Elles reposent sur un droit commun figurant aux articles 42 à 43<sup>quater</sup> du Code pénal et de multiples dispositions spécifiques figurant dans le Code pénal et dans des lois particulières. Cet état de fait rend leur étude extrêmement périlleuse. Il découle des articles 42, 43<sup>bis</sup> et 43<sup>quater</sup> du Code pénal, qui forment le droit commun de peine de confiscation spéciale, qu'elle est en règle applicable

- aux choses formant l'objet de l'infraction, quand la propriété en appartient au condamné (art. 42, 1<sup>o</sup> C.P.) ;
- aux choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction, quand la propriété en appartient au condamné (art. 42, 1<sup>o</sup> C.P.) ;
- aux choses qui ont été produites par l'infraction (art. 42, 2<sup>o</sup> C.P.) ;
- aux avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, aux biens et valeurs qui leur ont été substitués et aux revenus de ces avantages investis, ou s'ils ne peuvent être trouvés dans le patrimoine du condamné, à une somme d'argent équivalente (arts. 42, 3<sup>o</sup> et 43<sup>bis</sup> C.P.) ;



- aux avantages patrimoniaux supplémentaires, aux biens et valeurs qui y ont été substitués et aux revenus provenant des avantages investis trouvés dans le patrimoine ou en possession du condamné, ou à une somme d'argent équivalente (art. 43*quater*, § 1<sup>er</sup> C.P.)
- au patrimoine dont dispose une organisation criminelle (art. 43*quater*, § 4 C.P.).

**1540.** Ces différentes catégories de choses confiscables soulèvent de sérieuses difficultés d'interprétation, notamment en ce qui concerne la distinction entre l'objet de l'infraction et les avantages patrimoniaux tirés de l'infraction, concernant la chose volée, escroquée ou détournée. Déterminer ce qui relève du patrimoine d'une organisation criminelle est également peu évident, étant donné notamment qu'une telle organisation ne dispose pas de la personnalité juridique. Notons encore que la notion d'avantages patrimoniaux de l'infraction renvoie à une très large gamme de biens, semblablement à celle de produit en droit international et de l'Union européenne.

**1541.** En principe, la confiscation en nature de l'objet, de l'instrument et du produit (au sens de l'article 42, 2<sup>o</sup> C.P.) du crime ou du délit est obligatoire. La confiscation des avantages patrimoniaux et des avantages patrimoniaux supplémentaires est au contraire possible quelle que soit la nature de l'infraction mais présente un caractère facultatif. Elle doit par ailleurs être requise par écrit par le ministère public (art. 43*bis* C.P.), obligation dont la portée a toutefois été sensiblement atténuée par la Cour de cassation<sup>2127</sup>. Qu'elle soit obligatoire ou facultative, la confiscation spéciale de l'instrument et des avantages patrimoniaux de l'infraction ne peut en règle pas avoir d'effet déraisonnablement lourd pour le condamné (arts. 43 et 43*bis* C.P.).

**1542.** A l'instar de la confiscation des instruments de l'infraction, la confiscation des avantages patrimoniaux peut être ordonnée par équivalent contrairement, à celle de l'objet de l'infraction ou de son produit au sens de l'article 42, 2<sup>o</sup> du Code pénal. Cette situation rend la question de la qualification des choses volées, détournées ou escroquées essentielle car, n'étant pas la propriété du condamné, ces choses ne pourront être confisquées par équivalent que si elles sont qualifiées d'avantages patrimoniaux, ce qui nous paraît incorrect mais est approuvé par la doctrine majoritaire contemporaine. La confiscation par équivalent est subsidiaire à la confiscation en nature en cas de confiscation fondée sur l'article 43*bis* du Code pénal, mais alternative en cas de confiscation élargie fondée sur l'article 43*quater* du Code pénal.

**1543.** A la différence de l'objet et de l'instrument de l'infraction qui doivent en principe être la propriété du condamné pour pouvoir être confisqués, la confiscation spéciale des produits de l'infraction au sens de l'article 42, 2<sup>o</sup> du Code pénal et des avantages patrimoniaux au sens des articles 42, 3<sup>o</sup> et 43*quater* du Code pénal pourra être ordonnée, sans que le condamné ne soit propriétaire des choses concernées. Contrairement à ce qu'a affirmé la Cour de cassation<sup>2128</sup>, les avantages patrimoniaux tirés de l'infraction devraient néanmoins à notre sens avoir enrichi le condamné pour pouvoir être confisqués à sa charge, en ce sens que bien que ne lui appartenant légalement pas, le condamné doit en avoir eu le contrôle, de sorte qu'ils ont *in concreto* intégré son patrimoine. A notre sens également, dans l'hypothèse où plusieurs personnes sont

---

<sup>2127</sup> Voy. Cass., 12 septembre 2018, P.18.0350.F. ; Cass., 29 janvier 2019 P.18.0422.N ; Cass., 28 mai 2019, P.19.0113.N.

<sup>2128</sup> Cass., 12 novembre 2013, P.12.1744.N. et Cass., 13 mars 2018, P.17.0083.N.

condamnées du chef d'une même infraction, le juge devrait chercher à déterminer dans quelle mesure chacune d'elles s'est enrichie et répartir entre elles sur cette base le montant de la confiscation. La Cour de cassation n'exclut cependant pas que cette répartition se fonde sur le degré d'implication dans la commission de l'infraction<sup>2129</sup>, ce qui ne devrait néanmoins avoir lieu, à notre estime, que s'il n'est pas possible de déterminer comment les condamnés se sont effectivement réparti les avantages patrimoniaux.

**1544.** Le ministère public, voire la partie civile, devront démontrer l'existence d'un lien entre la chose dont la confiscation est demandée et l'infraction déclarée établie. L'article 43*quater* du Code pénal fait exception à ce principe en répartissant la charge de la preuve entre les parties poursuivante et poursuivie quant à l'origine illicite d'un éventuel accroissement de patrimoine observé pendant une période pertinente antérieure à l'inculpation, ne pouvant remonter au-delà de cinq ans avant l'inculpation et aller au-delà du prononcé de la condamnation. Ce mécanisme de confiscation élargie ne nous paraît pleinement compatible avec l'article 5 de la directive 2014/42/UE, étant donné que le législateur belge a limité les avantages patrimoniaux supplémentaires susceptibles d'être confisqués à ceux provenant de l'infraction déclarée établie ou d'infractions semblables, limitation ne figurant pas dans la directive. Dans son rapport portant sur la mise en œuvre de la directive<sup>2130</sup>, la Commission n'a toutefois pas relevé cette différence. Bien que l'article 43*quater* ne l'indique pas expressément, la doctrine considère que la confiscation élargie ne peut s'étendre à des biens qui proviendraient d'infraction dont le condamné aurait été acquitté.

**1545.** En intégrant ce dispositif de confiscation élargie au Code pénal, le législateur a également imposé au juge de confisquer le patrimoine de l'organisation criminelle (art. 43*quater* C.P.). Cette obligation s'inscrit sans conteste dans la volonté observée aux plans international et européen de lutter contre les groupes criminels organisés. Elle est cependant en pratique peu effective vu le flou entourant cette notion et l'absence de personnalité juridique de l'organisation criminelle.

### **c. La confiscation spéciale peut être prononcée en l'absence de condamnation préalable sans constituer une mesure de sûreté**

**1546.** En droit belge, la confiscation spéciale peut être ordonnée par défaut, de sorte que le dispositif hybride de confiscation sans condamnation préalable (formelle) prévu à l'article 4 § 2 de la directive 2014/42/UE ne doit pas être transposé.

**1547.** En cas de confiscation-mesure de sûreté, la confiscation pourra néanmoins être ordonnée en l'absence de condamnation pénale préalable, pour autant qu'une telle confiscation soit prévue par la loi. Bien qu'elle ne soit pas qualifiée de confiscation spéciale, la destruction immédiate des biens saisis organisée par l'article 28*novies* C.I.Cr. ainsi notamment que par la loi du 24 février 1921 relative aux stupéfiants nous paraît constituer en réalité un mécanisme de confiscation sans condamnation préalable. Elle consiste en effet en la privation permanente d'un bien lié à la commission d'une infraction au profit de l'Etat. Elle n'est néanmoins pas

---

<sup>2129</sup> Cass., 13 mars 2018, P.17.0083.N.

<sup>2130</sup> *Rapport de la Commission Au Parlement Européen et au Conseil. Recouvrement et confiscation d'avoirs : Garantir que le crime ne paie pas*, 2 juin 2020, doc. COM(2020) 217 final.

ordonnée par une juridiction mais par le ministère public, ce qui va à l'encontre de la notion de confiscation défendue par les conventions du Conseil de l'Europe et en droit de l'Union européenne, mais non par les conventions onusiennes. Bien qu'elle constitue une mesure de sûreté lorsqu'elle porte sur des choses intrinsèquement dangereuses, la destruction immédiate de biens saisis ne peut être qualifiée de la sorte lorsqu'elle ne repose que sur le coût de conservation des biens concernés.

**d. Le législateur pourrait faire plus pour protéger les intérêts de la victime et devrait mieux garantir ceux des tiers de bonne foi**

**1548.** De manière générale, la confiscation spéciale ne peut préjudicier la victime de l'infraction, de sorte les choses qui lui appartiennent retrouvées en possession du suspect devront même d'office lui être restituées (arts. 43*bis* et 44 C.P. ainsi que 161 C.I.Cr.). Les avantages patrimoniaux secondaires pourront de surcroît lui être attribués (art. 43*bis* C.I.Cr.). En revanche, les choses confisquées qui n'appartiennent pas à la victime ou qui ne proviennent pas de choses lui appartenant ne pourront lui être attribuées, ce qui peut *de facto* limiter ses chances d'obtenir la réparation de son dommage, dans l'hypothèse où le condamné ne disposerait pas d'un patrimoine suffisant pour l'indemniser après l'exécution de la peine de confiscation.

**1549.** Le patrimoine des tiers de bonne foi ne doit en principe pas davantage être préjudicié par la confiscation spéciale prononcée à charge du condamné. Dans cette mesure, les tiers à l'infraction doivent être mesure non seulement d'intervenir à la cause pour faire valoir leurs prétentions sur les biens susceptibles d'être confisqués, mais encore d'en solliciter *a posteriori* la restitution s'ils n'ont pu agir avant. Méconnaître ces droits reviendrait, comme l'a jugé la Cour constitutionnelle, à violer leur droit de propriété ainsi que le principe de légalité de personnalité des peines<sup>2131</sup>. Le législateur belge n'a néanmoins pas organisé ce droit d'information et d'intervention de manière satisfaisante, en ne le prévoyant qu'en droit commun (art. 5*ter* du Titre préliminaire du Code de procédure pénale) et non pour tous les dispositifs particuliers de confiscation. Il en est de même du droit d'obtenir la restitution de la chose qui a déjà été confisquée sans que le tiers n'ait participé à la procédure judiciaire organisé par l'arrêt royal du 9 août 1991.

**1550.** Seul le tiers de bonne foi, disposant d'un droit réel sur la chose<sup>2132</sup>, peut néanmoins s'opposer avec succès à sa confiscation spéciale. Pour être considéré de bonne foi, il ne suffit pas qu'il ne soit pas poursuivi ou condamné du chef de l'infraction, mais bien qu'il y soit étranger<sup>2133</sup>. Son innocence devrait être suffisante s'il a acquis la chose avant la commission de l'infraction. En revanche, s'il l'a acquise postérieurement, il faudra encore établir qu'il a effectivement pu se fier à la régularité de la nature et de l'origine de la chose, au vu des circonstances de l'espèce. A cet égard, l'absence de contrepartie ou son caractère

---

<sup>2131</sup> Not. C. const., arrêt n° 65/2014 du 3 avril 2014 et C. const., arrêt n° 99/2018 du 19 juillet 2018.

<sup>2132</sup> Voy. KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, p. 375 et s.

<sup>2133</sup> Sur cette question, voy. notamment en ce sens les paragraphes B.7.3 de l'arrêt n° 65/2014 et B.12.3 de l'arrêt n° 99/2018 précités ainsi que Cass. 15 décembre 2015, P.15.1142.N. Plus globalement, voy. KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 381 et s.

déraisonnablement faible pourrait induire qu'il est en réalité de mauvaise foi, sans cependant que ses prétentions ne doivent à notre estime nécessairement être rejetées<sup>2134</sup>. En cas de confiscation-mesure de sûreté portant sur une chose dangereuse ou illicite, il nous paraît peu probable que ses prétentions puissent être reçues, sans que son droit de propriété ne soit pour autant méconnu.

**e. L'avant-projet de Code pénal ne suffira pas à rationaliser le droit belge des confiscations, ni à le rendre plus intelligible**

**1551.** Il découle de ce qui précède que le droit interne rencontre la très grande majorité des obligations minimales fixées par le droit de l'Union européenne et par le droit international. Le législateur belge est même parfois aller au-delà de ces exigences. Nous avons néanmoins relevé des disparités en matière de confiscation élargie et de garantie des droits des tiers, sans que l'Union européenne ne formule de reproche à la Belgique jusqu'ici. Il se caractérise cependant par sa grande complexité tant en raison de la terminologie qu'il emploie, différente de celle utilisée aux plans international et européen, que de la multitude de dispositifs particuliers de confiscation figurant dans le Code pénal ou dans des lois particulières, complétant un droit commun qui ne brille déjà pas par sa clarté. Ces deux facteurs le rendent très difficile à lire et ne favorisent pas la prévisibilité de la loi pénale. L'apparition plus récente de dispositifs très semblables à la confiscation, comme la destruction immédiate des biens saisis, mais non qualifiés comme telle pour autant, ajoute encore de la confusion dans le domaine. Il nous paraît en conséquence indispensable de revoir la matière pour y apporter plus de clarté, et partant, faciliter sa compréhension et sa prévisibilité ainsi que sa mise en œuvre.

**1552.** Une telle réforme, qui mériterait naturellement une étude approfondie, devrait à notre estime nécessairement viser à rationaliser le nombre de catégories distinctes de choses confiscables. Il ne nous paraît en effet pas évident qu'il soit à cet égard nécessaire de distinguer plus qu'instruments et produits de l'infraction, comme en droit de l'Union européenne et en droit international. Le nombre de régimes particuliers devrait également être limité autant que possible, et ne concerner que des domaines très spécifiques. Il pourrait encore être envisagé, soit de supprimer la condition de propriété attachée à certains types de confiscation spéciale – tout en garantissant valablement les droits des tiers de bonne foi – soit de prévoir que la confiscation spéciale ne peut être prononcée que par équivalent si les choses liées à la commission de l'infraction ne peuvent être retrouvées entre les mains du condamné. Si la première option est choisie, il faudra néanmoins également clarifier la notion de tiers de bonne foi, à ce jour encore trop incertaine, à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle notamment. Dans la seconde option, il serait nécessaire de définir de manière autonome la notion de patrimoine en droit pénal, pour mettre fin aux incertitudes actuelles qu'induit cette notion de droit civil. Plus généralement, les obligations d'information des tiers ainsi que leur droit à obtenir la restitution de leurs biens doivent être revues et étendues à tous les mécanismes

---

<sup>2134</sup> La doctrine soutient une position opposée en appelant à une évolution jurisprudentielle en la matière, voy. LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, p. 95 et KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. KUTY, F., *Principes généraux du droit pénal belge. Tome IV : la peine, op. cit.*, pp. 388. Elle trouve un certain appui dans CEDH, arrêt *Balsamo c. Saint-Marin* du 8 octobre 2019, reqs. 20319/17 21414/17, § 73.

particuliers de confiscation spéciale. Dans le même esprit, la faculté du juge d'attribuer l'objet de la confiscation devrait être repensée pour que la confiscation spéciale ne puisse plus préjudicier en pratique les droits des victimes, et contribue au contraire à leur indemnisation.

**1553.** Comme nous avons pu le constater l'avant-projet de réforme du livre 1<sup>er</sup> du Code pénal<sup>2135</sup> ne répond que très partiellement à ces nécessités. Il ne rationalise en effet pas la matière et conserve telles quelles les catégories de choses confisquables prévues à l'article 42 du Code pénal. La suppression du dispositif existant de confiscation obligatoire du patrimoine de l'organisation criminelle ne s'accompagne en outre pas de l'élaboration d'un nouveau régime, alors qu'il est pourtant annoncé dans l'exposé des motifs. En revanche, la suppression du renvoi à la notion de patrimoine et le recours systématique à la confiscation par équivalent lorsque le condamné n'est pas en possession de la chose nous paraît être une bonne initiative, notamment au regard des droits des tiers. Nous pouvons néanmoins regretter que la notion de possession ne bénéficie pas d'une définition autonome, à l'instar d'ailleurs de celle de bonne foi qui suscite pourtant des difficultés. Par ailleurs, en supprimant la confiscation élargie visée à l'article 43<sup>quater</sup> C.P., tout en prévoyant un partage de la charge de la preuve quant à l'illicéité des avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction déclarée établies, l'avant-projet ne rencontre à notre sens pas le prescrit de l'article 5 de la directive 2014/42/UE. Tel qu'il est organisé, ce partage de la charge de la preuve bien que formellement limité aux avantages patrimoniaux pourrait en outre conduire à permettre la confiscation de tous biens d'origine illicite acquis au cours de la période infractionnelle, ce qui est compatible avec la directive 2014/42/UE, mais contraire à l'objectif donné à cette mesure par les auteurs de l'avant-projet. Enfin, les droits de la victime sur la chose confisquée ont été certes clarifiés mais n'ont pas été substantiellement modifiés.

#### **4. Etendre le filet de la confiscation tout en resserrant ses mailles**

**1554.** Depuis plus de trente ans, de nombreuses initiatives ont été prises par les autorités publiques aux plans international, européen et belge pour priver les criminels des profits tirés de leurs méfaits. Au cours de cette évolution, les législateurs de l'Union européenne et belges, en droite ligne avec les obligations figurant dans les conventions internationales adoptées au sein de l'ONU et du Conseil de l'Europe, ont cherché à permettre de confisquer le plus grand nombre possible de biens. Outre la définition très large de son champ d'application, ils ont également permis la confiscation en valeur des biens qui ne pouvaient plus être retrouvés dans le patrimoine du condamné. De plus, pour assurer l'efficacité de la mesure de confiscation, le droit de l'Union et le droit belge ont assoupli la charge de la preuve incombant à l'autorité de poursuite en autorisant, en cas de condamnation du chef de certaines infractions graves, la confiscation de biens non nécessairement liés à l'infraction déclarée établie, mais probablement d'origine illicite. La réforme envisagée du Code pénal belge maintient ce cap, tout en s'écartant (formellement) de la confiscation élargie.

**1555.** La Cour de justice n'a pas encore eu l'occasion de bâtir sa jurisprudence en matière de confiscation. En Belgique, en revanche, la Cour de cassation a indéniablement accompagné ce

---

<sup>2135</sup> *Doc. parl.*, Ch., session extr. 2019, doc. 55-0417/001.

mouvement tendant à confisquer toujours davantage, en cherchant à d'innombrables occasions à préserver l'efficacité et l'effectivité de la confiscation spéciale. Elle conçoit ainsi très largement la notion d'instrument de l'infraction<sup>2136</sup> et a limité en pratique la portée de l'obligation pourtant claire de réquisitions écrites prévue par les articles 43bis du Code pénal, au prix d'une conception étriquée du principe du contradictoire<sup>2137</sup>. Elle a par ailleurs permis la confiscation spéciale d'avantages patrimoniaux à charge d'une personne, sans qu'il ne soit démontré qu'elle s'est effectivement enrichie par la commission de l'infraction<sup>2138</sup>. La Cour de cassation ainsi que la Cour constitutionnelle se sont en revanche montrées plus protectrices des droits des tiers de bonne foi, à la lumière du droit à un procès équitable, du droit de propriété, ou encore du principe de légalité des peines.

**1556.** Il est difficile d'anticiper l'impact qu'auront en droit interne, les garanties prévues à l'article 8 de la directive 2014/42/UE, étant donné qu'il n'existe pas encore de jurisprudence de la Cour de justice à leur égard. Il s'agit néanmoins d'une avancée salutaire vers une attention plus accrue aux droits des personnes concernées, jusque-là peu considérés dans les instruments internationaux et européens.

**1557.** La prochaine étape, qui paraît inéluctable vu la déclaration du Parlement et du Conseil concomitante à la publication de la directive 2014/42/UE<sup>2139</sup> et les travaux récents de la Commission<sup>2140</sup>, sera l'introduction en droit de l'Union européenne – et par voie de conséquence en droit belge – de mécanismes de confiscation civile ou *in rem*, comme l'Union européenne a d'ailleurs déjà maladroitement tenté de le faire à l'article 4 de la directive 2014/42/UE. Il s'agira certainement de permettre la confiscation de choses probablement d'origine illicite sans condamnation pénale préalable, à charge pour leur propriétaire de démontrer qu'il est plus probable qu'elles ne proviennent en réalité pas d'une infraction. Ce type de mécanisme va donc un pas plus loin encore que la confiscation élargie qui nécessite un constat de culpabilité préalable du chef d'une infraction (grave), pour pouvoir être déclenchée. Il partage néanmoins avec elle l'objectif d'éviter que des biens d'origine illicite puissent être utilisés pour commettre de nouvelles infractions, en se libérant de l'obligation de démontrer la culpabilité de leur propriétaire et d'obtenir la condamnation de ce dernier. Le gel préventif d'avoirs terroriste partage également cet objectif, comme nous le rappellerons dans la section suivante.

---

<sup>2136</sup> Cass., 11 février 2014, P.13.0030.N.

<sup>2137</sup> Voy. notamment Cass., 11 septembre 2013, P.13.0505.F ; Cass., 12 septembre 2018, P.18.0350.F ; Cass., 25 septembre 2018, P.18.0281.N ; Cass., 28 novembre 2018, P.18.0729.F ; Cass., 29 janvier 2019 P.18.0422.N ; Cass., 28 mai 2019, P.19.0113.N.

<sup>2138</sup> Récemment, Cass., 12 novembre 2013, P.12.1744.N. et Cass., 13 mars 2018, P.17.0083.N.

<sup>2139</sup> Déclaration du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2014, voy. Document du Conseil 7329/1/14 REV 1 ADD 1.

<sup>2140</sup> *Commission Staff Working Document - Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*, 12 avril 2019, doc. SWD(2019) 1050 final et *Rapport de la Commission au Parlement Européen et au Conseil. Recouvrement et confiscation d'avoirs: Garantir que le crime ne paie pas*, 2 juin 2020, doc. COM(2020) 217 final.

## **B. Prévenir le risque en se passant d'un débat judiciaire sur la culpabilité**

**1558.** Nous avons souligné que la problématique du financement du terrorisme s'intégrait assez mal au régime de la confiscation, essentiellement pour deux raisons. D'une part, les fonds qu'il convient d'identifier ne sont pas nécessairement d'origine illicite, de sorte que c'est leur destination qui importe et non leur source. D'autre part et plus fondamentalement, priver le terroriste de ressources ne le fera pas renoncer à ses idéaux et ne le dissuadera donc pas d'agir, mais le conduira vraisemblablement à chercher d'autres sources de financement.

**1559.** Cette réalité permet certainement de comprendre pourquoi la confiscation apparaît plus accessoire dans la Convention de New York, ou que les dispositions visant à lutter contre le financement du terrorisme prévues par la Convention de Varsovie paraissent davantage se superposer au cadre déjà défini par la Convention de Strasbourg, que s'y intégrer. Elle explique pourquoi le Conseil de sécurité a opté pour une mesure qui partage des caractéristiques essentielles avec la confiscation, mais ne s'inscrit pas dans un processus judiciaire et ne repose pas sur un quelconque constat de culpabilité : le gel préventif d'actes terroristes. Preuve qu'en matière de financement du terrorisme, la priorité pour les autorités n'est pas tant de juger les coupables, mais bien de réduire le risque d'actes terroristes en privant préventivement par la voie administrative les suspects de tout moyen d'agir.

**1560.** Nous avons constaté que les régimes de gel préventif d'actes terroristes applicables au sein de l'Union européenne (2) et en Belgique (3) découlaient tous de l'action normative du Conseil de sécurité des Nations Unies (3). Nous rappelons les éléments essentiels de notre analyse à propos de chacun d'entre eux, avant de revenir sur les éléments communs essentiels que nous avons mis en évidence au cours de notre étude (4).

### **1. La protection de la paix et de la sécurité internationales au détriment des droits individuels**

**1561.** Deux régimes de gel préventif distincts sont nés de l'action normative du Conseil de sécurité en matière de terrorisme. Ils se rapprochent quant à leurs effets concrets du gel et de la saisie préalables à la confiscation, et de la confiscation quant à leur durée qui n'est pas *a priori* limitée dans le temps. Ils s'en distinguent néanmoins notamment par leur absence de lien avec une procédure judiciaire.

**1562.** Le premier repose sur une série de résolutions qui visaient initialement à imposer des sanctions aux Talibans<sup>2141</sup>, avant de s'orienter vers Oussama Ben Laden et Al-Qaida<sup>2142</sup>. Les deux problématiques ont finalement été distinguées<sup>2143</sup>, et le régime de sanctions visant Al-Qaida a plus récemment été étendu à l'EIIL<sup>2144</sup>, qui en constitue désormais la cible principale<sup>2145</sup>. Expressément qualifié de sanction, ce gel préventif est organisé par le Conseil de sécurité ainsi que par l'un de ses organes subsidiaires, le Comité des sanctions. Nous l'avons

---

<sup>2141</sup> Voy. not. C.S., Résolution 1267, 15 octobre 1999.

<sup>2142</sup> C.S., Résolution 1390, 16 janvier 2002.

<sup>2143</sup> C.S., Résolution 1988 et 1989, 17 juin 2011.

<sup>2144</sup> C.S., Résolution 2170, 15 août 2014.

<sup>2145</sup> Not. C.S., Résolution 2253, 17 décembre 2015 et plus récemment C.S., Résolution 2462, 28 mars 2019.

désigné comme le gel ONU. Il repose sur l'établissement par le Comité des sanctions d'une liste reprenant les noms des personnes et entités dont les Etats – ou les organisations internationales au travers desquelles ils agissent – doivent notamment geler les avoirs. Sauf dérogation, ce gel implique une immobilisation totale des avoirs de la personne visée et fait également obstacle à ce que d'autres avoirs soient mis à sa disposition. Comme nous l'avons indiqué, il n'est *a priori* pas limité dans le temps et n'est lié à aucune procédure judiciaire de confiscation ou de quelque autre nature. Il est préventif en ce qu'il repose sur des « motifs raisonnables » d'appartenance ou de soutien à Al-Qaida ou à l'EIIL, sans que des preuves ou une condamnation pénale de ce chef ne soient nécessaires pour l'ordonner. La désignation d'un Médiateur impartial et indépendant chargé d'examiner les demandes de radiation de liste<sup>2146</sup> constitue la principale avancée du régime en matière de respect des droits des personnes concernée, mais demeure insuffisante pour leur garantir un recours effectif devant un tribunal impartial<sup>2147</sup>.

**1563.** Le second type de gel découle de la résolution 1373 (2001), adoptée au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, en vue de lutter contre le terrorisme<sup>2148</sup>. Non sans susciter les critiques, cette résolution impose aux Etats de prendre plusieurs types de mesures, parmi lesquelles le gel immédiat des avoirs des organisations terroristes et de leurs soutiens, ainsi que l'interdiction que des avoirs soient mis à leur disposition. Ce gel est également de nature préventive et indépendant de toute procédure judiciaire (de confiscation). A l'instar du gel ONU, il n'est pas limité *a priori* dans le temps et porte sur l'intégralité du patrimoine de la personne concernée. En revanche, la résolution 1373 (2001) n'organise aucune dérogation et ne prévoit l'établissement d'aucune liste par le Conseil de sécurité ou l'un de ses organes subsidiaires. Il doit en effet être concrètement mis en œuvre par les Etats et/ou par organisations internationales au travers desquelles ils agissent, dans le respect de leurs obligations en matière de droits fondamentaux<sup>2149</sup>.

## **2. Une mise en œuvre au sein de l'Union européenne encadrée par la Cour de justice et le Tribunal**

**1564.** Ces deux types de gel préventif sont exécutés par l'Union européenne dans le cadre de la PESC, au moyen d'instruments juridiques de même nature<sup>2150</sup>. Nous avons désigné le

---

<sup>2146</sup> C.S., Résolution 1904, 17 décembre 2009.

<sup>2147</sup> Not. EMMERSON, B., *Promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, 26 septembre 2012, doc. A/67/396 et Bureau du Médiateur du Comité des sanctions contre l'EIIL (Daech) et Al-Qaida, *Lettre datée du 7 février 2020, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Médiateur*, doc. S/2020/106, pt. 27.

<sup>2148</sup> C.S., Résolution 1373, 28 septembre 2001.

<sup>2149</sup> Not. en ce sens, C.S., Résolution 1963, 20 décembre 2010, p. 3 ; Comité contre le terrorisme, *Guide technique pour la mise en œuvre de la Résolution 1373 (2001) du Conseil de Sécurité*, 2009, p. 11 disponible sur le site du Comité [www.un.org/sc/ctc/resources/ctccted-basic-documents/policy-papers-and-technical-guidance/](http://www.un.org/sc/ctc/resources/ctccted-basic-documents/policy-papers-and-technical-guidance/) (dernière consultation le 4 juillet 2020). Voy. également la dernière version de ce *Guide*, précitée (p. 16, pt. 6). ; GAFI, *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération. Les recommandations du GAFI*, op. cit., p. 41, a, 2.

<sup>2150</sup> Voy. quant au gel ONU la décision (PESC) 2016/1693 du Conseil du 20 septembre 2016 (*J.O.*, L 255 du 21 septembre 2016, p. 25) et le règlement (CE) n°881/2002 (*J.O.*, L 139 du 29 mai 2002, p. 9) ; et quant au gel UE les positions communes n° 2001/930/PESC relative à la lutte contre le terrorisme et n° 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme ainsi que le règlement n°2580/2001



dispositif de gel applicable élaboré par le législateur de l'Union européenne en application de la résolution 1373 (2001), comme le « gel UE ». Il doit être mis en œuvre par le Conseil, tandis que la Commission est compétente pour adopter les actes d'exécution du gel ONU. Comme tout autre Etat ou organisation internationale, elle doit pour ce faire s'en référer à la liste des sanctions. Le Conseil doit quant à lui se baser sur une décision d'ouverture d'enquête, de poursuites ou de condamnation pour des faits de terrorisme, adoptée par une « autorité compétente » nationale non nécessairement judiciaire, pour inscrire une personne sur la liste européenne de gel UE<sup>2151</sup>. En dépit des précisions apportées par le juge de l'Union, ces critères de désignation demeurent encore incertains, notamment quant à la détermination de ce qu'est une autorité compétente<sup>2152</sup>. A l'instar du gel ONU, le gel UE conduit à une immobilisation complète du patrimoine de la personne physique ou morale visée, sous réserve du bénéfice de dérogation lui permettant d'accéder à une part limitée de ce dernier.

**1565.** Plus récemment, un régime complémentaire au gel ONU a été élaboré<sup>2153</sup> permettant au Conseil de dresser une liste européenne de personnes associées à Al-Qaida et à l'EIL, dont les biens doivent être gelés. Il est organisé suivant une procédure proche, mais pas identique au gel UE, et ses effets sont très semblables aux deux autres dispositifs de gel. En dépit de l'accès à la proposition en accès limité de la Haute représentante représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, nous n'avons pas été en mesure de déterminer ce qui a concrètement conduit le législateur de l'Union à considérer que ce nouveau régime était nécessaire.

**1566.** Outre son interprétation des dispositions des textes où siègent les dispositifs de gel, la Cour de justice a joué un rôle majeur quant à leur mise en œuvre concrète. Elle a ainsi refusé, au nom des principes constitutionnels l'ordre juridique de l'Union européenne, de reconnaître une quelconque immunité juridictionnelle aux actes européens d'exécution des résolutions du Conseil de sécurité en matière de gel ONU, affirmant que le juge de l'Union européenne devait opérer un contrôle juridictionnel en principe complet des décisions européennes ordonnant une telle mesure<sup>2154</sup>. Dans ses arrêts KADI I et KADI II, elle imposa par conséquent à la Commission le respect d'un ensemble de garanties procédurales, non prévues jusque-là par le législateur européen, afin de garantir les droits de la défense et le droit à une protection juridictionnelle effective des personnes visées<sup>2155</sup>. A cet égard, elle s'est en réalité alignée sur

---

concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, tous datés du 27 décembre 2001 (*J.O.*, L 344 du 28 décembre 2001, pp. 70-96. Une version consolidée de ces textes est accessible sur [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).)

<sup>2151</sup> Art. 1<sup>er</sup>, §§ 4 et 5 de la position commune 2001/931/PESC.

<sup>2152</sup> Voy. not. LTTE I, précité en note 1274, point 107 (et références citées). Voy. également AL AQSA, précité en note 1269, point 76 ; HAMAS III, précité en note 1281, point 85. ; HAMAS IV, précité en note 1282, points 82 et s. ; HAMAS V, précité en note 1277, points 43 et 44.

<sup>2153</sup> Décision (PESC) 2016/1693 précitée et Règlement (UE) 2016/1686 du Conseil du 20 septembre 2016 instituant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de l'EIL (Daech) et d'Al-Qaida ainsi que des personnes physiques et morales, des entités ou des organismes qui leur sont liés, *J.O.*, L 255 du 21 septembre 2016, p. 1.

<sup>2154</sup> KADI I, précité en note 1253, not. point 326.

<sup>2155</sup> KADI, I, précité en note 1253, points 334 et s. et KADI II, précité en note 1321, points 99 et s.

la jurisprudence déjà bien établie du Tribunal en matière de gel UE<sup>2156</sup>. Bien que cette jurisprudence volontaire ait mené à la modification du règlement relatif au gel ONU, et ait été reprise dans la décision PESC 2016/1693 et le règlement (UE) 2016/1686 relatifs au gel complémentaire contre Al-Qaida et l'EIIL, rien n'a été fait en matière de gel UE pour mettre la réglementation applicable en concordance avec les principes énoncés par le juge de l'Union.

**1567.** L'harmonisation des principes régissant le contrôle de la compatibilité des mesures de gel avec les droits fondamentaux n'a pas conduit à une celle des obligations incombant à la Commission d'une part, et au Conseil d'autre part quant à la mise en œuvre des gels ONU et UE. Nous avons notamment montré que contrairement à la Commission censée contrôler de manière soigneuse et impartiale les motifs retenus par le Comité des sanctions<sup>2157</sup>, le Conseil doit, en vertu du principe de coopération loyale, autant que possible se référer aux faits tels qu'ils ont été établis par l'autorité nationale compétente, en tout cas lorsqu'elle émane d'un Etat membre<sup>2158</sup>. Dans cette mesure, le contrôle juridictionnel opéré par le juge de l'Union européenne a *de facto* une portée différente, bien qu'il doive dans tous les cas s'assurer que la décision de gel repose sur « une base factuelle suffisamment solide »<sup>2159</sup>.

**1568.** Suivant l'arrêt KADI II, le juge de l'Union devra en effet contrôler les motifs retenus par le Comité des sanctions, en appelant le cas échéant la Commission à solliciter des informations complémentaires au Comité des sanctions<sup>2160</sup>. Saisi d'un recours relatif à une décision de gel UE, il devra en revanche uniquement s'assurer que la mesure repose effectivement sur une décision d'une autorité nationale compétente, et que le Conseil a veillé à indiquer les motifs justifiant sa décision d'ordonner dans le cas d'espèce une mesure de gel, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation des faits ou de détournement de pouvoir<sup>2161</sup>. Son contrôle sera néanmoins plus intense sur le plan factuel à mesure que le gel se prolonge. Il devra en effet s'assurer que le risque d'implication dans des activités terroristes persiste, ce que le Conseil peut démontrer à l'aide de sources autres qu'une nouvelle décision d'une autorité nationale compétente<sup>2162</sup>. La jurisprudence ne permet pas de penser qu'un dialogue pourrait être engagé en cours d'instance entre le Conseil et une autorité nationale, à la demande ou non du juge de l'Union<sup>2163</sup>.

---

<sup>2156</sup> Voy. OMPI, précité en note 1305 et l'arrêt SISON I., précité en note 1305 ainsi que KADI II, précité en note 1321, points 99 et 113. Voy. en ce sens, GLESS, S. et SCHAFFNER, D., « Judicial review of freezing orders due to a UN listing by European courts », *op cit.*, p. 185.

<sup>2157</sup> KADI II, précité en note 1321, point 111.

<sup>2158</sup> OMPI, précité en note 1305, point 124; SISON I, précité en note 1305, point 171; SISON II, précité en note 1277, point 95 et LTTE I, précité en note 1274, point 133.

<sup>2159</sup> KADI II, précité en note 1321, point 119 et plus récemment LTTE II, précité en note 1274, points 26 et 70 ainsi que HAMAS II, précité en note 1294, point 48. Il n'est pas douteux à cet égard qu'il suffit qu'un motif constitue une base suffisante pour soutenir la décision en cause pour qu'elle soit valable et ce même si d'autres motifs ne le seraient pas (KADI II, précité en note 1321, point 130 ainsi que plus récemment T.U.E., arrêt *Al-Gama 'a al-Islamiyya Egypt (Gamaa Islamiya Égypte)/Conseil* du 10 avril 2019, T-643/16, EU:T:2019:238, point 105).

<sup>2160</sup> KADI II, précité en note 1321, 120 et s.

<sup>2161</sup> Not. OMPI, précité en note 1305, point 159 ; LTTE II, précité en note 1274 ; HAMAS II, précité en note 1294.

<sup>2162</sup> Voy. sur cette question, LTTE II, précité en note 1274 et HAMAS II précité en note 1294.

<sup>2163</sup> OMPI, précité en note 1305, point 139, SISON I, précité en note 1305, point 186.

**1569.** En dépit de la restriction au droit de propriété à laquelle conduit l'imposition d'une mesure de gel d'avoirs<sup>2164</sup>, cette mesure n'emporte pas dans l'état actuel de la jurisprudence, de violation dudit droit. Le juge européen estime à cet égard de manière constante qu'elle poursuit l'objectif légitime de lutter contre le terrorisme, qu'elle est de nature à rencontrer cet objectif et qu'elle n'est pas disproportionnée<sup>2165</sup>.

**1570.** Nous avons relevé que vu la marge d'appréciation laissée par la résolution 1373 (2001), le mécanisme de gel UE tel qu'il est exécuté actuellement au sein de l'Union européenne nous paraissait y être conforme. En revanche, le contrôle que la Commission et le juge de l'Union sont censés opérer sur le bienfondé des actes adoptés par le Comité des sanctions, en vertu des arrêts KADI I et II, les conduirait à méconnaître le caractère obligatoire de ces dernières. La Commission ne paraît néanmoins pas décidée à le faire et la jurisprudence récente paraît se contenter d'un contrôle plus formel qu'effectif. La Cour se refuse en réalité à remettre frontalement en cause le régime de sanctions établi par le Conseil de sécurité, en dépit du fait qu'il entre manifestement en contradiction avec les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne. Pour être cohérente, elle ne peut néanmoins selon nous l'éviter. Elle devrait ainsi soit tirer les conséquences de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne en refusant d'appliquer un dispositif qui est contraire à des droits qui constituent l'un des fondements ; soit reconnaître que les résolutions du Conseil de sécurité ont un caractère obligatoire et que la Commission ne peut opérer de contrôle sur les décisions de ce dernier et du Comité des sanctions. Vu l'attitude plus frileuse encore de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Al Dulumi et Montana Management Inc. c. Suisse*<sup>2166</sup>, nous ne pensons néanmoins pas que la Cour de justice se lancera dans cette aventure à court terme.

### **3. La Belgique s'en remet à l'Union européenne et au Conseil national de sécurité en matière de gel préventif d'avoirs**

**1571.** Les résolutions du Conseil de Sécurité et les règlements adoptés par l'Union européenne ont une portée obligatoire dans l'ordre juridique belge. Le gel ONU, le gel UE et le gel européen complémentaire au gel ONU sont en conséquence applicables sur le territoire belge. En vertu de la loi du 11 mai 1995 et de son arrêté royal d'exécution du 2 mai 2002 ainsi que de la loi du 2 mai 2019, aucun acte d'exécution ou de transposition légal ou réglementaire n'est de surcroît nécessaire.

**1572.** A la suite de plusieurs injonctions du GAFI, un mécanisme complémentaire de gel belge a cependant été introduit au sein d'un arrêté royal du 28 décembre 2006, aux fins de mettre en œuvre la résolution 1373 (2001). Ce dernier confère au Conseil national de sécurité, après approbation du Conseil des ministres et sur recommandation de l'OCAM, le pouvoir d'ordonner le gel des avoirs des personnes et entités qui commettent, facilitent, participent à des infractions terroristes, ou tentent de le faire, et qui ne font pas encore l'objet d'une mesure de gel UE, en les inscrivant sur une liste *ad hoc*. Le gel qui en découle a une portée identique à

---

<sup>2164</sup> KADI II, précité en note 1321, point 132.

<sup>2165</sup> KADI I, précité en note 1253, point 358 et s. ainsi que AL AQSA, précité en note 1269, points 120 et s.

<sup>2166</sup> C.E.D.H. [GC], 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, Requête no 5809/08.

celui prévu en droit international et de l'Union européenne, en conduisant à une immobilisation complète, sauf dérogation, du patrimoine de la personne visée.

**1573.** Une circulaire du 7 septembre 2015, étonnamment non publiée au Moniteur belge, précise les conditions dans lesquelles l'OCAM, en concertation notamment avec le Parquet fédéral, propose au Conseil national de sécurité l'ajout, le maintien ou la suppression de noms sur la liste belge. Il ressort de cette dernière que seules les personnes et entités faisant l'objet d'une information ou d'une instruction pénale pour des faits de terrorisme pourront être inscrites, pour autant que l'OCAM décèle à leur égard une menace particulière de commission d'attentats terroristes ou de soutien au terrorisme.

**1574.** Aucune garantie procédurale n'est prévue dans l'arrêté royal du 28 décembre 2006, hormis l'obligation de réexaminer le caractère justifié de l'inscription sur la liste semestriellement et du droit accordé à la personne ou à l'entité concernée de solliciter une telle révision. La circulaire du 7 septembre 2015 n'est pas plus prolixe à cet égard puisqu'elle ne prévoit qu'une obligation de notification de la décision d'inscription et de maintien après une demande de révision, accompagnée des motifs du Conseil national de sécurité, à la personne concernée. Vu l'absence de jurisprudence sur la question, le droit belge n'offre ainsi pas les mêmes garanties procédurales que celles consacrées par la Cour de justice et applicables dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

#### **4. Renoncer à juger pour prévenir la menace terroriste**

**1575.** Plusieurs attentats terroristes meurtriers touchant visant les Etats-Unis, dont ceux du 11 septembre 2001, ont conduit le Conseil de sécurité à prendre des mesures inédites et initiatives pour lutter contre le terrorisme. Parmi elles, figure l'obligation pour les Etats et/ou les organisation internationales auxquelles ils appartiennent de geler préventivement le patrimoine des (groupes) terroristes et de leurs soutiens. L'Union européenne a pris la main dans l'exécution et la mise en œuvre de cette obligation qui est en réalité double : geler les biens d'Al-Qaida et de l'EIIL suivant la liste établie par le Comité des sanctions d'une part, et geler les biens des autres groupes terroristes selon la procédure établie au plan interne ou supranational. Elle est allée plus loin encore en établissant sa propre liste de soutiens présumés à Al-Qaida ou à l'EIIL. La Belgique a quant à elle veillé à assurer une exécution rapide des instruments onusiens et européens sur son territoire, tout en établissant un dispositif national de gel subsidiaire à celui de l'Union européenne.

**1576.** Tous ces dispositifs de gel ont en commun de consister en une immobilisation de l'ensemble du patrimoine de la personne physique ou morale concernée, sauf dérogation, à la suite d'une décision d'une autorité administrative non juridictionnelle. Le gel ONU n'offre de surcroît pas de recours juridictionnel devant un juge indépendant et impartial. Aucun de ces dispositifs n'impose par ailleurs qu'il soit démontré, et *a fortiori* qu'il soit prouvé au-delà du doute raisonnable, que la personne concernée a financé ou finance le terrorisme pour l'ordonner. La mesure de gel préventif vise en effet à prévenir un risque, non nécessairement basé sur une condamnation pénale antérieure pour des faits de terrorisme ou de financement du terrorisme. Elle repose sur l'existence d'une suspicion, fondée sur ses antécédents ou ses

activités présumées, que la personne concernée finance toujours ou ait l'intention de financer le terrorisme, sans ce que comportement actuel et/ou cette intention ne doive(nt) être démontré(s). Aussi, les recours juridictionnels ouverts contre le gel préventif en droit de l'Union – et en droit belge – ne permettront pas à la personne visée de bénéficier d'un procès visant à déterminer si elle est coupable ou non d'une quelconque infraction. Le débat judiciaire, s'il peut avoir lieu, aura en effet uniquement pour objet de déterminer si l'autorité compétente a respecté le cadre juridique fixé et si elle disposait effectivement d'indices suffisants de l'existence d'une menace.

**1577.** Considérés comme des mesures préventives, ces mécanismes de gel d'une durée non limitée dans le temps, nous paraissent cependant revêtir également une portée punitive et dissuasive à l'encontre des soutiens présumés du terrorisme. Les instruments européens et belges qui les instituent précisent d'ailleurs viser les personnes commettant ou participant à des actes terroristes, tandis que le gel ONU est expressément qualifié de « sanction ». Il ressort en outre de l'analyse de la mise en œuvre de ces mesures qu'elles ne prendront fin en pratique que si l'autorité compétente, ou la juridiction saisie, estime qu'il n'existe en réalité plus de risque ou de menace. Il faudra en conséquence qu'elles constatent que la personne concernée a mis fin au comportement infractionnel qu'on lui imputait. Le gel préventif d'avoirs terroristes a de surcroît un impact très dommageable pour la personne qui le subit, puisqu'il la prive de la jouissance de son patrimoine pour une durée qui ne connaît pas de limite prédéterminée.

**1578.** L'existence même de ces mécanismes n'a néanmoins pas été remise en cause par les juridictions de l'Union européenne ou belges en dépit des restrictions indéniables qu'ils portent aux droits fondamentaux des personnes concernées et des principes devant gouverner tout Etat de droit. Le juge de l'Union ne leur a pas davantage reconnu un caractère punitif, partageant à cet égard la position de la Cour européenne des droits de l'homme à propos des mesures préventives.

### **C. La Cour européenne des droits de l'Homme garante de l'efficacité de la lutte contre la criminalité et le terrorisme**

**1579.** Les évolutions les plus récentes du droit des confiscations et l'émergence du gel préventif d'avoirs en matière de terrorisme sont, comme nous l'avons montré, guidées par la recherche de l'efficacité<sup>2167</sup>. L'allègement de la charge de la preuve reposant sur l'autorité de poursuites de l'illicéité des choses dont la confiscation est demandée, ou la faculté donnée à des autorités administratives de geler préventivement tout un patrimoine sur base de soupçons, indépendamment de toute procédure judiciaire, ont en effet pour objectif principal de faciliter la tâche des autorités compétentes pour lutter contre le crime et le terrorisme. Dans leur quête d'efficacité, les législateurs européens et belges se sont régulièrement appuyés sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme pour déterminer ce qui était acceptable ou non du point de vue des droits des personnes concernées.

---

<sup>2167</sup> En ce sens, à propos de la confiscation, professeur BOUCHT, J., *The Limits Of Asset Confiscation. On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, op. cit., p. 10.

**1580.** Comme nous l'avons relevé, la Cour de justice n'a pas eu l'occasion encore de développer sa jurisprudence en matière de confiscation. Elle a par ailleurs encadré la mise en œuvre du gel préventif, sans le remettre en cause dans son principe ni lui reconnaître un caractère punitif, en exigeant le respect par la Commission et le Conseil d'une série de garanties procédurales. En droit interne, la Cour de cassation s'est montrée à de multiples reprises attentives à ne pas entraver l'efficacité des dispositifs de confiscation, tout veillant, à l'instar de la Cour constitutionnelle, à garantir aux tiers la possibilité de faire valoir leurs prétentions sur la chose faisant l'objet de la procédure de confiscation. Cour de justice et des juridictions belges ont dans ce cadre construit leur jurisprudence à la lumière de celle de leur homologue strasbourgeoise. Il était en conséquence essentiel d'examiner cette dernière dans cette étude pour être en mesure d'évaluer la compatibilité du régime actuel de la confiscation et du gel préventif avec les droits fondamentaux.

**1581.** La Cour européenne des droits de l'Homme a en effet développé au fil du temps une jurisprudence abondante en matière de confiscations et a rendu deux arrêts intéressants en lien avec le gel préventif d'avoirs. Les recours portés devant elle concernent essentiellement la portée du droit à un procès équitable (1), du principe de légalité des peines (2) et du droit de propriété (3). Nous revenons ci-dessous sur les principaux enseignements de notre étude à cet égard, ainsi que sur ce qu'ils montrent plus globalement quant à l'attitude de la Cour face aux évolutions du droit des confiscations et du gel préventif d'avoirs (4).

### **1. Couvrez cette présomption d'innocence que la Cour européenne ne saurait voir**

**1582.** L'article 6 de la Convention comporte un volet civil et un volet pénal. Le premier est applicable en cas de contestation portant sur des droits et obligations à caractère civil et siège au paragraphe 1<sup>er</sup>. Le second bénéficie aux personnes faisant l'objet d'une accusation en matière pénale. Il rassemble les garanties générales figurant au paragraphe 1<sup>er</sup>, et celles prévues aux paragraphes 2 et 3 relatifs à la présomption d'innocence et aux droits de la défense.

**1583.** Contrairement à ce que sa lecture pourrait laisser penser, le paragraphe 1<sup>er</sup> ne revêt pas la même portée en matière civile et en matière pénale. La Cour juge en effet de manière constante que

« les impératifs inhérents à la notion de "procès équitable" ne sont pas nécessairement les mêmes dans les litiges relatifs à des droits et obligations de caractère civil que dans les affaires concernant des accusations en matière pénale »<sup>2168</sup>

et que

« les droits de l'accusé et de l'inculpé exigent une protection plus forte que les droits des parties à un procès civil »<sup>2169</sup>.

---

<sup>2168</sup> CEDH, arrêt *Dombo Beheer b.v. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, req. 14448/88, § 32. Voy. également CEDH [GC], arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 43 à propos du paragraphe premier de l'article 6.

<sup>2169</sup> CEDH [GC], arrêt *Moreira Ferreira c. Portugal* (n° 2) du 11 juillet 2017, req. 19867/12, § 67.

Des garanties concrètes distinctes bénéficieront donc aux personnes concernées par les dispositifs de confiscation et de gel préventif d'avoirs suivant le volet de l'article 6 applicable. Or, comme nous l'avons montré, déterminer quel volet doit être appliqué n'est pas chose aisée et a donné lieu à une jurisprudence à notre sens incohérente.

**1584.** Il découle à cet égard de l'arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*<sup>2170</sup>, relatif à un mécanisme de confiscation élargie, qui n'a pas été démenti depuis, que le volet pénal de l'article 6 § 1 est applicable à la procédure de confiscation si « le prononcé de l'ordonnance de confiscation litigieuse s'apparent[e] à une procédure d'infliction de la peine » (§ 39). Il ne fait dès lors aucun doute qu'il est applicable à la procédure pénale au terme de laquelle une peine de confiscation des produits ou des instruments est prononcée, ainsi qu'à celle conduisant à une peine de confiscation élargie. En revanche, la Cour refuse d'appliquer le volet pénal à la procédure de confiscation élargie considérée isolément, qui ne serait qu'un mécanisme de fixation de la peine ne comportant aucune nouvelle accusation<sup>2171</sup>, ainsi qu'aux procédures de confiscation dite préventive, telles que la confiscation civile ou *in rem*<sup>2172</sup> et le gel préventif<sup>2173</sup>. Nous avons montré que son raisonnement à ces occasions était toutefois insatisfaisant à plusieurs égards.

**1585.** Dans l'arrêt *Phillips c. Royaume-Uni*, la Cour écarta en effet l'application du volet pénal de l'article 6 sur pied des critères *Engel*, destinés à déterminer ce qui relève ou non de la matière pénale, sans avoir égard à sa jurisprudence *Deweere c. Belgique* relative à la notion d'accusation<sup>2174</sup>. Or, à notre sens, il ne fait aucun doute que la confiscation des produits, qu'elle soit élargie ou civile, s'inscrit dans le domaine pénal, la question étant de savoir si elle implique l'existence ou non d'une accusation à l'égard du propriétaire du bien en cause. En matière de mesures préventives, elle se borne par ailleurs à invoquer leur caractère préventif pour écarter l'application du volet pénal, considérant qu'elles ne peuvent par nature impliquer l'existence d'une accusation en matière pénale<sup>2175</sup>. Ce faisant, elle accepte en réalité de s'en tenir à la qualification donnée à la mesure en droit interne, sans l'analyser à la lumière de la conception autonome qu'elle donne à la notion d'accusation en matière pénale censée lui permettre d'aller au-delà des apparences.

**1586.** En l'état actuel de la jurisprudence, à moins que la présomption d'innocence garantie par l'article 6 § 2 ne soit applicable dans sa conception large<sup>2176</sup>, notamment en cas d'acquiescement préalable de l'infraction dont découlerait les produits confisqués<sup>2177</sup>, la personne

---

<sup>2170</sup> CEDH, arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, req. 41087/98.

<sup>2171</sup> Not. CEDH, arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, req. 41087/98, § 34 et CEDH, arrêt *Geerings c. Pays-Bas* du 1<sup>er</sup> mars 2007, req. 30810/03, § 44.

<sup>2172</sup> Not. CEDH, arrêt *Raimondo c. Italie* du 22 février 1994, req. 12954/87 ; CEDH, décision *Arcuri e.a. c. Italie* du 5 juillet 2001, req. 52024/99, n° 2 ; CEDH, décision *Riela e.a. c. Italie* du 4 septembre 2001, req. 52439/99, n° 2 ; CEDH, décision *Butler c. Royaume-Uni* du 27 juin 2002, req. 41661/98 ; CEDH, arrêt *Gogitidze e.a. c. Géorgie* du 12 mai 2015, req. 36852/05.

<sup>2173</sup> C.E.D.H., arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 26 novembre 2013, req. 5809/08.

<sup>2174</sup> CEDH, arrêt *Deweere c. Belgique* du 27 février 1980, req. 6903/75 et plus récemment CEDH [GC], arrêt *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018, req. 71409/10, § 119 qui invoque CEDH [GC], arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016, reqs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 249

<sup>2175</sup> Not. CEDH, arrêt *Raimondo c. Italie* du 22 février 1994, req. 12954/87, § 43 en matière de confiscation et plus largement en matière de mesure préventive CEDH, arrêt *Guzzardi c. Italie* du 6 novembre 1980, req. 7367/76 et CEDH [GC], arrêt *De Tommaso c. Italie* du 23 février 2017, req. 43395/09, § 143.

<sup>2176</sup> Sur cette question, voy. not. CEDH [GC], arrêt *Allen c. Royaume-Uni* du 12 juillet 2013, req. 25424/09, § 104.

<sup>2177</sup> Not. CEDH, arrêt *Geerings c. Pays-Bas* du 1<sup>er</sup> mars 2007, req. 30810/03, § 44 et CEDH, arrêt *Gogitidze e.a. c. Géorgie* du 12 mai 2015, req. 36852/05, § 124.

concernée par une procédure de confiscation élargie, de confiscation sans condamnation préalable voire de gel préventif ne pourra en bénéficier. Seul le volet civil est en effet applicable. Dans ce cadre, la Cour n'a pas considéré que les caractéristiques propres de ces mécanismes, dont notamment l'usage de présomptions légales assouplissant la charge de la preuve reposant sur l'autorité sollicitant la confiscation, portaient atteinte à leur droit à un procès équitable. En matière de confiscation élargie, elle n'a en outre pas jugé que les présomptions légales sur lesquelles ce type de mécanisme était fondé portaient atteinte à l'équité générale de la procédure pénale dans laquelle elles s'inscrivent<sup>2178</sup>.

**1587.** Dans l'affaire *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* <sup>2179</sup>, qui concernait un mécanisme de gel préventif d'avoirs ordonné par le Conseil de sécurité des Nations Unies distinct mais semblable à celui visant Al-Qaida et l'EIIL, la Cour a par ailleurs refusé de remettre en cause le dispositif de sanctions qui lui était soumis en son principe et à lui reconnaître un caractère pénal. Elle a par ailleurs considéré qu'il incombait à l'Etat Partie de veiller à le mettre en œuvre en s'assurant du respect des droits fondamentaux. Or, en l'espèce, tel qu'il était organisé, à l'instar de celui visant Al-Qaida et l'EIIL, le régime en cause ne laissait aucune réelle marge de manœuvre à l'Etat concerné. Elle prit une position similaire à l'occasion de l'affaire *Nada c. Suisse*, relative quant à elle au régime de sanctions contre Al-Qaida mais portant sur une autre mesure que le gel préventif d'avoirs. La Cour consacra en outre une conception très étroite du droit à un procès équitable, réduit à la garantie pour la personne concernée de ne pas subir une mesure arbitraire. A l'occasion de cet arrêt, la Cour a encore salué la jurisprudence de la Cour de justice, ce qui ne permet pas de penser qu'elle adoptera dans un futur proche une attitude moins conciliante à l'égard des régimes de sanction du Conseil de sécurité.

**1588.** Aussi, alors que les principes qu'elle avait développés pendant des décennies auraient pu ou dû la conduire à s'opposer à l'évolution du droit des confiscations et l'émergence du gel préventif d'avoirs, la Cour s'est en réalité montrée particulièrement collaborative, préférant parfois demeurer dans la fiction plutôt que de faire face à la réalité, comme en matière de confiscation civile ou de gel d'avoirs.

## **2. Le principe de légalité des peines, le bouclier du tiers innocent**

**1589.** L'article 7 de la Convention impose que la loi pénale soit prévisible, afin que le justiciable soit en mesure de déterminer si le comportement qu'il entend adopter est susceptible d'engager sa responsabilité pénale. Dans cette mesure, il paraîtrait illogique de sanctionner une personne qui n'a commis aucun acte répréhensible, en raison de l'infraction commise par un tiers. Le principe de légalité des peines pourrait donc entrer en contradiction avec les dispositifs de confiscation ne reposant pas sur la condamnation pénale préalable de celui qui la subit, ainsi qu'avec le gel préventif d'avoirs, qui n'implique aucune condamnation pénale préalable de qui que ce soit. Encore faut-il déterminer si ces mesures peuvent être qualifiées de peine au sens de l'article 7.

---

<sup>2178</sup> Not. CEDH, arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* du 5 juillet 2001, req. 41087/98.

<sup>2179</sup> C.E.D.H. [GC], arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21 juin 2016, req. 5809/08.



**1590.** Deux arrêts permettent de comprendre la position de la Cour en la matière : *Welch c. Royaume-Uni*<sup>2180</sup> et *G.I.E.M. S.R.L. e.a. c. Italie*<sup>2181</sup>. Il en découle que les dispositifs de confiscation fondés sur une déclaration de culpabilité préalable constituent une peine. La confiscation des instruments et des produits ainsi que la confiscation élargie relèvent en conséquence de l'article 7, sans y être contraire selon la Cour. Suivant l'arrêt *G.I.E.M.*, la confiscation fondée sur une condamnation préalable portant sur des avoirs appartenant à des tiers relève également de l'article 7. Or, en règle nul ne peut être sanctionné du fait d'autrui de sorte que l'innocence du tiers devrait lui permettre d'échapper à la confiscation de son bien, ce qui implique naturellement que le tiers soit en mesure de se défendre.

**1591.** Au vu de l'arrêt *G.I.E.M.*, il faut en revanche distinguer deux situations en ce qui concerne les tiers de mauvaise foi. D'une part, si la mauvaise foi se rapporte à la commission de l'infraction déclarée établie, l'article 7 ne peut lui permettre de faire obstacle à la confiscation étant donné qu'il n'est pas innocent, bien qu'il n'ait pas été formellement condamné sur le plan pénal. Il est néanmoins indispensable dans ce cas qu'il ait pu se défendre et bénéficier des garanties d'un procès équitable au sens de l'article 6, dont la présomption d'innocence. La confiscation d'avantages patrimoniaux et d'instruments prononcée à charge du condamné mais portant sur des biens appartenant à un tiers, prévue en droit belge n'est pas contraire à ces principes, pour autant que le tiers puisse soit en mesure de faire valoir ses prétentions et notamment sa bonne foi. D'autre part, si la mauvaise foi du tiers découle de son comportement postérieurement à la commission de l'infraction, la confiscation de son bien ne paraît pas compatible avec l'article 7, étant donné qu'il est innocent au regard de l'infraction déclarée établie. Les mécanismes de confiscation à l'égard des tiers visés à l'article 6 de la directive 2014/42/UE ou dans le cadre de la procédure d'EPE en droit belge, nous paraissent donc entrer en contradiction avec l'article 7 tel qu'interprété dans l'arrêt *G.I.E.M.*

**1592.** Non sans susciter des critiques en son sein, la Cour a encore considéré dans l'arrêt *G.I.E.M.* qu'une condamnation formelle préalable n'était pas indispensable, une condamnation substantielle étant suffisante, pour que la peine imposée soit compatible avec l'article 7. Elle indiqua que les garanties du procès équitable visées à l'article 6 devaient néanmoins avoir été respectées lors de la procédure menant à ce constat de culpabilité. Cette prise de position nous paraît, comme à certains membres de la Cour, très problématique en ce qu'elle implique que le respect d'un droit substantiel dépende du respect de garanties procédurales. Dans cette mesure, l'article 4 § 2 de la directive qui introduit un dispositif de confiscation non fondé sur une condamnation formelle mais substantielle ne paraît pas contraire à l'article 7 pour autant qu'un tiers innocent ne la subisse en réalité pas du fait, par exemple, du décès du suspect.

**1593.** Bien que les arrêts *Welch* (§ 30) et *G.I.E.M.* (§ 216) puissent laisser penser que la Cour pourrait qualifier une mesure préventive de peine, la jurisprudence récente<sup>2182</sup> ne permet pas de penser qu'elle revienne sur sa jurisprudence constante déniait cette qualification aux

---

<sup>2180</sup> CEDH, arrêt *Welch c. Royaume-Uni* du 9 février 1995, req. 17440/90.

<sup>2181</sup> CEDH [GC], *G.I.E.M. e.a. c. Italie* du 28 juin 2018, reqs. 1828/06 34163/07 et 19029/11.

<sup>2182</sup> CEDH, arrêt *Balsamo c. Saint-Marin* du 8 octobre 2019, reqs. 20319/17 21414/17.

confiscation civiles ou préventives<sup>2183</sup> ainsi qu'aux sanctions préventives découlant des résolutions du Conseil de sécurité<sup>2184</sup>, à court terme.

### 3. Le droit de propriété, souvent invoqué rarement méconnu

**1594.** L'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole additionnel à la Convention garantit « en substance le droit de propriété »<sup>2185</sup>. Etant donné qu'il ne présente pas un caractère absolu, il peut être restreint. Cependant, dans ce cas, la Cour vérifiera que l'ingérence en cause respecte le principe de légalité, tendant à exclure tout risque d'arbitraire, poursuit un but légitime d'intérêt général et ménage un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu<sup>2186</sup>.

**1595.** Bien qu'il n'ait à notre connaissance pas été invoqué en matière de gel préventif, il l'est souvent en matière de confiscations et de saisies. Dans ce cadre, le débat porte généralement sur l'existence ou non d'un juste équilibre entre l'intérêt public à la saisie ou à la confiscation et l'intérêt privé à pouvoir librement jouir de ses biens. Nous avons pu constater que l'intérêt public prévalait généralement sur l'intérêt privé et n'a pas permis de remettre en cause la confiscation élargie ou la confiscation civile. La personne concernée devra néanmoins avoir eu l'occasion de se défendre et le juge doit disposer d'un réel pouvoir d'appréciation pour que la mesure soit compatible avec ce droit.

### 4. La Cour s'est égarée en prenant le chemin de l'efficacité

**1596.** La Cour européenne des droits de l'Homme a accompagné l'évolution du droit des confiscations en invoquant la nécessité de permettre aux autorités compétentes de lutter efficacement contre la criminalité et le terrorisme.

**1597.** Dans cet esprit, elle a refusé de voir dans les mécanismes de confiscation élargie une nouvelle accusation et donc de garantir aux personnes concernées le bénéfice de la présomption d'innocence. Or, lorsqu'ils permettent la confiscation de biens ne provenant pas de l'infraction déclarée établie mais d'autres infractions, qui n'ont pas été pénalement déclarées établies, ces mécanismes reposent indéniablement sur une présomption de culpabilité et sont bien davantage qu'un simple dispositif de fixation de la peine. Cette jurisprudence très conciliante a laissé le champ libre à l'Union européenne et à la Belgique pour élaborer les dispositifs de confiscation élargie que nous avons analysés dans la première partie de cette étude.

**1598.** La Cour ne s'est pas opposée non plus à la mise en œuvre de mesures préventives de confiscation de produits et de gel d'avoirs terroristes, refusant même péremptoirement aux

---

<sup>2183</sup> Voy. avant l'arrêt *Welch*, CEDH, arrêt *Raimondo c. Italie* du 22 février 1994, req. 12954/87, § 43 et après l'arrêt *Welch*, CEDH, arrêt *Gogitidze e.a. c. Géorgie* du 12 mai 2015, req. 3682/05, § 121 ; CEDH [GC], arrêt *De Tommaso c. Italie* du 23 février 2017, req. 43395/09, § 143.

<sup>2184</sup> C.E.D.H., arrêt *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 26 novembre 2013, req. 5809/08.

<sup>2185</sup> CEDH [plénière], arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, req. 6833/74, § 63.

<sup>2186</sup> Not. CEDH [GC], arrêt *Beyeleer c. Italie* du 5 janvier 2000, req. 33202/96, §§ 108 et s. ; CEDH [GC], arrêt *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie* du 25 octobre 2012, req. 71243/01, §§ 94 et s. ; CEDH [GC], arrêt *Bélané Nagy c. Hongrie* du 13 décembre 2016, req. 53080/13, §§ 112 et s.

personnes qui les subissent le bénéfice du volet pénal de l'article 6 ainsi que de l'article 7. En matière de gel préventif, mesure certainement la plus attentatoire aux droits des personnes que nous avons analysée, elle n'a de surcroît pas hésité à limiter la portée du droit à un procès équitable à la garantie de l'absence d'arbitraire. Plus fondamentalement, la Cour a ainsi renoncé à mettre en œuvre la conception autonome et extensive de la notion d' « accusation en matière pénale » qu'elle a longuement développée au fil de sa jurisprudence, consacrant de fait une conception plus étroite de la présomption d'innocence dans sa dimension interne. Comme nous l'avons relevé, elle a en outre renoncé à constater que ces dispositifs préventifs ne visaient pas seulement des biens en raison de leur probable illicéité, mais également et surtout des personnes dont la culpabilité est présumée sans avoir à être démontrée au-delà du doute raisonnable.

**1599.** La Cour a par ailleurs encore montré son attachement à la fiction en prétendant ne pas voir que les dispositifs obligatoires de gel préventif d'avoirs organisés par le Conseil de sécurité des Nations Unies ne laissent pas de réelle marge de manœuvre aux Etats. En refusant de constater l'incompatibilité du régime qui lui était soumis avec les principes qu'elle a pourtant elle-même développés, elle a ainsi renoncé à se poser en véritable garante des droits fondamentaux au sein du Conseil de l'Europe, au nom de la nécessité de lutter efficacement pour la paix et la sécurité internationales

**1600.** Au nom de l'efficacité de la lutte contre la criminalité encore, la Cour a jugé dans l'arrêt *G.I.E.M. e.a. c. Italie* qu'une peine au sens de l'article 7 pouvait être imposée sans être précédée d'une condamnation préalable formelle, et ce moyennant le respect des garanties du procès équitable. Cette prise de position nous paraît être un contre-sens et un dangereux précédent. Seul l'avenir permettra néanmoins de déterminer quelle sera la portée de cet arrêt critiqué de toutes parts au sein de la Cour.

**1601.** Sans réelle surprise au vu de ce qui précède, le droit de propriété devra *a priori* s'incliner face à l'intérêt public à confisquer des biens liés à une infraction. L'article 1<sup>er</sup> du PPAC n'apparaît donc pas constituer à lui seul un moyen efficace pour faire obstacle à la confiscation, voire à notre sens, contre le gel préventif d'avoirs.

**1602.** Enfin, plus globalement, notre étude a montré qu'en dépit des critiques formulées par quelques juges dissidents, la Cour s'est engagée sur la voie d'une conception toujours plus étroite de la présomption d'innocence et de l'interdiction d'être sanctionné sans avoir été préalablement déclaré coupable d'une infraction. Elle avance à découvert à cet égard, faisant part de sa volonté de ne pas entraver les initiatives prises par les Etats parties en matière de lutte contre la criminalité et le terrorisme. Egalement gagnée par l'idée que cette lutte nécessaire impliquerait une limitation de la portée des droits fondamentaux, la Cour semble ainsi avoir perdu de vue sa raison d'être : garantir le respect des droits et libertés consacrés par la Convention, socles de l'Etat de droit.

#### **D. Lutter efficacement contre le crime et le terrorisme sans renier nos valeurs**

**1603.** Nous avons montré que toutes les initiatives prises en matière de confiscation depuis plus de trente ans ainsi que la création du gel préventif d'avoirs terroristes, n'avaient d'autre

objectif final que de faire face à la menace que représentent les organisations criminelles et terroristes pour l'Etat de droit<sup>2187</sup>. L'évolution de la matière montre néanmoins que ces mesures se sont développées, sous l'impulsion de l'Exécutif<sup>2188</sup>, en opposition avec les droits fondamentaux. Ces derniers sont perçus comme un obstacle à l'efficacité de la lutte contre le crime et le terrorisme, alors que leur respect est précisément ce qui distingue l'Etat de droit de l'Etat totalitaire. Nous pensons en conséquence qu'il faut changer de perspective, en faisant de la présomption d'innocence et du droit à ne pas être sanctionné sans que sa responsabilité pénale n'ait été établie, qui poursuivent le même objectif<sup>2189</sup>, le socle du droit des confiscations et du gel préventif d'avoirs terroristes. Dans cette optique, il devrait évoluer en tenant compte des lignes directrices suivantes.

**1604.** Il est tout d'abord indispensable de reconnaître que la privation d'un bien justifiée par son origine ou sa destination illicite, et non par sa nature intrinsèque, poursuit un objectif répressif et constitue une peine. Le caractère éventuellement également préventif d'une telle mesure n'y change rien et ne peut conduire à limiter les droits de la personne concernée. La confiscation d'un bien ne devrait dès lors pas pouvoir être ordonnée sans que l'infraction qu'elle sanctionne soit identifiée et la responsabilité de la personne concernée prouvée au-delà du doute raisonnable. L'usage de présomptions de droit ou de fait devrait ainsi être circonscrit à l'évaluation des produits de l'infraction déclarée établie et ne devrait pas permettre d'en sanctionner d'autres.

**1605.** Ensuite, s'il peut être nécessaire dans le contexte du terrorisme d'adopter des mesures préventives d'urgence, celles-ci ne doivent durer qu'un temps limité prédéterminé. Elles ne doivent, en tout état de cause, pas pouvoir être maintenues au-delà du délai nécessaire à l'ouverture d'une procédure pénale, dans le cadre de laquelle une saisie pénale pourra le cas échéant être ordonnée. A défaut, ces mesures doivent être qualifiées de peines et la procédure dans laquelle elles s'inscrivent relever du volet pénal du droit à un procès équitable. En outre, à défaut d'un recours juridictionnel effectif devant un tribunal international, le dispositif de sanctions ciblées contre Al-Qaida et l'EIIL ne peut être jugé compatible avec les droits fondamentaux que garantissent la Convention et la Charte aux personnes concernées. Les Cour de Strasbourg et de Luxembourg doivent oser l'affirmer sans équivoque et en tirer les conséquences qui s'imposent.

**1606.** De plus, les personnes qui n'ont pas été déclarées coupables d'une infraction ne peuvent être sanctionnées de ce chef. Par conséquent, il faut privilégier la confiscation de valeur lorsque les biens tirés d'une infraction ne peuvent être retrouvés en possession du condamné. En outre, le tiers qui aurait volontairement aidé ce dernier à échapper aux effets d'une peine de confiscation, en acquérant par exemple ses biens en connaissance de cause, doit être poursuivi de ce fait et déclaré coupable, avant qu'une peine de confiscation puisse être prononcée à son

---

<sup>2187</sup> Voy. ce sens très récemment, *Rapport de La Commission au Parlement européen et au Conseil. Recouvrement et confiscation d'avoirs : Garantir que le crime ne paie pas*, 2 juin 2020, doc. COM(2020) 217 final, p. 16.

<sup>2188</sup> Voy. à ce propos le constat dressé par l'avocat général VANDERMEERSCH à la suite de sa mission au sein de la Commission de réforme du Code pénal, VANDERMEERSCH, D., « La réforme du Code pénal : un exercice impossible ? », *op. cit.*, pp. 139 et s.

<sup>2189</sup> Voy. not. CEDH [GC], *G.I.E.M. e.a. c. Italie* du 28 juin 2018, reqs. 1828/06 34163/07 et 19029/11, § 244.

égard. La confiscation à l'égard de tiers ne peut en effet pallier l'absence de poursuites pour blanchiment ou recel.

**1607.** Par ailleurs, la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme se situe dans le noyau dur du droit pénal, elle ne peut donc être décriminalisée et confiée à des autorités administratives. Au contraire, elle doit être menée sur le terrain judiciaire, en reconnaissant au juge un pouvoir de pleine juridiction, notamment en ce qui concerne les éléments factuels invoqués par l'autorité compétente. Elle ne peut conduire à l'adoption de mesures attentatoires aux droits des personnes, telles que la confiscation de leurs biens ou le gel indéterminé de ceux-ci, sur la seule base de présomptions ou d'indices d'existence d'un risque.

**1608.** Enfin, plus généralement, la mainmise de l'Exécutif sur la création de la norme et un recul global des exigences de l'Etat de droit ne peuvent servir de remède aux difficultés que rencontrent les autorités face à certains phénomènes criminels. Ces dernières doivent en revanche disposer des moyens humains et financiers suffisants pour mener ce combat, tout en garantissant le plus haut degré de protection des droits des justiciables sur le fondement de normes adoptées au terme d'un réel débat démocratique.



## Bibliographie

ALAGNA, F., « Non-conviction Based Confiscation : Why the EU Directive is a Missed Opportunity », *Eur J Crim Policy Res*, 2015, pp. 447–461.

ALBRECHT, H.J. et FIJNAUT, C. (ed), *the Containment of transnational organized crime: comments on the UN convention of december 2000*, Fribourg, Luscrim, 2002.

ANGELET, N., « Vers un renversement de la prévention et de la répression du terrorisme par des moyens financiers et économiques », in BANNELIER K., CHRISTAKIS, T., CORTEN, O. et DELCOURT, B. (s.l.d.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, III, pp. 219-238.

ASHWORTH, A., « Four threats to the presumption of innocence », *E&P*, 2006, pp. 241-279.

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL (AIDP), « Le financement du terrorisme. Résolution », *Revue internationale de droit pénal* 2009/3 (Vol.80), p. 519-524.

BACIO-TERRACINO, J., « Corruption As A Violation Of Human Rights », *International Council on Human Rights Policy*, 2008.

BANTEKAS, I., « The International Law of Terrorist Financing », *A.J.I.L.*, 2003, Vol. 97, n°2, pp. 315-333.

BEAUCILLON, C., *Les mesures restrictives de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

BEERNAERT, M.-A., *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal : analyse comparée et critique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 616 p.

BEERNAERT, M.-A., « Repentis » ou « collaborateurs de justice » : quelle légitimité dans le système pénal ? », *Droit et société*, 3/2003 (n°55), pp. 693-711.

BEERNAERT, M.-A., BOSLY, H.-D et VANDERMEERSCH, D., *Droit de la procédure pénale*, 7<sup>ème</sup> édition, Tome I, Bruges, La Charte, 2014.

BEERNAERT, M.-A., BOSLY, H.-D et VANDERMEERSCH, D., *Droit de la procédure pénale*, 8<sup>ème</sup> édition, Tome I, Bruges, La Charte, 2017.

BEERNAERT, M.-A., et KRENC, F., *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2019.

BERNARD, D., DEJEMEPPE, B. et GUILLAIN, Ch., « la confiscation pénale : une peine pas si accessoire », in GUILLAIN, Ch., *e.a.*, (sous la dir. de), *Questions spéciales en droit pénal*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 5-54.

BERNARDI, A. « La lutte contre le terrorisme en droit international et en droit européen. Fondements et objectifs des incriminations et des peines », in BERNARD, D., *e.a.*, *Fondements*

*et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 111-148.

BLANCO CORDERO, I., « Modern Forms of Confiscation and Protection of Third Parties », in LIGETI, K. et SIMONATO, M., *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Oxford and Portland, Hart, 2017, pp. 139-154.

BOISSON DE CHAZOURNES, L., « Des relations entre l'ONU et les organisations régionales à l'aune des tribulations de l'affaire KADI », in DOUMBE-BILLE, S. e.a., *Ombres et lumière du droit international – Mélanges en l'honneur du Professeur Habib Slim*, Paris, Pedone, 2016, pp. 71-83.

BOISTER, N., « Transnational Criminal Law? », *EJIL* (2003), Vol. 14 No. 5, 953–976.

BORGERS, M. J., « Confiscation of the proceeds of Crime: The European Union Framework », in KING, C. et WALKER, C., *Dirty Assets. Emerging Issues in the Regulation of Criminal and Terrorist Assets*, Farnham, Ashgate, 2014, pp. 27-45.

BOSLY, H.-D., « La saisie conservatoire en matière pénale d'un immeuble », *Rép. not.*, Tome XVII, Le droit pénal, Livre 1, Le droit pénal, Bruxelles, Larcier, 2014.

BOUCHT, J., « 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 », *EJCCL*, 2013, pp. 127-162.

BOUCHT, J., « Chapter 6: Civil Asset Forfeiture and article 6(2) ECHR », in RUI, J. P et SIEBER, U., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlin, Duncker & Humblot, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2015, pp. 151-189.

BOUCHT, J., *The Limits Of Asset Confiscation. On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, Oxford and Portland, Hart, 2017.

BRAILLARD, P., « Globalisation financière et sécurité internationale : problématique de la lutte contre le blanchiment d'argent sale et contre le financement du terrorisme », in DE SENARCKENS, P. (dir.), *Les frontières dans tous leurs Etats. Les relations internationales au défi de la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.181-208.

BRAUM, S., « Titre III. Le blanchiment de capitaux : infraction traditionnelle ou instrument du contrôle social post-moderne ? », in CLESSE, C.-E., et NAGELS, C. (dir.), *20 ans de lutte anti-blanchiment en Belgique. Bilan et Perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 33-44.

CARTIER-BRESSON, J., « Comptes et mécomptes de la mondialisation du crime », *L'Économie politique*, 2002/3 (no 15), p. 22-37.

CASSANI, U., « Combattre le crime en confisquant les profits : nouvelles perspectives d'une justice transnationale », in SENN, A. (Ed.), *Wirtschaftskriminalität = Criminalité économique*, Chur, Rüegger, 1999. p. 257-288.



CASSANI, U., « L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse : la lutte contre le blanchiment d'argent », *Revue de droit suisse*, 2008, vol. II, pp. 227-398.

CASSANI, U., « Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit pénal européen en matière de blanchiment », in BERNARD, D., *e.a.*, *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 247-266.

CESONI, M.-L., « L'organisation criminelle », in BOSLY, H.-D. et DE VALKENEER, C. (éd.), *Les infractions – Volume 5*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, pp. 581-637.

CESONI, M.-L., « incriminer les "groupes délinquants" organisés : des objectifs décalés », in BERNARD, D., *e.a.*, *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 149-170.

CONSTANT, J., *Manuel de droit pénal, première partie, Les principes généraux*, 4e édition, Liège, 1948.

CONSTANT, J., *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Imprimerie Nationale, 1965, t. II.

CORTEN, O., « Vers un renforcement des pouvoirs du Conseil de Sécurité dans la lutte contre le terrorisme », in BANNELIER K., CHRISTAKIS, T., CORTEN, O. et DELCOURT, B. (s.l.d.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, III., pp. 259- 277.

DANTINNE, M. et SERON, V., « Chronique de criminologie. Financement du terrorisme », *Rev. dr. pen.*, 2003, pp. 847-860.

D'ARGENT, P., « La loi du 11 mai 1995 relative à la mise en œuvre des décisions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies », *J.T.*, 1996, n° 5801, pp. 357-360.

D'ARGENT, P., « Arrêt "Kadi" : le droit communautaire comme droit interne », *J.D.E.*, 2008, pp. 265-268.

DAVID, E., « Les juridictions belges : la pratique belge », in RIDEAU, J., GREWE, C., BALMOND, L. et ARCARI, M. (dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 265-274.

DAVIS, K. E., « The financial war on terrorism », in RAMRAJ, V.V., HOR, M. and ROACH, K. (ed.), *Global anti-terrorism Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 179-198.

DECOURRIERE, A., « Stupéfians », *Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer, 2003.

DELMAS-MARTY, M., *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Editions du Seuil, 2004.

DE NAUW, A., « De voordeelsontneming van zaken van derden », *R.W.*, 1995-1996, p. 1371.

DE NAUW, A. et KUTY, F., *Manuel de droit pénal spécial*, Bruxelles, Kluwer, 2014.

DE SWAEF, M., « De bijzondere verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen uit misdrijven », *R.W.*, 1990-1991, pp. 490-493.

DURANT, I., « Chapitre 1 - Les valeurs patrimoniales » in *Droit des biens*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017.

FALLETTI, F., « La confiscation de l'argent sale ou les nouveaux instruments de l'action internationale à l'égard du ressort des activités criminelles », *Revue internationale de droit pénal*, 2003/1 (Vol. 74), pp. 589-617.

FERET, J. et PEYRO LLOPIS, A., « La lutte contre le terrorisme : instruments et institutions », in HENNEBEL, L. et VANDERMEERSCH, D., *Juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 263-350.

FERNANDEZ-BERTIER, M., « The confiscation and recovery of criminal property: a European Union state of the art », *ERA Forum*, 2016.

FERNANDEZ de CASADEVANTE ROMANI, C., *International Law of victims*, Berlin, Springer, 2012.

FIJNAUT, C., « Transnational Crime and the Role of the United Nations in Its Containment through International Cooperation: A Challenge for the 21st Century », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2000, Vol. 8/2, 119–127.

FLORE, D., *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2<sup>ème</sup> édition, Bruxelles, Larcier, 2014.

GALLI, F., « The freezing of terrorists' assets: preventive purposes with a punitive effect », in GALLI, F. et WEYEMBERGH, A., *Do Labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The Influence of the EU*, Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 2014, pp. 43-68.

GARDELLA, A., « The fight against the Financing of Terrorism between Judicial and Regulatory Cooperation », in BIANCHI, A. (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 415-452.

GEARTY, C., « In Praise of Awkwardness: Kadi in the CJEU », *EuConst*, 2014, vol. 1, pp. 15-27.

GILMORE, W., *Dirty Money – The evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 4<sup>ème</sup> édition, 2011.

GLESS, S. et SCHAFFNER, D., « Judicial review of freezing orders due to a UN listing by European courts », in BRAUM, S. et WEYEMBERGH, A. (eds.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 163-193.

GOEDSEELS, Q., *Commentaire du Code pénal belge*, éd. 1948, Bruxelles, Bruylant, t. 1.

GOZZI M.-H. et LABORDE, J.-P., « Les Nations Unies et le droit des victimes du terrorisme », *Revue internationale de droit pénal* 2005/3, Vol. 76, p. 275-298.

GUILLAIN, Ch., « Les injonction pénales du droit international et du droit européen en matière de drogue : un dialogue de sourds ? », in BERNARD, D., *e.a.*, *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 179-205.

GUILLAUME, G., « Préface », in BANNELIER, K., CHRISTAKIS, T., CORTEN, O. et DELCOURT, B. (s.l.d.), *Le droit international face au terrorisme. Après le 11 septembre 2001*, Paris, Pedone, 2002, III.

HARPAZ, G. « Common Foreign and Security Policy, counter-terrorism measures and judicial review: Hamas and LTTE », *Common Mark. Law Rev.*, 2018 pp .1917-1940.

HAUS, J.J., *Principes généraux du droit pénal belge*, 3<sup>ème</sup> édition., Gand, Hoste, 1879.

HOLLENBERG, S, « The Security Council's 1267/1989 Targeted Sanctions Regime and the Use of Confidential Information: a Proposal for Decentralization of Review », *L.J.I.L.*, 2015, pp. 49-71.

JAKHIAN, G., « L'infraction de blanchiment et la peine de confiscation en droit belge », *R.D.P.C.*, 1991, pp. 765-788.

KAIIFA-GBANDI, M., « Punishing Corruption in the Public and the Private Sector: The Legal Framework of the European Union in the International Scene and the Greek Legal Order », *Eur. J. crime Cr. L. Cr. J*, 2010, pp. 139-183.

KLEES, O., « Quand la Cour de cassation met les points sur les "i" en matière de saisie pénale immobilière par équivalent », note sous Cass. (2e ch.), 11 janvier 2012, *J.T.*, 2012, pp. 267-270.

KLEES, O., « La cigale et la fourmi ou le juge pénal et la confiscation », in F. KUTY et A. WEYEMBERGH, *La science pénale dans tous ses états. Liber amicorum Patrick Mandoux et Marc Preumont*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 50-75.

KLEIN, P., « note sur la Convention pour la répression du financement du terrorisme », [legal.un.org/avl/ha/icsft/icsft.html](http://legal.un.org/avl/ha/icsft/icsft.html).

KUTY, F., *Principes généraux de droit pénal belge. Tome IV : la peine*, Bruxelles, Larcier, 2017.

KYRIAKOS-SAAD, N., ESPOSITO, G. et SCHWARZ, N., « The incestuous relationship between corruption and money laundering », *Rev. intern. dr. pén.*, 2012, vol. 83., pp. 161-172.

LAVAUUX, S. et PIETERS, P., « Les listes nationales et internationales des organisations terroristes », *rev. dr. pen.*, 2008, pp. 715-742.

LECLERCQ, J.-F., « Considérations sur quelques dispositions de droit international concernant la lutte contre le terrorisme », *Pas.* 2009, liv. 12.

LEVI, M., « Lessons for countering terrorist financing from the war on serious and organized crime », in BIERSTEKER, T. and ECKERT, S. (eds.), *Countering the Financing of Terrorism*, London, Routledge, 2007, pp. 260-288.

LIEKENDAEL C., « note sous Cass., 4 juillet 1986 », *R.D.P.C.*, 1986, p. 912.

LUGENTZ, F., « Saisie et confiscation par équivalent d'avantages patrimoniaux tirés directement des infractions et d'immeubles : pour un régime enfin cohérent ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, pp. 836-854.

LUGENTZ, F., « note sous Cass., 20 mars 2012, P.11.1952. F », *Dr.pén.ent.*, 2012, pp. 272-274.

LUGENTZ, F. et VANDERMEERSCH, D., *Saisie et confiscation en matière pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

MARTIN, J.-C., *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

MASSET, A., « La confiscation en matière pénale », *Postal Memorialis*, Kluwer, 2015.

MAUGERI, A. M., « The criminal sanction against the illicit proceeds of criminal organisations », *N.J.E.C.L.*, 2012, Vol. 3, pp. 257-297.

McCLEAN, D., *Transnational Organized Crime. A commentary on The United Nations Convention and its protocols*, Oxford Commentaries on International Law, 2007.

MEAN, J.-P., « The actors in the fight against corruption », in BOISSON DE CHAZOURNES, L. et al. (Eds.), *The global compact of the United Nations 10 years after*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 69-85.

MENA PARRAS, F. J., « Retour sur *Kadi* : de la nécessité d'une jurisprudence de type Solange I dans les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit des Nation Unies », *Cahiers de droit européen*, 2010, n° 5-6, pp. 683-729.

MESSINNE, J., « La loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43bis dans ce même Code », *J.T.*, 1991, pp. 484-493.

MITSOLEGAS, V., « *Countering the Chameleon Threat of Dirty Money: "Hard" and "Soft" Law in the Emergence of a Global Regime against Money Laundering and Terrorist Finance* », in EDWARDS, A. and GILL, P. (eds), *Transnational Organised Crime: Perspectives on Global Security*, New York, Routledge, 2003.

MITSOLEGAS, V., *EU Criminal Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009.

MONTALDO, S., « Directive 2014/42/EU and social reuse of confiscated assets in the EU: Advancing a culture of legality », *NJECL*, 2015, pp. 195-212.

MORRISSEY, D., « The fight against corruption by international organizations », *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2007, 39, 1, pp. 165-198.

MOULETTE, P., « Le Groupe d'Action Financière », in SPREUTELS, J. (ed.), *Dix ans de lutte contre le blanchiment de capitaux en Belgique et dans le monde*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 151-164.

MUSCH, D. J., *International Terrorism Agreements: documents and Commentary*, New York, Oceana Publications, 2004.

NARDONE, M., « Organisations criminelles », in *Droit pénal et procédure pénale*, Malines, Kluwer, suppl. 40 (janvier 2016).

NILSSON, H.G., « The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of a Developing International Criminal Law », *Criminal Law Forum*, 1991, vol. 2 n° 3, pp. 419-441.

NYPELS, J.S.G., *Le Code pénal belge interprété*, Bruxelles, Bruylant, 1867.

OST, F., *Dire le Droit, Faire Justice*, 2<sup>ème</sup> édition, Bruxelles, Bruylant, 2012.

OST, F., « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature », in Charles-Albert Morand (éd.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles 2001, pp. 5-36.

*Pandectes belges. Répertoire général de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, v° « Confiscation ».

PANZAVOLTA, M. « Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction ? », in LIGETTI, K. et SIMONATO, M., *Chasing criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Oxford and Portland, Hart, 2017, pp. 25-51.

PANZAVOLTA, M. et FLOR, R., « A Necessary Evil ? The Italian "Non-criminal Sytem" of Asset Forfeiture », in RUI, J. P et SIEBER, U., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, *op. cit.*, pp. 111-151

RADICATI Di BROZOLO, L. et MEGLIANI, M., « Freezing the Assets of International Terrorist Organisations », in BIANCHI, A. (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism, Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 377-413.

*Répertoire pratique du droit belge. (R.P.D.B.)*, v° « Infractions et répression en général ».

REMACLE, C., « Le gel administratif des avoirs dans la lutte contre le financement du terrorisme », *RDPC*, 2019, pp. 123-139.

RIDEAU, J., « Le maintien des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in RIDEAU, J., GREWE, C., BALMOND, L. et ARCARI, M. (dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne – Équilibres et déséquilibres de la balance*, pp. 87 à 212.

RIZZO, A., « La protection juridictionnelle offerte par le droit de l'Union européenne en matière de gel d'avoirs : une œuvre inachevée ? », in FROMONT, L. et VAN WAHEYENBERGE, A. (coord.), *Actualités de la protection juridictionnelle dans et par l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, collection UB3, 2016, pp. 177-230.

RIZZO, A. et SEDAD, K., « Stupéfiants », *Droit pénal et Procédure pénale*, Kluwer, à paraître.

RIZZO, A. et WEYEMBERGH, A., « L'Union européenne, acteur incontournable en matière de garanties procédurales : derniers développements législatifs, jurisprudentiels et leur mise en œuvre en droit belge », *R.T.D.H.*, 2018/1, n° 113, pp. 81-125.

ROSAND, E., « Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight against Terrorism », *A.J.I.L.*, 2003, Vol. 97, No. 2, pp. 333-341.

ROZIE, J., *Voordeelsontneming*, Anvers, Intersentia, 2005.

ROZIE, J. note sous Anvers, 20 juillet 2004, *T. Strafr.*, 2005, liv. 1, p. 56.

ROZIE, J., « Over de hoofdelijkheid bij de voordeelsontneming », note sous Cass. 27 mai 2009, *NC*, 2010, pp. 180-184.

ROZIE, J. et VANDERMEERSCH, D., avec le concours de DE HERDT, J., DEBAUCHE, M. et TAEYMANS, M., *Commission de réforme du droit pénal – Proposition d'avant-projet de livre 1<sup>er</sup> du Code pénal*, Dossier n° 24 de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, La Charte, 2017.

ROZIE, J., VANDERMEERSCH, D. et DE HERDT, J., avec le concours de DEBAUCHE, M. et TAEYMANS, M., *Un nouveau Code pénal pour le futur. La proposition de la Commission de réforme du droit pénal*, Dossier n° 27 de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, La Charte, 2019.

ROZIE, M., « Fiscale fraude in relatie tot verbeurdverklaring », in VANDERMEERSCH, D., DEJEMEPPE, B. et FRANCIS, E., ROZIE, M., KLEES, O., et VERMEULEN, G., *Beslag en verbeurdverklaring van criminele voordelen*, Anvers, Maklu, 2004, pp. 215-222.

RUI, J.P et SIEBER, U., « NCBC in Europe : bringing the picture together », in RUI, J.P et SIEBER, U (ed.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Berlin, Dunker & Humblot, 2015, pp. 245-302.

SCHNEIDER, C., « Les sanctions économiques imposées par l'Union européenne », *J.D.E.*, 2015, pp. 274-280.

SCHUIND, G. (VANDEPLAS, A.), *Traité pratique de droit criminel*, Bruxelles, Swinnen.

SIMONATO, M., « Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A Step Forward on Asset Recovery? », *NJECL*, 2015, pp. 213-228.

SIMONATO, M., « Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains », *ERA Forum*, 2017, pp. 365-379.

SMITH, I., « Chapter 3. Civil Asset Recovery. The English Experience », in RUI, J. P et SIEBER, U., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlin, Duncker & Humblot, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2015, pp. 31-68.

SPANIERS, J. et SALOMON, M., *Illicit Financial Flows to and from Developing Countries: 2005-2014*, Global Financial Integrity, 2017.

SPREUTELS, J., « Le délit de blanchiment et la confiscation des avantages patrimoniaux tirés des infractions », in SPREUTELS, J., *e.a.*, *Droit pénal des affaires : Conférence du Jeune Barreau, Séminaires de droit, 19 janvier 1991*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, pp. 1-30.

STERN, B., « Le contexte juridique de l' « après » 11 septembre 2001 », in BANNELIER K., CHRISTAKIS, T., CORTEN, O. et DELCOURT, B. (s.l.d.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, III, pp. 3-35

STESSENS G., *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen. Onderzoek naar een meer efficiënte bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit*, Anvers, Intersentia, 1997.

STESSENS, G., *Money Laundering: a new international law enforcement model*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

VAN DEN STEEN, L., observation sous Cass., 4 mars 2014, P.13.1852.N, *R.W.*, 2015-2016, p. 690.

VANDERMEERSCH, D., « La réforme du Code pénal : un exercice impossible ? », in KUTY, F. et WEYEMBERGH, A. (ed.), *La science pénale dans tous ses états. Liber amicorum Patrick Mandoux et Marc Preumont*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 125-140.

VANDERMEERSCH, D. et ROZIE, J., « A quelques pas de... Les lignes de force du Projet de réforme du Code pénal », in FRANSSEN, V. et MASSET, A. (s.l.d.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, série CUP, vol. 194, Liège, Anthemis, 2019, pp. 11 à 43.

VAN DROOGHENBROECK, S. et RIZCALLAH C., « art. 52-1. Limitations aux droits garantis », in PICOD, F. et VAN DROOGHENBROECK, S. (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 1083 à 1111.

VANDROMME, T., « Geen verbeurdverklaring van onroerende goederen als voorwerp of instrument van het misdrijf zonder specifieke bepaling ? », note sous Cass. 27 mai 2009, *RW* 2010-11, 570.

VAN OMMESLAGHE, P., *Tome II – Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

VERHEYLESONNE, A., « La motivation de la saisie par équivalent : un pas en avant, deux pas en arrière ? », *Dr. pén. entr.*, 2013, pp. 59-69.

VERHEYLESONNE, A., « Poursuites civiles des poursuites pénales », *Postal Memorialis*, Kluwer, 2013.

VERMEULEN, E., note sous Anvers, 16 décembre 2015, *T. Strafr.* 2017, liv. 1, p. 50.

VERVAELE, J.A.E., « Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit européen en matière de blanchiment », in BERNARD, D., *e.a.*, *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 217-246.

VETTORI, B., *Thought on criminal wealth. Exploring the practice of proceeds from crime confiscations in the EU*, Dordrecht, Springer, 2006.

VLASSIS, D., «Drafting the United Nations Convention against Transnational Organized Crime», in WILLIAMS, P. et VLASSIS, D. (ed.), *Combatting transnational Crime. Concepts, Activities and Responses*, Londres-Portland, Frank Cass, 2000, pp. 356-362.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, « What is corruption ? », [www.transparency.org/what-is-corruption](http://www.transparency.org/what-is-corruption).

TROUSSE, P.E., *Les Nouvelles, Droit pénal*, tome I, vol. 1, 1956.

WIMMER, M., « Inward- And Outward-Looking rationales Behind Kadi II », *M.J.*, 2014/4, pp. 676-703