



# Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption

Distr. générale  
2 juillet 2021  
Français  
Original : anglais

## Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur le recouvrement d'avoirs

Vienne, 6-10 septembre 2021

Point 4 b) de l'ordre du jour provisoire\*

**Examen des difficultés rencontrées, des bonnes pratiques recensées,  
des enseignements tirés et des procédures à suivre pour confisquer  
le produit de la corruption en l'absence de condamnation pénale  
dans les États parties ayant pris des mesures en application du  
paragraphe 1, alinéa c), de l'article 54 de la Convention**

## Procédures permettant de confisquer le produit de la corruption en l'absence de condamnation pénale

### Note du Secrétariat

#### Résumé

La présente note a été établie conformément à la résolution 8/9 de la Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption à partir des données recueillies et analysées par le Secrétariat. Elle contient des informations générales sur les difficultés rencontrées, les bonnes pratiques recensées, les enseignements tirés de l'expérience et les procédures permettant de confisquer le produit de la corruption en l'absence de condamnation pénale recueillies auprès des États parties ayant pris des mesures en application du paragraphe 1, alinéa c), de l'article 54 de la Convention, pour examen à la quinzième réunion du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur le recouvrement d'avoirs.

\* [CAC/COSP/WG.2/2021/1](#).



## I. Introduction

1. La Convention des Nations Unies contre la corruption prévoit des mesures destinées à améliorer la coopération dans le domaine du recouvrement d'avares. À cet égard, le paragraphe 1, alinéa c), de son article 54 fait obligation aux États parties d'envisager la possibilité de permettre la confiscation en l'absence de condamnation, c'est-à-dire la confiscation de biens en l'absence de condamnation pénale.
2. L'importance et l'utilité pratique des procédures permettant de confisquer le produit de la corruption en l'absence de condamnation pénale ont souvent été analysées lors des réunions du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur le recouvrement d'avares, et la confiscation sans condamnation a également été présentée comme une bonne pratique dans le cadre du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption (voir, par exemple, le document [CAC/COSP/IRG/2021/7](#)).
3. En 2009, l'Initiative pour le recouvrement des avares volés (Initiative StAR) de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) et de la Banque mondiale a donné lieu à la parution d'une étude intitulée *Biens mal acquis : Un guide des bonnes pratiques en matière de confiscation d'actifs sans condamnation*, qui soulignait que la confiscation de biens en l'absence de condamnation était un outil essentiel pour la restitution des produits et des instruments de la corruption, en particulier dans les cas où les produits du délit étaient transférés à l'étranger.
4. Dans sa résolution 8/9, intitulée « Renforcement du recouvrement d'avares à l'appui du Programme de développement durable à l'horizon 2030 », la Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption a demandé au Groupe de travail, entre autres choses, de recueillir, auprès des États parties ayant pris des mesures en application du paragraphe 1, alinéa c), de l'article 54 de la Convention, des informations sur les difficultés rencontrées, les bonnes pratiques recensées, les enseignements tirés de l'expérience et les procédures permettant de confisquer le produit de la corruption en l'absence de condamnation pénale.
5. La présente note a été établie à l'aide d'informations provenant de sources en accès libre et de publications faisant autorité. Des renseignements supplémentaires ont été fournis par 43 États parties<sup>1</sup> en réponse au questionnaire de 2021 sur la confiscation sans condamnation établi par l'ONUDC et joint à une note verbale diffusée par le Secrétariat en février 2021. L'ampleur des renseignements fournis était variable ; quelques États ont formulé des réponses globales, tandis que d'autres ont communiqué des informations circonstanciées décrivant les mécanismes de confiscation sans condamnation dont ils étaient dotés, exposé les difficultés qu'ils avaient rencontrées et fait des propositions concernant les bonnes pratiques en matière de confiscation sans condamnation, comme indiqué ci-dessous.
6. Les informations contenues dans la présente note pourraient servir de référence pour les débats du Groupe de travail, ainsi que pour les futures mises à jour de l'étude de l'Initiative StAR sur la confiscation sans condamnation.

## II. Terminologie

7. Par souci de clarté, il convient d'aborder d'emblée quelques points de terminologie.

---

<sup>1</sup> Albanie, Allemagne, Arabie saoudite, Australie, Autriche, Bahamas, Bahreïn, Bhoutan, Bosnie-Herzégovine, Brésil, Brunéi Darussalam, Bulgarie, Burkina Faso, Canada, Chili, Croatie, Cuba, France, Géorgie, Indonésie, Kenya, Lettonie, Liban, Malte, Maroc, Maurice, Mexique, Nicaragua, Niger, Nouvelle-Zélande, Paraguay, Pérou, Pologne, Portugal, Qatar, République de Moldova, République dominicaine, Singapour, Slovénie, Suisse, Tadjikistan, Tchèque et Togo.

*Confiscation et biens*

8. L'article 2, alinéa g), de la Convention contre la corruption définit la « confiscation » comme « la dépossession permanente de biens sur décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente ». Dans la version anglaise de la Convention, l'expression englobe le cas échéant le terme « forfeiture », qui n'est toutefois pas défini expressément<sup>2</sup>. L'alinéa d) du même article donne une large définition de la notion de « biens », qui comprend « tous les types d'avoirs, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant la propriété de ces avoirs ou les droits y relatifs ». L'article 31 contient des prescriptions détaillées que les États parties doivent suivre afin de permettre la confiscation sur leur territoire.

*Confiscation sans condamnation et confiscation élargie*

9. Il convient de faire la distinction entre la confiscation élargie et la confiscation sans condamnation. Le paragraphe 1, alinéa c), de l'article 54 fait référence à la confiscation « en l'absence de condamnation pénale », n'excluant donc pas la possibilité d'imposer une confiscation lorsqu'une personne est accusée d'une infraction mais que la procédure pénale n'aboutit pas à une condamnation. Bien que cette disposition vise les cas où « l'auteur de l'infraction ne peut être poursuivi », elle s'applique aussi, semble-t-il, aux situations dans lesquelles les poursuites sont engagées mais ne peuvent être menées à leur terme (comme lorsque l'accusé décède ou s'enfuit après que les poursuites ont été engagées. En d'autres termes, la confiscation sans condamnation est la mesure imposée lorsque aucun tribunal n'a reconnu la culpabilité de l'accusé, et c'est également cette caractéristique qui distingue cette notion de celle de confiscation élargie, laquelle se rapporte à la possibilité d'étendre la confiscation à d'autres biens que le produit de l'infraction faisant l'objet de la procédure pénale, mais uniquement si la personne est condamnée<sup>3</sup>.

*Confiscation sans condamnation et mesures conservatoires de gel ou de saisie*

10. Les mesures fondées sur la condamnation peuvent être précédées de décisions provisoires ou conservatoires de gel ou de saisie. En raison de leur caractère préventif et provisoire, ces mesures sont adoptées avant une confiscation. Aussi certains pays (par exemple, la Tchéquie) les considèrent-ils comme des confiscations sans condamnation. Il est toutefois communément admis que celles-ci sont les dernières mesures de dépossession de biens – c'est-à-dire par lesquelles les biens sont confisqués avec perte irrévocable pour le détenteur – qui ne nécessitent pas de condamnation. Les mesures conservatoires prises dans le cadre d'une procédure de confiscation fondée sur une condamnation ne relèvent pas de cette catégorie, car elles devront finalement être levées si la personne délinquante n'est pas condamnée (à moins qu'elles ne soient converties en d'autres mesures de confiscation).

*La notion de « condamnation »*

11. Certains pays entendent par « condamnation » une décision rendue par une juridiction à l'issue d'un procès, même en première instance, tandis que d'autres la définissent comme une décision irrévocable (revêtue de l'autorité de la chose jugée, *res judicata*). Cette dernière catégorie de pays pourrait donc considérer la mesure de confiscation prononcée après une condamnation en première instance soit comme une confiscation sans condamnation, soit comme une confiscation provisoire (c'est-à-dire

<sup>2</sup> Dans la version anglaise du présent document, les termes « confiscation » et « forfeiture » sont considérés comme synonymes (et traduits en français par « confiscation »), bien qu'ils ne soient pas toujours employés de façon interchangeable dans les systèmes juridiques nationaux (le terme anglais « forfeiture » désignant parfois la dépossession de biens, et la confiscation, une condamnation au paiement d'une somme d'argent).

<sup>3</sup> Johan Boucht, *The Limits of Asset Confiscation: On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds* (Oxford, Royaume-Uni, Hart Publishing, 2017), p. 5.

une mesure de gel ou de saisie) précédant une confiscation fondée sur une condamnation.

12. En Italie, par exemple, il est possible de confisquer des biens dans le cadre d'une procédure pénale même lorsque l'infraction est prescrite, mais uniquement si son auteur a été condamné en première instance. En appel, les juridictions supérieures peuvent confirmer que les faits sont prescrits et prononcer la confiscation du produit du crime. En Italie, beaucoup considèrent cette possibilité comme un cas de confiscation sans condamnation.

13. Le deuxième cas de figure (confiscation après condamnation en première instance traitée comme une mesure conservatoire) s'applique quant à lui, en principe, dans tous les pays qui considèrent la condamnation comme un jugement définitif qui n'est plus susceptible d'appel. Il s'ensuit que dans certains pays, une mesure de confiscation imposée après une première condamnation serait considérée comme un cas de gel ou de saisie dans le cadre d'une procédure pénale, du moins dans la mesure où la procédure est encore en instance devant les cours d'appel ou les cours suprêmes (par exemple, au Canada).

14. Il semble que les pays de *common law* aient tendance à considérer toutes les mesures pour lesquelles aucune condamnation n'a été prononcée à quelque stade que ce soit comme des mesures sans condamnation, alors que plusieurs autres (par exemple, les pays d'Europe continentale et le Canada) tendent à interpréter la notion de condamnation en se fondant sur le concept de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*). Cette différence terminologique ne ressort pas toujours clairement, mais elle peut jouer un rôle en pratique dans la coopération judiciaire.

#### *Action réelle (in rem) et action personnelle (in personam)*

15. Il arrive que la confiscation sans condamnation soit définie comme une action réelle, en ce sens que la procédure est axée sur le bien et sur son caractère illicite ou suspect, et non sur la responsabilité d'une personne. Cette définition saisit l'essence de certains systèmes nationaux, en particulier ceux qui reposent sur la notion de confiscation civile des avoirs illicites, typique de la *common law*. Il importe toutefois de noter que l'article 54 de la Convention n'exclut pas la possibilité qu'un bien puisse être confisqué en raison de son lien avec une personne, comme cela se produit dans certains pays.

### **III. Modèles de mécanismes de confiscation sans condamnation et nature de ces mécanismes**

#### *Observations générales*

16. La grande majorité des pays ayant répondu au questionnaire ont adopté dans leur législation une ou plusieurs dispositions qui leur permettent de confisquer des avoirs liés à une infraction même en l'absence de condamnation. Ce point commun général mis à part, les systèmes nationaux semblent différer considérablement.

#### *Différents modèles*

17. Les modèles non fondés sur la condamnation sont classés de différentes manières. Par exemple, la diversité des modèles possibles de confiscation sans condamnation a récemment été illustrée dans un rapport de la Commission européenne paru en 2019, qui définissait quatre modèles différents : a) la confiscation sans condamnation classique (lorsque la confiscation ne peut pas être fondée sur une condamnation définitive) ; b) la confiscation élargie ; c) la procédure *in rem* ; et d) le

modèle de l'enrichissement inexplicé<sup>4</sup>. Toutefois, comme expliqué ci-dessus, la confiscation élargie est à distinguer des mesures de confiscation sans condamnation.

18. La première étape de la classification consiste à distinguer deux options de base, selon que les pays ont mis en place un système de confiscation sans condamnation dans le cadre de la justice pénale ou en dehors<sup>5</sup>. Bien qu'il ne faille pas trop s'appesantir sur cette distinction, elle reste pertinente, notamment en ce qui concerne le cadre applicable des droits fondamentaux.

#### *Systèmes de confiscation civile*

19. Dans certains pays, il est explicitement indiqué que la confiscation sans condamnation revêt un caractère civil. C'est souvent le cas dans les pays de *common law*, où le modèle de confiscation civile d'avoirs correspond à un archétype traditionnel de cette culture juridique<sup>6</sup>. Les « systèmes civils » de confiscation sans condamnation sont toutefois de plus en plus appréciés en dehors de ces pays.

20. Ces systèmes ont pour idée centrale d'acquérir l'ensemble des biens et avoirs liés à une activité criminelle, indépendamment de la responsabilité d'une personne (et des poursuites engagées contre elle). Ils sont souvent appelés « procédures *in rem* » car ils visent l'objet illicite. Lorsqu'un bien est jugé suspect, il est saisi – ou gelé –, les détenteurs de droits ayant ensuite la possibilité de protéger leurs droits de propriété devant un tribunal. Les autorités communiquent suffisamment d'informations sur la saisie du bien suspect pour permettre aux détenteurs (présumés) de droits de propriété d'engager une procédure visant à protéger leurs droits. En l'absence de réclamation, ou si la réclamation est rejetée, le bien est confisqué. Le système est dit « civil » parce que l'action portant sur l'origine du bien et sur la licéité de son acquisition ou de sa possession répond aux règles de la procédure civile<sup>7</sup>.

#### *Modèles de confiscation « pénale » sans condamnation comme solutions de substitution en cas d'impossibilité de poursuites ou de condamnation*

21. D'autres systèmes privilégient au contraire une approche selon laquelle le mécanisme de confiscation sans condamnation reste plus directement lié à la procédure pénale relative à l'infraction principale. Dans ces modèles, la confiscation sans condamnation est conçue comme une solution de substitution à la confiscation classique (fondée sur la condamnation) lorsque la condamnation de l'auteur de l'infraction est impossible parce qu'il est fait entrave à l'ouverture de poursuites ou à la conduite de poursuites déjà engagées, ou que les tribunaux n'ont pas la possibilité de rendre un verdict de culpabilité (en raison de la prescription ou d'autres limites procédurales).

<sup>4</sup> Commission européenne, Commission staff working document: analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union, document SWD (2019) 1050 final. La classification en quatre modèles s'inspire du guide des typologies des systèmes de confiscation sans condamnation élaboré en 2015 par le Réseau Camden regroupant les autorités compétentes en matière de recouvrement d'avoirs, financé par l'Union européenne.

<sup>5</sup> C'est également la logique adoptée dans un récent rapport du Conseil de l'Europe, qui établit une distinction entre une approche pénale et une approche non pénale de la confiscation sans condamnation, en distinguant « les actions en recouvrement qui sont introduites dans le cadre d'une procédure pénale mais ne dépendent pas d'une condamnation pénale et les actions engagées contre le bien lui-même, indépendamment de toute procédure pénale » [Bright Line Law, « The use of non-conviction based seizure and confiscation » (n.p., Conseil de l'Europe, octobre 2020)].

<sup>6</sup> Ian Smith et Tim Owen, *Asset Recovery: Criminal Confiscation and Civil Recovery* (Londres, 2003) ; Stefan D. Cassella, « An overview of asset forfeiture in the United States », dans *Civil Forfeiture of Criminal Property: Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Simon N.M. Young, ed. (Northampton, Massachusetts, États-Unis, Edward Elgar Publishing, 2009), p. 24 ; Stefan D. Cassella, « Nature and basic problems of non-conviction-based confiscation in the United States », *Veredas do Direito*, vol. 16, n° 34 (mai 2019), p. 43.

<sup>7</sup> Il convient de noter qu'il existe également une notion d'« action civile » ou de « recouvrement direct d'avoirs », qui est visée à l'article 53 de la Convention et qui n'est pas identique à la « confiscation civile ».

22. La Convention contre la corruption semble considérer plus directement ce type de confiscation sans condamnation comme une mesure de substitution à la confiscation classique, bien qu'elle n'exclue pas une approche plus large faisant de la confiscation une mesure totalement autonome, indépendamment de l'issue de la procédure pénale.

23. Dans de nombreux pays, ces systèmes de confiscation sans condamnation restent ancrés dans le système de justice pénale, s'inscrivant parfois même dans le cadre de la procédure pénale relative à l'infraction principale. C'est notamment le cas en France et en Tchéquie ainsi que, dans une certaine mesure, au Canada (au niveau de la législation fédérale). La forme la plus courante du modèle (pénal) de confiscation sans condamnation utilisé à des fins de remplacement est, en effet, celle où la mesure est imposée dans le cadre de la procédure pénale qui vise à sanctionner l'auteur de l'infraction, lorsque cette sanction est impossible (par exemple pour cause de décès, de fuite ou de prescription). Ces modèles « pénaux », dans lesquels la confiscation sans condamnation est essentiellement considérée comme une solution de substitution à des poursuites entravées, interrompues ou non encore engagées, suivent généralement les règles de la procédure pénale.

24. Dans certains pays, les procédures non fondées sur la condamnation sont considérées comme un moyen de remplacer des poursuites ou une condamnation ne pouvant avoir lieu, et elles sont réglementées par les codes pénaux. Cependant, bien qu'elles s'inscrivent dans le système de justice pénale, elles prennent la forme de procédures plus autonomes (par exemple, en Allemagne et en Suisse). Elles sont introduites par les autorités publiques compétentes en matière pénale devant une juridiction ayant elle aussi une compétence pénale, mais les règles applicables peuvent être celles de la procédure civile (par exemple, en Allemagne, en Slovénie et en Suisse). En outre, les mesures de confiscation sans condamnation peuvent être étendues, au-delà des cas d'impossibilité de poursuite, aux cas où les poursuites n'ont pas (encore) été engagées (par exemple, en Suisse).

#### *Modèles hybrides*

25. Par ailleurs, certains modèles non fondés sur la condamnation ne peuvent pas être considérés comme des procédures entièrement pénales ou civiles, car ils ne sont ni complètement indépendants ni complètement distincts du système de justice pénale sous-jacent. Cuba et l'Italie suivent par exemple une approche du recouvrement des avoirs illicites que l'on pourrait qualifier d'« administrative » et qui ne dépend pas de l'application du droit pénal, même si elle reste partiellement liée à celui-ci.

26. Certaines des formules présentées ci-dessus dans la section consacrée aux modèles pénaux de confiscation sans condamnation (voir par. 24) pourraient également entrer dans la catégorie des modèles hybrides. En outre, il existe des systèmes dans lesquels des mesures sans condamnation peuvent être prononcées non seulement lorsqu'il est impossible de poursuivre l'auteur de l'infraction, mais aussi lorsque les avoirs sont jugés illicites (par exemple, en Lettonie).

#### *Systèmes fondés sur l'enrichissement disproportionné (ou les richesses inexplicables)*

27. Il existe un autre type de modèle ne reposant pas sur la condamnation : un système de confiscation fondé sur les richesses inexplicables ou injustifiées (ou l'enrichissement illicite) est un système dans lequel les biens sont confisqués non pas en raison d'un lien établi avec une activité criminelle, mais parce que le propriétaire ne peut pas justifier de l'origine des richesses, en particulier lorsque celles-ci paraissent disproportionnées par rapport à ses revenus. Certains pays ont mis en place un système de cet ordre (par exemple, l'Italie, ainsi que Cuba et la Lettonie, mais uniquement pour les agents publics), en prévoyant ou non en parallèle d'autres mesures de confiscation sans condamnation. Le paragraphe 8 de l'article 31 de la Convention contre la corruption propose également aux États parties d'envisager l'adoption de ce mécanisme. En outre, la Convention contient un article distinct sur

l'enrichissement illicite (art. 20) qui peut lui aussi aboutir à la confiscation du produit illicite.

28. Il est également possible d'arriver au même résultat sur le plan de la preuve. Dans les deux groupes (c'est-à-dire les pays qui utilisent des modèles de confiscation civile et ceux qui utilisent des modèles pénaux de confiscation sans condamnation), on trouve des pays recourant à des formes de présomptions fondées sur une constatation d'enrichissement disproportionné ou de richesses inexplicables, en vertu desquelles les autorités confisquent tous les avoirs pour lesquels aucune preuve d'origine ou d'acquisition légitime n'est apportée (par exemple, l'Australie, les Bahamas et le Mexique ; voir par. 88 à 90 ci-dessous).

29. Les systèmes fondés sur l'enrichissement injustifié peuvent soit être intégrés dans les procédures pénales (ce qui les rapproche davantage du modèle pénal de confiscation sans condamnation), soit intervenir en dehors de celles-ci en tant que procédure distincte (par exemple, en Colombie, en Italie et à Cuba) pouvant parfois même être de nature civile (par exemple, en République de Moldova).

#### *Cibler les biens ou cibler les personnes*

30. Une distinction de taille entre les pays réside dans la manière dont les avoirs illicites sont identifiés. Dans certains cas, on se contente d'examiner la relation entre les avoirs et l'infraction (par exemple, en Australie, aux États-Unis d'Amérique et au Pérou).

31. Dans d'autres cas (par exemple, en France), lorsque la décision sur l'illicéité de l'objet est liée à l'issue de la procédure pénale (par exemple, condamnation impossible pour cause de prescription, de décès ou de fuite), il est plus difficile d'établir si la mesure est prise uniquement du fait du lien avec une infraction ou bien aussi en raison du lien avec une personne.

32. Dans d'autres cas encore, les mesures de confiscation sans condamnation consistent à confisquer certains avoirs en raison de leur lien avec une personne (dangereuse, ou bien soupçonnée, accusée ou coupable de certaines infractions). C'est notamment ce que prévoit la législation antimafia italienne, en vertu de laquelle la confiscation vise les avoirs d'une personne soupçonnée d'être impliquée dans des crimes mafieux, des actes de corruption ou d'autres infractions graves, ou soupçonnée de gagner sa vie de façon malhonnête.

33. Sur ce point, les systèmes fondés sur les richesses excessives ou injustifiées (ou sur des présomptions analogues) sont en quelque sorte hybrides. Ils sont axés sur les biens, mais il n'est pas nécessaire que ces derniers soient clairement liés à une infraction.

#### *Régimes uniques ou multiples*

34. Dans certains pays, il existe un seul régime de confiscation sans condamnation, alors que dans d'autres, plusieurs régimes sont appliqués.

35. En Allemagne, par exemple, certaines dispositions permettent de confisquer tout avoir lié à une activité criminelle, tandis qu'une autre habilite les autorités à confisquer tous les biens suspects, à condition toutefois qu'ils soient présumés liés à des infractions spécifiques.

36. Il arrive aussi que la différence entre les régimes soit plus fondamentale. Ainsi, en Italie, où un système complet de confiscation sans condamnation en dehors des procédures pénales est en place, il existe également une possibilité plus restreinte d'appliquer une mesure de confiscation dans le cadre d'une procédure pénale lorsque l'accusé est acquitté en appel. De même, la Bosnie-Herzégovine est dotée d'un mécanisme de confiscation civile ainsi que d'un régime s'inscrivant dans le cadre de la procédure pénale (qui prévoit la possibilité de confisquer les avoirs lorsque l'auteur de l'infraction ne peut être poursuivi pour cause de maladie, de décès ou de fuite). Cuba semble également appliquer différents régimes (administratif et judiciaire).

37. On peut observer que lorsque le régime en vigueur des mesures de confiscation sans condamnation s'applique indistinctement aux biens acquis illicitement, la nécessité d'instaurer différents régimes et conditions est généralement moindre. Néanmoins, rien n'exclut la possibilité de mettre en place des mécanismes qui se chevauchent en vue de renforcer l'efficacité du recouvrement des avoirs illicites.

#### *Qualification de sanction*

38. Il importe de savoir si les mesures de confiscation sans condamnation peuvent ou non être qualifiées de sanctions<sup>8</sup>. La réponse à cette question a une incidence sur l'évaluation de la conformité de la mesure avec les droits fondamentaux, et elle influe assurément sur les règles qui régissent la mesure et, en fin de compte, sur le recouvrement des avoirs. Il convient de noter que les mécanismes de confiscation civile peuvent aussi être qualifiés de sanctions, de même que les mesures prises dans le cadre d'une procédure pénale ne doivent pas nécessairement l'être. Il est important d'examiner toutes les caractéristiques de la mesure et, en particulier, les points suivants : si elle vise un bien uniquement du fait de son lien avec une infraction ou également du fait de son lien avec une personne ; si elle a une large portée ou non ; si elle peut aussi être fondée sur la valeur ; et quels sont les moyens de défense dont disposent les parties intéressées pour contester la décision.

## **IV. Portée de la confiscation sans condamnation**

### *Portée de la confiscation sans condamnation au regard de l'article 54 de la Convention contre la corruption*

39. L'article 54 de la Convention contre la corruption définit un plus petit dénominateur commun pour les cas appelant une confiscation sans condamnation : il s'agit des cas dans lesquels l'auteur de l'infraction ne peut être poursuivi pour cause de décès, de fuite ou d'absence ou « d'autres cas appropriés ». Il semble toutefois que la grande majorité des systèmes examinés aient adopté des mesures de confiscation sans condamnation dont la portée dépasse largement ces cas.

40. Seule une poignée de pays ayant répondu au questionnaire de l'ONUDC limitent la portée de la confiscation sans condamnation aux scénarios de base visés à l'article 54 (ou à certains d'entre eux). C'est notamment le cas du Canada, dont la législation fédérale n'autorise la confiscation sans condamnation que dans les cas où une personne est décédée, a pris la fuite ou est réputée l'avoir fait (plusieurs lois provinciales du Canada ont toutefois établi des formes de confiscation civile qui ont également été jugées conformes à la Constitution). De même, l'Arabie saoudite semble limiter les mesures ne reposant pas sur une condamnation aux cas de fuite et de décès, et le Qatar aux cas où l'auteur de l'infraction est inconnu ou décédé.

41. En général, la législation des États qui utilisent les modèles de la « confiscation civile » et des « richesses inexplicables » contient des dispositions d'une plus grande portée que celle des États ayant adopté des modèles de confiscation « pénale » sans condamnation fondés sur l'impossibilité de poursuivre ou de condamner l'auteur de l'infraction.

### *Confiscation du produit sans condamnation et types d'infractions*

42. Une distinction majeure peut être mise en évidence entre les pays en ce qui concerne la portée des mesures de confiscation sans condamnation. Dans certains cas, ces mesures sont limitées au produit de certaines formes – habituellement graves – d'activité criminelle (par exemple, en Australie, aux Bahamas, en Italie, en Nouvelle-Zélande et en Slovénie), tandis que dans d'autres, la confiscation peut s'appliquer à tout produit du crime, quel que soit le type d'infraction principale, c'est-à-dire

<sup>8</sup> John Petter Rui, « The civil asset forfeiture approach to organised crime: exploring the possibilities for an EU model », *Eucri*, n° 4 (2011), p. 153 à 161.



l'infraction dont il provient ou à laquelle il est lié (par exemple, en Autriche et en Suisse). Dans les systèmes à régimes multiples, les deux situations peuvent se rencontrer.

43. Lorsque la portée de la confiscation sans condamnation se limite aux infractions graves, les États utilisent des techniques et des critères différents pour déterminer la nature de l'activité criminelle concernée, conférant aux tribunaux compétents un pouvoir discrétionnaire plus ou moins important. Certains pays ont établi des listes d'infractions, qui renvoient directement aux articles de textes législatifs (par exemple, le code pénal) dans lesquels l'acte est incriminé (par exemple, l'Italie, le Mexique et la Slovénie), tandis que d'autres se réfèrent à une catégorie générale d'infractions graves (par exemple, les infractions punissables par mise en accusation en Australie et au Canada). Dans certains pays, au-delà des infractions définies par la loi, la confiscation sans condamnation peut être étendue à d'« autres risques » prévus par règlement ministériel (par exemple, aux Bahamas).

44. La loi de certains pays (par exemple l'Australie) n'exige pas toujours que l'infraction grave soit « précisée ». Une distinction est faite ici entre les décisions de confiscation pour des actes constituant des infractions graves et les décisions de confiscation de biens dont on soupçonne qu'ils sont le produit d'infractions punissables par mise en accusation.

45. En outre, dans certains États, le champ d'application de la mesure n'est pas déterminé uniquement en fonction de la gravité de l'infraction. Par exemple, en Nouvelle-Zélande, la notion d'« activité criminelle importante » est définie sur la base de la gravité de l'infraction (passible d'une peine maximale d'emprisonnement de cinq ans ou plus) ou, sinon, du montant du produit (acquis directement ou indirectement) en jeu (supérieur à une certaine valeur seuil).

#### *Objets susceptibles d'être confisqués – choses illicites et autres*

46. Le champ exact des objets pouvant être confisqués sans condamnation dépend du régime adopté par chaque pays. Lorsque les pays instaurent des systèmes intéressant les richesses inexplicées, la confiscation peut s'appliquer à d'autres choses qu'au seul produit du crime.

47. En ce qui concerne les articles liés à l'infraction, il n'est pas rare de faire la distinction entre les instruments et le produit du crime (par exemple, dans la directive 2014/42/UE concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne) voire, parfois, une troisième catégorie, à savoir les articles qui sont les produits ou les objets du crime. Cette distinction a parfois une incidence sur les règles applicables, car le régime juridique de certains pays (par exemple, l'Allemagne, la Belgique et l'Italie) distingue le produit du crime de ses instruments, ces derniers faisant généralement l'objet de dispositions plus strictes. D'autres pays semblent au contraire traiter de la même façon la confiscation du produit du crime et celle des instruments, considérant qu'elles font partie d'un régime commun et global (par exemple, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord).

48. Il apparaît que la législation de la plupart des pays vise les biens provenant directement d'une infraction, ainsi que les avantages qui en découlent indirectement, ce qui est conforme à l'esprit des articles 2, alinéa e), et 31 de la Convention.

49. Une question potentiellement problématique concerne la définition précise des avantages, notamment la question de savoir s'il est logique ou non de déduire le revenu direct de la confiscation sans condamnation, et la méthode de calcul des intérêts.

50. D'après les informations communiquées en réponse à la note verbale, il n'était pas toujours aisé de déterminer si les biens immobiliers, les entreprises et les usines faisaient partie des biens susceptibles d'être confisqués. Certains pays (par exemple, la Colombie et l'Italie) ont une longue expérience en la matière, tandis que d'autres en ont visiblement moins, voire aucune.

*Mesures de confiscation en valeur*

51. Il se peut que le produit du crime soit introuvable. D'autres biens, d'une valeur correspondant à celle du produit, devraient alors pouvoir être confisqués conformément au paragraphe 1, alinéa a), de l'article 31 de la Convention. La plupart des pays qui ont répondu à la note verbale prévoient des mesures de confiscation en valeur.

52. Des mesures de confiscation en valeur peuvent également s'appliquer lorsque des avoirs suspects ou illicites ont été mêlés à d'autres avoirs ; les législations bhoutanaise et qatarienne contiennent par exemple des règles régissant expressément les cas d'avoirs illicites ayant été mêlés à des avoirs licites.

53. Dans certains cas (par exemple, en Italie et à Singapour), une mesure de confiscation en valeur peut même être appliquée à des biens détenus par des tiers lorsqu'ils leur ont manifestement été donnés par la personne contre laquelle la mesure a été prononcée.

54. Certains pays (par exemple, le Canada) n'autorisent pas les mesures de confiscation en valeur. Dans d'autres pays (par exemple, en Allemagne), ces mesures peuvent être prises dans certains cas de confiscation d'avoirs obtenus illicitement, mais pas dans d'autres (par exemple, confiscation de biens suspects dans le cadre d'une procédure pénale portant sur des infractions spécifiques).

*Mesures automatiques ou discrétionnaires – conditions particulières*

55. Il ne ressort pas toujours clairement des informations fournies en réponse au questionnaire si, et à quelles conditions, la confiscation du produit du crime est obligatoire ou discrétionnaire.

56. Dans certains pays (par exemple, l'Australie), la confiscation peut ne pas être prononcée si le tribunal estime qu'il n'est pas dans l'intérêt public de le faire.

**V. Liens avec les procédures pénales***Généralités*

57. Il a été mentionné que l'un des éléments distinctifs des procédures non fondées sur la condamnation est de savoir si elles sont intégrées à des procédures pénales ou mises en place en dehors de celles-ci. Compte tenu de cette différence fondamentale, d'autres variations sont également possibles (par exemple, des procédures sans condamnation peuvent être disponibles à la fois dans le cadre des procédures pénales et en dehors de celles-ci). Le lien avec une procédure pénale est donc un aspect important de tout système non fondé sur la condamnation.

*Modèle autonome de confiscation sans condamnation*

58. Dans la grande majorité des cas, les modèles de confiscation sans condamnation sont indépendants des procédures pénales visant à établir la culpabilité d'une personne. C'est particulièrement le cas dans les mécanismes de confiscation civile, qui peuvent être lancés indépendamment des choix de poursuites et indépendamment du fait qu'une procédure pénale ait ou non été engagée.

59. Les modèles de confiscation pénale sans condamnation n'excluent pas nécessairement un certain degré d'autonomie par rapport aux procédures pénales. Les autorités de justice pénale ont parfois la possibilité d'engager des procédures de confiscation sans condamnation indépendamment des procédures pénales engagées pour l'infraction principale (par exemple, en Allemagne).

60. Il existe cependant des pays dotés de modèles de confiscation pénale sans condamnation (par exemple, la France) dans lesquels les mesures de confiscation sans condamnation sont possibles uniquement et exclusivement dans le cadre de la procédure pénale visant à apprécier la culpabilité de la personne.

*Chevauchement des procédures et procédures parallèles*

61. Une distinction importante est de savoir si les procédures non fondées sur une condamnation peuvent ou non avoir des chevauchements avec la procédure pénale engagée contre l'accusé. Dans de nombreux pays (par exemple, en Italie et en Slovénie), des procédures parallèles sont possibles, en particulier lorsqu'un mécanisme de confiscation civile est en place (par exemple, en Australie, aux Bahamas, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni). En revanche, en Australie, les tribunaux peuvent suspendre les procédures non fondées sur une condamnation menées parallèlement aux procédures pénales.

62. Une autre question est de savoir si les pays disposant de plusieurs régimes de confiscation sans condamnation peuvent entamer les procédures en parallèle, et donc mener plusieurs procédures de confiscation sans condamnation visant les mêmes biens. Cela semble être le cas, par exemple, aux Bahamas.

*Procédures mutuellement exclusives et procédures auxiliaires*

63. Dans certains pays, la procédure en l'absence de condamnation est autonome, mais elle n'est possible que si la procédure pénale a été interrompue (par exemple, en Autriche et au Canada).

64. Dans d'autres pays (par exemple, en Suisse), les procédures en l'absence de condamnation sont autonomes, mais de nature auxiliaire, ce qui signifie qu'elles ne peuvent être engagées que si aucune procédure pénale n'est en cours (avec des exceptions prévues pour les cas où les objets pourraient subir une dévaluation).

*Influence mutuelle*

65. Un point problématique est de savoir si et dans quelle mesure l'issue d'une procédure pénale peut influencer une mesure de confiscation sans condamnation. Ceci est particulièrement pertinent lorsque la personne accusée a été acquittée de l'infraction principale dans une procédure pénale.

66. Dans certains pays, l'autonomie est si extrême que la confiscation sans condamnation resterait en place même si la personne était acquittée de l'infraction (par exemple, en Italie). En effet, la disparité des normes en matière de preuve (voir par. 81 ci-dessous) entre la confiscation sans condamnation et les jugements sur la culpabilité peut conduire à des résultats différents.

67. Dans les modèles de confiscation pénale sans condamnation, l'acquiescement de la personne accusée entraîne normalement la levée des mesures de restriction, à moins que l'acquiescement ne soit la conséquence de l'application des règles de prescription (par exemple, en France).

**VI. Éléments procéduraux***Compétence et structure judiciaire*

68. Presque partout, la confiscation sans condamnation est imposée par une instance judiciaire. Le profil du juge et du tribunal dépend des divers mécanismes de justice en place dans les différents pays. Il dépend également de la structure et de la nature de la procédure.

69. Dans les modèles de confiscation sans condamnation intégrés dans des procédures pénales, la décision relève souvent de la même juridiction que celle qui a compétence sur la procédure pénale pour l'infraction principale (par exemple, en France), ou en tout cas d'un tribunal compétent en matière pénale (par exemple, en Autriche). En Australie, il existe quelques tribunaux ayant « compétence en matière de produits du crime », c'est-à-dire une compétence en matière pénale combinée à une compétence spécifique pour les procédures de confiscation dans certaines circonstances.

70. Certains pays (par exemple, la Slovénie) ont choisi de centraliser auprès d'un seul tribunal les décisions relatives à la confiscation des biens obtenus illégalement.

#### *Initiative*

71. Dans un grand nombre de pays, l'initiative est prise par le procureur général (par exemple, en Autriche et au Bhoutan) ou par le bureau du procureur général compétent. Dans certains pays, l'initiative revient à la police (par exemple en Nouvelle-Zélande). Dans d'autres pays, l'initiative incombe soit au bureau du procureur, soit à la police, ou parfois à des corps de police hautement spécialisés (par exemple, en Italie).

72. Dans d'autres pays, un organe spécialisé est chargé de prendre l'initiative (par exemple, la Commission de lutte contre la corruption et de confiscation des biens acquis illégalement en Bulgarie).

73. Le profil de l'autorité compétente pour engager une procédure (et sa spécialisation) peut affecter la mise en œuvre pratique à bien des égards, puisque l'autorité en question est normalement également chargée de localiser les biens et d'estimer leur valeur, et souvent d'apporter des preuves de leur origine illégale ou suspecte. Cela peut poser des problèmes de partialité (par exemple, en Nouvelle-Zélande ; voir par. 130 ci-dessous). Le profil de l'autorité compétente pour engager une procédure peut également faire ressortir le lien entre les mesures non fondées sur la condamnation et l'application plus générale du droit pénal.

#### *Spécialisation*

74. Il convient de préciser que la spécialisation peut être envisagée de différentes manières. Tout d'abord, la spécialisation peut entraîner l'attribution de toutes les affaires non liées à une condamnation à un bureau, un organisme ou un tribunal spécifique. Elle peut également vouloir dire qu'un bureau, organisme ou tribunal spécifique est chargé exclusivement des affaires de localisation et de confiscation (sans condamnation) (compétence exclusive). Un troisième aspect de la spécialisation repose sur l'expertise, les compétences ou la formation spécifiques dont disposent les autorités compétentes (par exemple, la connaissance des transactions financières).

75. Ces éléments peuvent être étroitement liés, mais pas nécessairement. Par exemple, la centralisation des compétences autour d'un tribunal (par exemple, en Slovénie) ou d'un seul parquet ne signifie pas nécessairement que ce dernier bénéficie d'une formation appropriée ou qu'il possède des compétences spécifiques (bien que l'expérience lui permette d'acquérir des connaissances), en particulier lorsque l'organe ou le tribunal est également compétent pour d'autres matières.

76. Certains pays ne disposent d'aucune autorité spécialisée dans l'un des domaines décrits ci-dessus (par exemple, le Bhoutan, le Canada, la France, la Nouvelle-Zélande, le Paraguay, la Suisse et la Tchéquie). Seuls quelques pays prévoient une spécialisation au niveau à la fois de l'initiative et de la décision concernant les mesures sans condamnation (par exemple, Malte).

77. Dans certains pays, la spécialisation se fait au niveau des forces de police compétentes. En Australie, par exemple, la Criminal Assets Confiscation Task Force est une équipe spéciale interinstitutions dirigée par la Police fédérale australienne et composée d'experts plaideurs, d'agents fédéraux et d'enquêteurs financiers, ainsi que d'experts-comptables judiciaires spécialisés dans la confiscation d'avoirs. Elle effectue la grande majorité des enquêtes et des procédures contentieuses relatives aux produits du crime au niveau fédéral.

78. Dans d'autres cas, des procureurs spécialisés traitent les affaires de confiscation sans condamnation (par exemple, en Autriche, à Malte et à Singapour).

79. À Malte et au Mexique, il existe des juges spécialisés dans les affaires de confiscation, qu'elles soient fondées ou non sur une condamnation.

80. La spécialisation, lorsqu'elle existe, porte normalement sur toutes les affaires de confiscation et non uniquement sur la confiscation sans condamnation.

#### *Preuve et degré de preuve*

81. Dans la grande majorité des cas, la preuve de la culpabilité n'est pas nécessaire pour confisquer des biens sans condamnation pénale. L'élément essentiel est le lien entre le bien et l'infraction. Il suffit souvent de prouver l'existence de l'infraction et l'existence d'un lien ou d'une connexion entre les biens et l'infraction commise. Il en va différemment dans les pays qui ont adopté le système pénal classique de confiscation sans condamnation, dans lequel la confiscation n'est possible qu'en cas d'impossibilité de poursuites ou de condamnation pour l'infraction commise (par exemple, en France et au Qatar). Parfois, cependant, les pays dotés de systèmes de confiscation civile exigent une preuve de culpabilité (par exemple, à Singapour).

82. Dans les pays (en particulier les pays de *common law*) qui utilisent le modèle de confiscation civile, le degré de preuve exigé est normalement l'hypothèse la plus probable (par exemple, en Australie, aux Bahamas, au Brunei Darussalam, à Maurice, en Nouvelle-Zélande, au Royaume-Uni, aux États-Unis et à Singapour), parfois aussi appelée « la prépondérance de la preuve » (par exemple, au Bhoutan).

83. Des incertitudes subsistent quant à la manière exacte dont cette norme est appliquée et si l'hypothèse la plus probable est définie de manière uniforme d'un pays à l'autre. Certains pays, par exemple, précisent que le principe de l'hypothèse la plus probable exige toujours que la décision soit prise au-delà de motifs raisonnables (par exemple, aux Bahamas), bien qu'il ne soit pas clair si cela représente un degré de preuve plus élevé. Dans d'autres pays (par exemple, le Royaume-Uni), on discute de la question de savoir si le principe de l'hypothèse la plus probable est flexible et s'il pourrait s'agir d'un degré légèrement plus élevé dans les affaires sans condamnation que dans les affaires ordinaires (c'est-à-dire un « degré de preuve civile exigé renforcé »).

84. Ailleurs, la confiscation ne peut être imposée qu'en tenant compte du degré de preuve habituellement applicable aux affaires pénales (par exemple, en Autriche et en Tchéquie). Le Canada exige également de conclure au-delà de tout doute raisonnable que les biens constituent un produit du crime ou un bien lié à une infraction.

85. En Suisse, le degré de preuve exigé est le même que celui utilisé dans les procédures pénales, bien que les mesures de confiscation soient indépendantes et autonomes par nature. Le droit national applique la norme de l'intime conviction (c'est-à-dire la conviction personnelle du tribunal après avoir examiné toutes les preuves). Une telle norme est finalement très similaire à la règle « au-delà de tout doute raisonnable ».

86. S'il est vrai que la norme de l'hypothèse la plus probable correspond normalement au modèle de confiscation civile, tandis que la norme « au-delà de tout doute raisonnable » s'accorde davantage avec les systèmes pénaux non fondés sur la condamnation, cette correspondance bilatérale n'est ni automatique ni inévitable. En Allemagne, par exemple, la norme de preuve est la règle du « au-delà de tout doute raisonnable », bien que les procédures sans condamnation soient considérées comme étant de nature civile et se déroulent selon les règles de la procédure civile.

#### *Charge de la preuve*

87. La charge de la preuve incombe le plus souvent aux autorités publiques qui engagent la procédure, c'est-à-dire soit la police, soit le ministère public, selon le cas (par exemple, en Tchéquie).

88. Parfois cependant, il n'est pas exclu que la charge de la preuve incombe à la partie intéressée. En Australie par exemple, l'autorité responsable n'est pas tenue de démontrer que les biens constituent des produits ou des instruments du crime, et il incombe au suspect ou à la partie intéressée de démontrer l'origine et l'utilisation licites de ses biens. À Malte et au Mexique, il appartient à l'intervenant d'établir un

droit de propriété sur le bien et sa bonne foi, avec des exigences encore plus strictes pour les cas de blanchiment d'argent.

89. De plus, l'utilisation de présomptions réfragables peut conduire *in fine* au même résultat, à savoir obliger la partie intéressée (ou le tiers) à prouver que le bien n'était pas lié à une infraction ou qu'il a été légitimement acquis.

#### *Présomptions*

90. Les systèmes juridiques prévoient souvent l'utilisation de présomptions réfragables. Un exemple récurrent est le recours à des présomptions concernant l'origine illicite d'une richesse excessive inexplicée (par exemple, en Australie et à Singapour). Le recours à de telles présomptions rapproche le système national de confiscation sans condamnation du modèle de l'enrichissement illicite ou excessif (voir par. 27 ci-dessus). Parfois, les présomptions ne sont applicables que pour des infractions pénales spécifiques (organisation criminelle en Suisse, par exemple).

91. Au Mexique, il existe des présomptions de la provenance légitime des biens (par exemple, lorsqu'une personne apporte la preuve de leur acquisition avant la commission de l'infraction, ou lorsqu'une personne prouve que tous les impôts et contributions relatifs aux biens, ou à la possession de bonne foi, ont été payés).

#### *Moyens de preuves*

92. La principale différence à cet égard concerne clairement le recours aux règles de preuve typiques des procédures civiles (pays de *common law*, Mexique et Slovaquie, par exemple) et l'application des règles de procédure pénale. Dans certains cas, il peut y avoir des solutions hybrides entre les deux cadres juridiques (par exemple, en Italie).

93. Bien que le cadre juridique de la collecte de preuves puisse être celui d'une procédure civile ou d'une procédure pénale, aucune restriction importante limitant l'utilisation de preuves n'a été signalée dans l'un ou l'autre cadre. L'utilisation de preuves par ouï-dire est autorisée presque partout. Une exception semble être Malte, où les preuves par ouï-dire ne sont pas autorisées.

#### *Protection des tiers*

94. Bien que cela ne soit pas toujours précisé, la protection des tiers de bonne foi est normalement accordée. Il est toutefois important de préciser que le concept de tiers est plus directement applicable aux systèmes qui reposent sur l'identification d'un délinquant, ce qui est principalement le cas des modèles de confiscation sans condamnation intégrés dans une procédure pénale.

95. Dans les mécanismes civils de recouvrement d'avoirs, les tiers sont des « parties intéressées », c'est-à-dire celles qui visent à annuler la décision de confiscation en démontrant leur titre légitime sur la propriété.

## **VII. Mesures conservatoires**

96. Aux termes de l'article 2 f) de la Convention, « on entend par "gel" ou "saisie" 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 ». Dans certains pays, ces mesures sont connues sous le nom d'ordonnances de protection (provisoires).

97. Comme mentionné plus haut dans les remarques concernant la terminologie (voir par. 10), la portée exacte des mesures de gel ou de saisie non fondées sur une condamnation peut être affectée par la notion de condamnation pénale adoptée par chaque pays.

98. Il convient en outre de préciser que les mesures de gel ou de saisie pertinentes aux fins du présent document ne sont que les mesures provisoires visant à garantir le caractère exécutoire ultérieur des mesures de confiscation non fondées sur la condamnation, à l'exception des mesures provisoires prises dans le cadre d'une procédure pénale aux fins de la détermination de la culpabilité. Néanmoins, il est parfois difficile, voire impossible, d'établir une distinction claire entre les deux. C'est notamment le cas lorsque la mesure de confiscation non fondée sur la condamnation peut être prise dans le cadre de la même procédure pénale visant à établir la culpabilité d'une personne (par exemple, en France). Pour les systèmes basés sur la confiscation civile ou, plus généralement, lorsque des mesures non fondées sur la condamnation existent en dehors des procédures pénales, il peut y avoir un système distinct de mesures de restriction provisoires. Cela étant, même dans ces pays, de telles mesures pourraient parfois chevaucher des ordonnances de saisie ou de gel émises dans le cadre de procédures pénales, du moins lorsque des procédures sans condamnation peuvent se dérouler parallèlement à des procédures pénales (par exemple, en Italie).

99. La grande majorité des réponses indique la possibilité d'imposer des mesures de gel ou de saisie comme formes de restriction provisoires en vue d'une confiscation sans condamnation. En fait, il arrive souvent qu'une mesure de confiscation non fondée sur une condamnation soit précédée d'une ordonnance de restriction provisoire (par exemple en Australie et en Italie). Les mesures provisoires ne sont possibles que dans quelques États (par exemple, au Bhoutan, où l'explication donnée est liée au fait que les mesures non fondées sur la condamnation sont normalement imposées lorsque les infractions pénales sont déjà en cours de jugement).

100. Il arrive parfois que le degré de preuve requis pour les mesures provisoires soit moins élevé que pour les mesures de confiscation, ce qui pourrait aviver les préoccupations concernant les droits fondamentaux.

## VIII. Prescription

101. Les réponses concernant le délai de prescription n'ont pas toujours permis de savoir clairement si le délai de prescription applicable à la confiscation sans condamnation était le même ou plus limité que celui applicable aux affaires de confiscation avec condamnation. Certaines réponses portaient sur le délai de prescription pour l'infraction sous-jacente, même si l'on ignorait encore si le délai de prescription pour la sanction pénale (c'est-à-dire les poursuites et/ou la condamnation) de l'infraction sous-jacente était le même que pour la mesure de confiscation sans condamnation.

102. Dans ce contexte, différentes options peuvent être appliquées : dans certains pays, le délai de prescription pour la confiscation sans condamnation est équivalent à celui de l'infraction sous-jacente (par exemple, en Autriche), tandis que dans d'autres pays, le délai de prescription pour la confiscation sans condamnation est le même que pour la confiscation avec condamnation (par exemple, en Lettonie, en Suisse et en Tchéquie).

103. Dans d'autres pays (par exemple, en Allemagne), une distinction claire est établie pour les deux délais de prescription, et le délai de prescription pour les mesures non fondées sur une condamnation est normalement plus long que pour la confiscation fondée sur une condamnation. Certains pays (par exemple, l'Australie et le Bhoutan) n'ont pas de délai de prescription pour les mesures non fondées sur une condamnation.

104. Une distinction est parfois établie selon le type de biens confisqués (par exemple, au Mexique, où il existe un délai de prescription pour les biens envoyés vers des destinations illicites et aucun délai de prescription pour les biens d'origine illicite).

## IX. Utilisation du produit confisqué

105. Seuls quelques pays n'ont pas de règle spécifique concernant l'affectation des fonds confisqués (par exemple, Singapour). Il arrive souvent que les avoirs confisqués soient d'abord utilisés pour indemniser les victimes (par exemple, en Allemagne, en Indonésie et à Maurice). Parfois, cette mesure est complétée par l'affectation d'un pourcentage de la valeur confisquée à un fonds général pour la protection des victimes (par exemple, en France, au Mexique et en Tchéquie).

106. Dans certains cas, les actifs sont transférés sur des comptes ou des fonds publics spécialement créés à cet effet. Ils ne peuvent être utilisés que pour soutenir la lutte contre les activités criminelles (par exemple, en Lettonie et en Suisse), ou pour soutenir des projets d'intérêt social ou culturel spécifiques (par exemple, en Autriche), ou les deux (par exemple, en Australie, en France et au Mexique).

107. Certains pays ont créé des bureaux centralisés (spécialisés) responsables de la gestion des avoirs confisqués (par exemple, l'Australie, la France, l'île Maurice, l'Italie et le Mexique), tandis que d'autres n'ont pas de pôle central et laissent cette tâche aux tribunaux et/ou aux procureurs (par exemple, le Canada) ou à des tiers délégués (par exemple, les « cessionnaires officiels » en Nouvelle-Zélande). Souvent, ces organismes ont des pouvoirs de gestion et d'aliénation des biens, bien que les réponses ne précisent pas l'étendue (ainsi que l'efficacité et les lacunes) des règles nationales.

108. Il peut également y avoir des règles spécifiques concernant la gestion des entreprises et des usines, les bénéficiaires étant confiés à l'État (par exemple, en Colombie et en Italie).

## X. Coopération internationale

109. Certains pays ont explicitement déclaré qu'ils n'exécutaient pas ou ne pouvaient pas exécuter les décisions de confiscation sans condamnation émanant de pays étrangers. Dans certains cas, cette situation découle directement du fait que le droit national ne prévoit pas la possibilité de prendre des mesures en l'absence de condamnation. L'Albanie, le Chili et la République dominicaine ne peuvent pas exécuter les ordonnances étrangères car leurs systèmes n'autorisent pas les mesures non fondées sur la condamnation. En Lettonie, le droit national n'autorise la confiscation des richesses excessives et injustifiées que dans le cas des agents publics. La coopération dans le cadre de mesures non fondées sur la condamnation est parfois possible à titre exceptionnel, même si le système national n'autorise pas en interne les mesures non fondées sur la condamnation (par exemple, au Togo).

110. Parfois, le refus de coopération en matière de mesures de confiscation sans condamnation n'est pas lié à l'absence de mesures nationales non fondées sur la condamnation ; le Bhoutan et le Canada, par exemple, ne prévoient la coopération pour des ordonnances étrangères que s'agissant de la confiscation fondée sur une condamnation.

111. Dans l'ensemble, une grande majorité de pays prévoient la possibilité de coopérer en ce qui concerne les mesures non fondées sur la condamnation. Dans certains pays, cependant, le fondement juridique ne semble pas très clair ou détaillé. En France, par exemple, la coopération dans le cadre de mesures sans condamnation est possible, mais repose sur la décision de la Cour de cassation.

112. Lorsque la possibilité de prendre des mesures non fondées sur la condamnation pour les affaires nationales est limitée, cela peut parfois se répercuter sur la portée de la coopération, qui peut se limiter aux cas de confiscation non fondée sur la condamnation prévus par le droit national (par exemple, en Tchéquie). De même, dans d'autres cas (par exemple, en Australie), la coopération est limitée à la confiscation sans condamnation pour les infractions graves (et peut être soumise à l'autorisation du procureur général ou d'une autre autorité compétente).



113. Au sein de l'Union européenne, la coopération en matière de confiscation, qui suit le principe de la reconnaissance mutuelle, est désormais régie par le règlement (UE) 2018/1805 du Parlement européen et du Conseil concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation, qui n'exclut pas la coopération en cas de confiscation sans condamnation. En fait, une décision de confiscation est définie comme « une peine ou une mesure définitive, ordonnée par une juridiction à la suite d'une procédure en lien avec une infraction pénale », et ne nécessite donc pas nécessairement une condamnation. Cependant, les actions civiles de recouvrement d'avoirs totalement détachées de la procédure pénale ne relèvent pas de ce dispositif de coopération. En outre, certains des motifs de refus prévus par le règlement devraient permettre aux États membres de refuser la coopération, notamment en ce qui concerne la protection des droits des personnes concernées dans l'État d'exécution. En dehors de ce régime spécifique de reconnaissance mutuelle, la coopération reste possible selon les règles classiques de l'entraide judiciaire, bien que ces règles ne soient pas toujours adaptées aux régimes sans condamnation.

#### *Coopération relative aux mesures de confiscation en valeur*

114. Dans la majorité des cas, lorsque la coopération en matière d'exécution de la décision de confiscation sans condamnation est possible, elle l'est également en ce qui concerne les mesures de confiscation en valeur.

115. Il découle logiquement des points ci-dessus que, pour les pays qui n'autorisent pas la coopération en matière d'exécution des mesures de confiscation sans condamnation, la coopération concernant les mesures de confiscation en valeur n'est pas possible.

#### *Conditions*

116. Dans presque la totalité des pays, il semble qu'une demande formelle d'entraide judiciaire soit nécessaire.

117. En vertu d'une réserve explicite à la Convention, le Canada n'autorise la coopération qu'en ce qui concerne les ordonnances émises par un tribunal ayant une compétence pénale.

118. Dans certains pays (par exemple, l'Autriche), la personne concernée a le droit d'être entendue avant l'exécution d'une mesure. En Australie, la loi pertinente préserve les intérêts sur la propriété (ou autres actifs confisquables) des tiers de bonne foi revendiquant un intérêt sur la propriété. L'article 34C de la loi de 1987 sur l'entraide judiciaire en matière pénale (*Mutual Assistance in Criminal Matters Act*) définit une procédure permettant à un tiers concerné de saisir un tribunal pour déterminer son intérêt légitime sur un bien faisant l'objet d'une ordonnance de confiscation étrangère.

#### *Double incrimination*

119. La grande majorité des pays (par exemple, le Bhoutan, le Canada et la Suisse) exigent la double incrimination, bien qu'elle ne soit parfois qu'un motif discrétionnaire de refus (par exemple, en Australie).

120. On constatera que l'appréciation de la double incrimination n'est pas totalement claire. Si cette exigence est appliquée de manière rigoureuse, des mesures de confiscation sans condamnation doivent être adoptées pour une infraction clairement établie. Toutefois, comme on l'a observé plus haut, dans certains pays, la possibilité d'une confiscation sans condamnation n'est pas toujours spécifiquement liée à une infraction clairement établie (par exemple, les systèmes fondés sur une richesse excessive inexpliquée). En outre, la question demeure de savoir si la double incrimination est établie en référence à l'existence de la seule infraction ou également en référence à la responsabilité de la personne délinquante, bien que cette dernière

option semble moins correcte et non conforme à la logique de la confiscation sans condamnation.

121. Un autre point problématique est de savoir si la double incrimination peut être interprétée simplement en référence à l'infraction principale sous-jacente (c'est-à-dire que les faits constitueraient également une infraction pénale dans le pays requis) ou si elle peut au contraire être interprétée de manière plus stricte, au sens où les faits doivent non seulement constituer une infraction punissable mais aussi relever des infractions pour lesquelles la mesure pourrait être imposée au niveau interne (par exemple, un acte criminel au Canada).

#### *Coopération en matière de mesures conservatoires*

122. Le refus de coopération en ce qui concerne les mesures conservatoires résulte souvent tout simplement d'une indisponibilité plus générale aux fins de l'exécution de mesures de confiscation sans condamnation (par exemple, au Bhoutan et au Canada). Toutefois, comme mentionné ci-dessus, l'inverse peut également se produire, et les pays pourraient être davantage disposés à reconnaître des mesures de restriction, de gel ou de saisie provisoires, du moins lorsqu'elles sont imposées par des autorités compétentes en matière pénale, car elles n'exigent pas de condamnation (par exemple, en Albanie et, dans une moindre mesure, au Chili).

## **XI. Difficultés rencontrées**

123. De nombreux pays ont répondu qu'ils n'avaient rencontré aucune difficulté ou n'avaient pas eu de discussions concernant l'exécution de mesures de confiscation sans condamnation. Cependant, dans de nombreux cas, cette situation était due au nombre limité d'applications pratiques auxquelles ces pays ont fait face (par exemple, aux Bahamas) ou à l'effet d'une législation très récente (par exemple, à Malte).

124. Une difficulté générale persistante est la grande confusion qui règne au niveau de la terminologie, ce qui pourrait donner lieu à de graves malentendus (par exemple, considérer tous les cas de gel d'avoirs comme des mesures sans condamnation ; voir par. 10 et 11).

#### *Protection des droits fondamentaux*

125. Étant donné que la grande majorité des pays ayant répondu au questionnaire utilisent des mécanismes de confiscation sans condamnation, peu de raisons ont été avancées pour justifier la non-adoption de mesures sans condamnation. Cependant, les raisons essentielles qui justifient la non-adoption de mesures sans condamnation semblent être liées à la protection des droits fondamentaux.

126. La plupart des pays, notamment l'Allemagne, l'Australie, la Bulgarie, la Slovaquie et la République tchèque, ont mis en avant des difficultés liées au respect des droits fondamentaux. Dans de nombreux cas, ces difficultés ont été portées devant les juridictions nationales supérieures et ont finalement été surmontées (par exemple en Australie et en Allemagne), les tribunaux ayant finalement confirmé la constitutionnalité des mesures sans condamnation et leur conformité avec les droits fondamentaux.

#### *Présomption d'innocence*

127. Les préoccupations exprimées sont souvent liées à la présomption d'innocence (par exemple, à Singapour). Les mesures de confiscation sans condamnation sont en effet des sanctions qui s'appliquent à des personnes non condamnées. Une telle conclusion est plus facile à tirer pour les cas – qui se reproduisent dans certains pays (voir ci-dessus) – dans lesquels le bien est confisqué en raison de son lien avec une personne plutôt que de son lien inhérent avec une infraction pénale. Les cas de confiscation de richesses inexplicables pourraient soulever des préoccupations similaires. Lorsque la mesure est prise après une évaluation du lien entre la richesse

et une infraction pénale, en particulier avec un niveau de preuve plus élevé, il devient plus difficile de constater une violation du droit à la présomption d'innocence. Dans le cas de Singapour, il a été répondu à ces préoccupations par l'argument selon lequel la charge de la preuve incombe au procureur – qui doit prouver l'activité criminelle illégale – et par le fait qu'une ordonnance de confiscation ne peut pas simplement être émise au motif que le sujet ne peut pas expliquer l'origine de sa fortune.

#### *Garanties d'un procès équitable et droits de la défense*

128. Un autre problème souvent mentionné est le risque d'une protection inadéquate des garanties d'un procès équitable et des droits de la défense (par exemple, en Australie). Ce point est parfois soulevé en relation avec la présomption d'innocence, pour faire valoir qu'une personne est obligée de prouver son innocence pour obtenir l'annulation d'une ordonnance. Ce point est parfois également soulevé séparément car la procédure pour les mesures non fondées sur une condamnation est plus simple et moins formaliste et implique un degré de preuve moins élevé que pour un procès pénal.

#### *Droits de propriété*

129. Un autre problème souligné est le risque de restriction excessive – ou disproportionnée – des droits de propriété. Le problème du respect des protections constitutionnelles concernant l'acquisition de biens à des conditions équitables a été soulevé en Australie, par exemple. En particulier, cette préoccupation a été exprimée dans le cadre d'une déclaration, dans laquelle il était souligné que les mesures sans condamnation pouvaient avoir un caractère radical. C'est particulièrement le cas lorsque des mesures non fondées sur la condamnation sont interprétées dans le contexte de la possession de richesses inexplicables, ou lorsque des présomptions sont en place et aboutissent à un résultat similaire. Dans certains pays, des dispositions sont en place pour exclure les difficultés (par exemple, en Nouvelle-Zélande). Le principe de proportionnalité dans la restriction des droits de propriété devrait, en tout état de cause, toujours être applicable, afin d'éviter des restrictions excessives.

#### *Pouvoir discrétionnaire illimité et partialité de la police*

130. Les questions de respect des droits fondamentaux peuvent également être liées à des problèmes de discrétion judiciaire excessive – sans entrave – de la part des autorités publiques concernées (par exemple, en Australie). Un pays (Nouvelle-Zélande) a souligné les problèmes de discrétion concernant le rôle de la police. En particulier, des inquiétudes ont été exprimées quant au risque que la police puisse agir avec partialité et abuser de ses pouvoirs lorsqu'elle engage des poursuites et présente des preuves, malgré le fait que l'ordonnance ne peut être rendue que par un tribunal. Ces inquiétudes semblent s'être dissipées à la lumière de la mise en œuvre pratique des mécanismes. La République dominicaine a fait part de ses préoccupations s'agissant d'une éventuelle utilisation abusive des mesures non fondées sur une condamnation au niveau politique.

#### *Règle de l'autorité de la chose jugée (non bis in idem)*

131. Certains États (par exemple, l'Australie) ont également évoqué le problème des mesures non fondées sur une condamnation couvrant sensiblement les mêmes allégations que des affaires pénales précédemment jugées (*non bis in idem*). On retrouve également cette question dans le règlement (UE) 2018/1805. Il s'agit d'une question particulièrement difficile dans la mesure où elle dépend de la qualification et de la forme donnée à la mesure non fondée sur une condamnation. Si la mesure peut être assimilée à une peine, le fait que la personne ait été précédemment acquittée ou condamnée pour les mêmes allégations représente un problème juridique majeur, car une deuxième incrimination devrait normalement être inadmissible. Si la mesure est plutôt orientée vers la prévention de la criminalité et la protection de la sécurité publique, l'obstacle du *ne bis in idem* pourrait être surmonté. Même si la personne délinquante a déjà été condamnée, il semblerait légitime de confisquer tous les biens

liés à l'infraction ou dérivés de celle-ci afin de supprimer toutes les conséquences de l'infraction – et toutes les incitations à commettre des actes criminels. D'autres États ont indiqué que la coopération ne serait pas possible si une procédure pénale pour l'infraction principale était en cours dans leur pays (par exemple, en Tchéquie).

#### *Questions diverses*

132. Certains pays (par exemple, l'Indonésie et la République de Moldova) ont indiqué que leur législation n'était pas complète. Un tel flou affecte la mise en œuvre pratique des mesures au niveau national et dans les affaires transfrontalières.

133. Certains pays (par exemple, le Canada) ont rencontré des difficultés concernant la division interne des pouvoirs (entre les lois provinciales et fédérales), en particulier lorsque les différents niveaux de l'administration utilisent des systèmes de confiscation différents (c'est-à-dire des modèles de confiscation pénale et des modèles de confiscation civile).

134. Une autre question problématique qui demeure est de savoir si les infractions fiscales doivent également être incluses dans la liste des infractions principales.

135. Les États n'ont pas mentionné de problèmes spécifiques concernant l'application de la clause de double incrimination. Compte tenu des différentes approches que certains pays semblent adopter sur ce plan, la rationalisation de cette exigence entre les États pourrait bien contribuer à réduire les frictions dans les affaires de coopération.

136. Un point rarement mentionné dans les réponses concerne la localisation des avoirs lors de l'exécution d'ordonnances de confiscation étrangères. Si l'ordonnance de confiscation étrangère sans condamnation identifie les biens avec précision, l'exécution est effectivement plus rapide. Une identification aussi précise n'est cependant pas toujours possible.

## **XII. Bonnes pratiques**

### *Confiscation en l'absence de condamnation en général*

137. Les réponses reçues n'ont pas permis de dresser un tableau très complet de ce qui fonctionne effectivement dans la pratique. S'il est clair que certains pays ont peu ou pas d'expérience en ce qui concerne l'application pratique des mesures de confiscation sans condamnation (par exemple, les Bahamas et le Bhoutan), il est plus difficile de recenser les meilleures pratiques.

138. Certaines bonnes pratiques pourraient être déduites *a contrario* à partir des difficultés mises en évidence. Les préoccupations concernant le respect des droits fondamentaux doivent être prises au sérieux et pourraient conduire à façonner les règles de manière à minimiser les frictions entre les droits.

139. Une législation nationale complète réglementant les mécanismes et l'application de la confiscation sans condamnation, y compris aux fins de la coopération internationale, serait certainement utile.

140. Une première bonne pratique pourrait consister à éviter que des mesures non fondées sur une condamnation aient des effets excessifs. Une approche intéressante pourrait être l'adoption d'une clause de sauvegarde, telle que celle utilisée en Nouvelle-Zélande, qui limiterait ces effets excessifs.

141. D'une manière générale, on peut observer qu'il existe encore des demandes nationales où l'illégalité d'un bien est identifiée davantage en fonction de son lien avec une personne qu'en fonction de son lien avec un acte criminel. Le fait de mettre l'accent sur le caractère illégal du bien peut aider à surmonter – ou du moins à réduire – les préoccupations liées à la présomption d'innocence. Si le bien est visé pour sa nature criminelle, et non parce qu'il est en la possession d'un individu

potentiellement criminel, il y a moins de place pour affirmer que la confiscation sans condamnation est, par essence, une sanction.

142. La spécialisation des autorités chargées des poursuites contribue à accroître l'efficacité des mesures non fondées sur la condamnation. Un autre élément essentiel pour accroître l'efficacité de ces mesures est l'existence de pouvoirs efficaces de traçage des avoirs illicites.

143. En ce qui concerne l'étendue des mesures, le fait de lier les mesures à certaines infractions spécifiques pourrait donner lieu à des demandes problématiques en cas de modifications des classifications juridiques. À cet égard, une bonne pratique pourrait être d'étendre le champ d'application des mesures sans condamnation à la liste d'infractions la plus large possible. Cela ne signifie pas nécessairement que la confiscation sans condamnation devrait être possible même pour les infractions les plus insignifiantes ou les plus légères. Une autre bonne pratique pourrait être de définir le champ d'application non seulement par rapport au type d'infractions, mais aussi par rapport au montant des avoirs illicites (comme c'est le cas en Nouvelle-Zélande).

144. L'existence d'autorités centralisées pour la gestion des fonds contribue à garantir que les produits confisqués puissent être utilisés au maximum à des fins publiques et sociales.

#### *Coopération en matière de confiscation non fondée sur la condamnation*

145. Compte tenu des frictions potentielles qui se cachent derrière le contrôle de la double incrimination, il est de bonne pratique de clarifier l'interprétation nationale de ce concept. Dans ce contexte, il convient de tenir compte des dispositions du paragraphe 2 de l'article 43 et du paragraphe 9 de l'article 46 relatives à l'examen des obstacles éventuels posés par une application stricte de la double incrimination dans la coopération internationale au titre de la Convention. À cet égard, idéalement, la double incrimination devrait être interprétée comme signifiant que l'infraction principale est également incriminée dans le pays requis (indépendamment des catégorisations internes et de la gravité). Il est également de bonne pratique de considérer la double incrimination comme une possibilité de motiver un refus, comme c'est le cas, par exemple, en Australie et en Nouvelle-Zélande.

146. Une bonne pratique en matière de coopération dans le cadre de la confiscation sans condamnation serait de prévoir explicitement non seulement l'exécution de l'ordonnance étrangère, mais aussi la possibilité d'engager une procédure nationale non fondée sur la condamnation sur la base de l'ordonnance étrangère.

### **XIII. Conclusions et prochaines étapes**

147. Alors que la confiscation sans condamnation peut être un outil efficace pour le recouvrement d'avoirs dans des affaires de corruption transnationale complexes, l'analyse fournie ci-dessus montre qu'elle reste un domaine hautement technique dans lequel de nombreux pays manquent encore d'expérience pratique ; en outre, l'ONUSUD n'a reçu de réponses à son questionnaire que de 43 États parties.

148. À cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les difficultés et les bonnes pratiques mises en évidence dans le présent document qui pourraient être examinées plus avant.

149. Les États parties pourraient également envisager de trouver des moyens d'harmoniser davantage les approches juridiques et la terminologie utilisée dans le contexte de la confiscation sans condamnation.

150. Les États parties pourraient également envisager de trouver des moyens de renforcer l'efficacité de l'exécution des ordonnances étrangères de confiscation sans condamnation. Une question particulièrement pertinente pourrait être de savoir comment trouver une voie optimale pour la coopération concernant les mesures non

fondées sur la condamnation qui font partie des « modèles civils », étant donné que la Convention exige la coopération en matière pénale, alors que la coopération en matière civile et administrative n'est pas obligatoire (art. 43 de la Convention).

151. À la lumière de ce qui précède, et étant entendu que les informations examinées aux fins du présent document seront utilisées pour une analyse plus approfondie dans la mise à jour de l'étude StAR intitulée « Biens mal acquis : Un guide des bonnes pratiques en matière de confiscation d'actifs sans condamnation », le Groupe de travail voudra peut-être envisager de donner des orientations à l'ONUDC sur la poursuite des travaux relatifs aux procédures permettant de confisquer le produit de la corruption en l'absence de condamnation pénale, y compris sur la question de savoir si des demandes d'informations supplémentaires sur ce sujet devraient être communiquées aux États parties.

---