



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial (REFJ)
European Judicial Training Network (EJTN)
Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ)

MODULE IV

THÈME 11

Le mandat européen de gel de biens et d'élément de preuve

5^{ème} édition

2013



AUTEUR

Monsieur Andrés Palomo del Arco
Magistrat. Président du Tribunal de Ségovie



Con el apoyo financiero del Programa de Justicia Penal de la Unión Europea
With the financial support from the Criminal Justice Programme of The European Union
Avec le soutien financier du Programme de Justice Pénale de l'Union Européenne

NIVEAU I: THÈME

TABLE DES MATIÈRES

- 1.- Relégation de l'élément matériel ou réel du délit face à la personne, dans les premiers instruments de coopération.
- 2.- L'exécution des décisions de gel des biens ou des preuves.
- 3.- Les conséquences de la prévision de la coopération en deux temps
- 4.- L'exécution des décisions de confiscation.
 - 4.1.- *Décision-Cadre 2001/500/JAI, relative au blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime*
 - 4.2.- *Décision-Cadre 2005/212/JAI, relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime.*
 - 4.3.- *Décision-Cadre 2003/577/JAI, relative à l'exécution des décisions de gels des biens ou des preuves (susmentionné, section 2).*
 - 4.4.- *Décision-Cadre 2006/783/JAI, relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation.*
 - 4.5.- *Décision 2007/845/JAI, concernant la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou d'autres biens en rapport avec le crime.*
 - 4.6.- *Proposition de la Directive relative au gel et à la confiscation des produits de la criminalité dans l'Union européenne COM (2012) 85*
- 5.- Mandat européen d'obtention d'éléments de preuve.
- 6.- Mandat européen d'enquête.

1.- Relégation de l'élément matériel ou réel du délit face à la personne, dans les premiers instruments de coopération.

Comme nous l'avons vu dans les modules précédents, l'entraide judiciaire européenne en matière pénale établit ses bases actuelles dans la seconde moitié du siècle dernier, après la Seconde Guerre mondiale, au sein de l'Europe élargie, dans le Conseil de l'Europe; où les instruments initiaux, essentiellement *la Convention européenne de 1959*, fut l'instrument de référence en vigueur au cours du XXe siècle, bien que dans la dernière décennie par l'interaction avec la législation de l'Union européenne, elle déclenche un développement de dimensions difficiles à prédire. Mais avec la particularité que les multiples instruments de l'Union, régissant cette question, y compris ceux découlant de la reconnaissance mutuelle, ont été adoptés à profusion, mais comme des matériaux alluvionnaires, car ils naissent généralement avec la volonté de cohabiter avec ces traités primitifs qui, sans abrogation, se chevauchent en offrant une certaine amélioration des points singuliers.

Force est de constater aussi que la Convention du 59, qui a prétendu être à l'origine un outil auxiliaire de la Convention d'extradition de 1957 et cela eut pour effet une attention préférentielle visant les procédures d'enquête ou d'instruction et les mesures de protection à caractère personnel, vis-à-vis des éléments réels et matériels, en l'occurrence les objets. De sorte que, même si parmi les commissions rogatoires (article 3^o) figuraient celles qui avaient pour objet l'exécution de procédures d'instruction ou de transmission d'éléments de preuve, de dossiers ou de documents ; dans le cas d'une perquisition, on permettait à son tour d'une façon élargie, des déclarations qui limitaient ou balisaient son accomplissement, comme il ressort de l'article 5¹. Tous les États Parties, à l'exception de la France, la Grèce, d'Israël, l'Italie et la Lettonie ont choisi volontairement de restreindre la coopération en matière de

¹ 1. Toute Partie contractante pourra, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, par déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, se réserver la faculté de soumettre l'exécution des commissions rogatoires aux fins de perquisition ou saisie d'objets, à une ou plusieurs des conditions suivantes :

- a) l'infraction motivant la commission rogatoire doit être punissable selon la loi de la Partie requérante et de la Partie requise.
- b) l'infraction motivant la commission rogatoire doit être susceptible de donner lieu à extradition dans le pays requis.
- c) l'exécution de la commission rogatoire doit être compatible avec la loi de la Partie requise.

2. Lorsqu'une Partie contractante aura fait une déclaration conformément au paragraphe 1er du présent article, toute autre Partie pourra appliquer la règle de la réciprocité.

demandes de gel², en rendant très improbable la possibilité réelle qu'une demande internationale puisse aboutir; d'autant plus que, même dans le cas où ils n'auraient pas formulé de réserve, ils pouvaient invoquer l'absence de réciprocité aux États qui les auraient allégués. Et pire encore, même en l'absence de réserves, le comportement peu enclin à la coopération était fréquent ; de manière que dans le rapport d'évaluation mutuelle menée par l'Union européenne³, bien qu'avec un régime différencié si la finalité ultérieure visait la confiscation ou l'obtention d'éléments de preuve, même si aucune réserve n'avait été formulée, dans la pratique, la double incrimination et l'adaptation à la législation nationale était également nécessaire.

Y compris dans le *Protocole Additionnel de 1978 à la Convention de 1959* (STE n° 99), adopté dans le but d'éliminer la possibilité de refuser l'assistance judiciaire dans les enquêtes sur les infractions fiscales ; en plus du fait de ne pas avoir été ratifié par Andorre, la Bosnie-Herzégovine, le Liechtenstein, Monaco, Israël, Saint-Marin et la Suisse, il existe des réserves et des déclarations importantes de la part de l'Allemagne, de l'Arménie, de l'Autriche, de l'Azerbaïdjan, de l'Espagne, de la Géorgie et du Luxembourg, dont la plupart d'entre eux tendent précisément à l'exigence de la double incrimination ou à se réserver le droit de refuser l'entraide pour la réalisation de gel en cas de délits fiscaux.

La première tentative pour surmonter cette lacune, même au sein du Conseil de l'Europe, a été la *Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime* signée à Strasbourg le 8 novembre 1990 (STE n° 141), dans le but de faciliter précisément la coopération judiciaire dans ce domaine, compte tenu de la diversité des législations européennes en la matière, y compris l'absence et le handicap d'une législation complète à cet effet.

Une Convention qui vise à obtenir, de façon efficace, une entraide judiciaire dans la privation de biens illicites, avec des instruments différents pour les différents moments procéduraux : l'identification, le dépistage et le gel comme des mesures visant aussi bien le gel préventif de biens susceptibles de confiscation ou de saisie ultérieure ; la confiscation au moment même de l'arrêt ; et à défaut, au deuxième échelon comme criminalisation secondaire, la privation patrimoniale des produits issus de la criminalité à travers l'incrimination du blanchiment d'argent. Une Convention d'une grande importance et qui ne porte pas le nom "européen", parce que dans le

² Par ailleurs, la Bosnie-Herzégovine, l'ancienne République yougoslave de Macédoine et la Serbie-Monténégro, n'ont effectué aucune déclaration ni réserve en signant et en ratifiant la Convention.

³ Par exemple le doc. 7254/00 CRIMORG 52.

comité ad hoc de rédaction, il n'y avait pas seulement des représentants du vieux continent, mais aussi des experts de l'Australie, du Canada et des États-Unis, ainsi que divers organismes, allant de la Communauté européenne à l'Organisation des Nations Unies, l'Interpol ou l'Association internationale de droit pénal. Ratifiée par 47 États européens et même par l'Australie, sa dimension dépasse l'espace continental, car elle est l'un des modèles cités parmi les 40 recommandations du GAFI en matière de coopération judiciaire contre le blanchiment d'argent.

Le deuxième échelon, dans la pondération de la matière réelle de l'infraction, est livré avec la *Convention d'application de l'accord de Schengen (CAAS)*, qui en plus de faciliter de manière générale l'entraide judiciaire, notamment par le biais de permettre le contact direct entre les autorités judiciaires, elle facilite le dépistage et la localisation d'objets, mais en élargissant considérablement les possibilités d'engager une demande de gel international, en limitant les possibilités de refus des demandes d'entraide judiciaire visant l'exécution d'une saisie. (Article 51)⁴, en plus du fait d'éviter les réserves qui avaient été faites à la Convention de 1959.

À l'effet de localiser les objets recherchés *aux fins de saisie ou de preuves dans une procédure pénale*, le Système d'information Schengen, conformément à l'article 100.3 CAAS contient diverses catégories d'objets qui ont été volés, détournés ou égarés : a) les véhicules à moteur (> 50 cc.) ; b) les remorques et les caravanes (> 750 kg) ; c) les armes à feu d) les documents officiels vierges ; e) les documents d'identité délivrés (passeports, cartes d'identité, permis de conduire) ; f) billets de banque (enregistrés) ; et lors d'une progressive incorporation ultérieure les documents de voyage délivrés ; les certificats d'immatriculation et les plaques d'immatriculation, les titres et moyens de paiement (chèques, cartes de crédit), les obligations et les actions. L'accès à cette base de données est limité à l'article 101 CAAS aux autorités compétentes en matière de contrôle des frontières, les douanes (et la police dans le cadre de ces activités), les visas et les permis de séjour ; mais avec la Décision 2005/211/JAI du Conseil du 24 février 2005, conformément à son objectif d'enquête criminelle, le droit d'accéder à ces données directement pour les autorités judiciaires

⁴ Il suffirait pour être assisté que :

a) le fait ayant motivé la commission rogatoire soit punissable selon le droit des deux Parties Contractantes d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté restreignant la liberté d'au moins six mois maximum, ou punissable selon le droit de l'une des deux Parties Contractantes d'une sanction équivalente et selon le droit de l'autre Partie Contractante qu'il constitue une infraction aux règlements poursuivie par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente notamment en matière pénale.

b) l'exécution de la commission rogatoire est compatible avec le droit de la Partie Contractante requise.

nationales est établi explicitement, notamment celles qui sont responsables de l'engagement de poursuites en matière pénale et d'enquêtes judiciaires avant la mise en accusation, dans l'exercice de leurs fonctions, comme défini par la législation nationale.

Ensuite, et dans le cadre du troisième pilier, apparaissent une série d'outils réglementaires qui essayaient de progresser dans cette matière, telle que la Décision-Cadre 2001/500/JAI du Conseil *relative au blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel, la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime*, du 26 juin 2001, en remplacement de l'action commune du même nom de 1998 ; ou la Décision-Cadre 2005/212/JAI du 24 février, *relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec la criminalité*, visant essentiellement le caractère inopérant parmi les États membres des déclarations et des réserves faites aux instruments susmentionnés du Conseil de l'Europe.

Y compris dans le cadre intergouvernemental, l'UE cherche à incorporer avec la Convention de 2000 les nouvelles technologies et les nouvelles institutions procédurales dans le domaine de l'entraide judiciaire, mais les progrès dans cette matière réelle ou matérielle de l'infraction ont été très faibles. Bien que le Protocole à la Convention de 2000 relative à l'entraide judiciaire signé le 16 octobre 2001⁵, ait été une percée majeure pour l'obtention d'informations et de documents bancaires, même si l'on permet aux États de subordonner sa mise en œuvre dans les mêmes conditions que celles qui s'appliquent aux demandes de perquisition et de saisie (c'est-à-dire subordonner son exécution à l'existence de l'exigence de double incrimination et la compatibilité avec le droit interne, l'Autriche réalisa une déclaration explicite en ce sens -) ; en plus de limiter aussi son champ d'application à certains délits, définis par une triple alternative qui couvre un large et vaste catalogue : a) Les infractions passibles de quatre ans dans l'État membre requérant et deux ans dans l'État membre; b) Les infractions visées dans la Convention Europol ; et c) les infractions visées dans les instruments relatifs à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes⁶. Les demandes dans ce domaine devraient être fondées en raison de

⁵ JO C 326 du 21.11.2001. Il inclut à son tour un rapport explicatif approuvé le 14.10.2002 par le Conseil (JO C 257 du 24.10.2002).

⁶ Fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes ; utilisation ou la présentation de fausses déclarations ou de documents, erronés ou incomplets ou ayant le même effet (s'ils ne sont pas déjà punissables soit comme infraction principale, soit par complicité, instigation ou tentative de fraude) ; corruption passive qui provoque ou peut provoquer des atteintes aux intérêts financiers des Communautés européennes ; corruption active qui provoque ou peut provoquer des atteintes aux intérêts financiers des Communautés

leur pertinence et elles indiqueront les informations dont elles disposent et les indices ou les éléments qui justifient l'hypothèse de l'existence du compte bancaire en question ; de manière à faciliter autant que possible l'exécution de la demande, en plus d'interdire les procédures de "pêche".

Le Conseil de l'Europe a également compris la nécessité d'améliorer les mécanismes d'entraide prévus dans la Convention de 1990 ; et ainsi, à la fin de 2003, la rédaction d'un Protocole additionnel à la Convention a été entamée pour recueillir les progrès énoncés dans les instruments et les activités figurant aussi bien aux Nations Unies, l'Union européenne, qu'au GAFI ou au sein du Groupe Egmont ; notamment pour y inclure des dispositions relatives à la prévention du blanchiment (d'identification et de vérification de clients, d'identification des bénéficiaires, des déclarations de transactions suspectes, de régularisation des centres de renseignements financiers ou de transparence des personnes morales), de même qu'au financement du terrorisme. Comme le texte résultant de la Convention impliquait des profonds changements, nous avons conclu qu'un instrument autonome était préférable; et c'est ainsi que surgit la *Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme* (STCE n° 198), ouverte à la signature à Varsovie le 16 mai 2005.

L'interaction entre les instruments du Conseil de l'Europe et l'Union européenne, se révèle ici une voie privilégiée ; car de même que la Convention de 2000 de l'Union européenne, affine et développe la Convention relative à l'entraide du Conseil de l'Europe de 1959, la Convention de 2005 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, aux articles 17, 18 et 19, reproduit les mesures d'enquête des comptes bancaires qui figure dans le Protocole de 2001 à la Convention de 2000. Même si la Convention de 2005 élargit le champ d'application de ces enquêtes, en permettant aux parties de les appliquer aux institutions financières non bancaires et ne limitant pas les infractions sur lesquelles elles sont projetées.

Et cela jusqu'à l'arrivée des instruments de *reconnaissance mutuelle* ; dont l'origine et le concept a été largement développé dans les éditions précédentes et qui dans une première approche, cette expression de la reconnaissance mutuelle, signifie qu'une fois adoptée une décision rendue par un juge dans l'exercice de ses pouvoirs

européennes ; et le blanchiment d'argent lié aux produits de la fraude mentionnée, au moins dans les cas graves, et à la corruption active et passive mentionnée.

dans un État membre, dans la mesure où elle a des implications extraterritoriales, elle sera automatiquement acceptée dans tous les autres États membres, et elle aura les mêmes effets là-bas ou, au moins, semblable à l'État de leur adoption ; et cela à condition qu'il n'y ait aucune perte des droits fondamentaux conférés aux personnes, car son but explicite est à la fois de faciliter la coopération entre les autorités telle la protection judiciaire des droits individuels. Ainsi, les décisions rendues en vertu de ce régime dans un État membre seront exécutées dans les autres, directement et immédiatement, comme si elle avait été délivrée par une autorité judiciaire de l'État requis.

Il convient cependant de rappeler que l'art. 82 de la version consolidée du Traité de Fonctionnement de l'Union européenne stipule que la coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de la reconnaissance mutuelle des arrêts et des décisions judiciaires, et il inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les domaines visés au paragraphe deux, de l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres, les droits des personnes dans la procédure pénale, les droits des victimes d'actes criminels, ou d'autres aspects spécifiques de la procédure pénale, déjà déterminés par décision du Conseil.

2.- L'exécution des décisions de gel des avoirs et des preuves.

Lorsque l'on décide de commencer la mise en œuvre du processus menant à la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, l'option est de commencer par la question du gel des biens⁷; et pour sa planification le Secrétaire Général du Conseil réalise une étude⁸ à partir de rapports d'évaluation mutuelle sur l'aide judiciaire et sur les soi-disant "fiches belges". Notez que contrairement à la procédure habituelle de coopération où l'État requérant fait une demande et l'État requis accepte d'exécuter, ou non, ladite demande, la reconnaissance mutuelle, implique que l'État requis est tenu d'appliquer la demande qui est présentée sans l'analyser du point de vue de son droit interne ; la décision rendue a un caractère exécutoire valable dans toute la zone de

⁷La réunion du Comité de l'article 36 du 14 janvier 2000.

⁸Doc. 6522/00 CATS 16 CRIMORG 34 COPEN 14 du 2 mars, 2000.

l'Union. À partir de l'assomption de cette conséquence basique de l'application du principe de reconnaissance mutuelle que génère une entraide judiciaire plus contraignante que celle initiée par la Convention de 59, elle énumère les lignes de travail qui doivent être détaillées pour atteindre sa mise en oeuvre réglementaire : a) la nature de l'instrument qui, au moment d'inclure une approche législative, doit comprendre nécessairement une régularisation commune minimale, devrait être une Décision-Cadre ; b) la nécessité d'éliminer la double incrimination ; c) pour éviter autant que possible les différences de langues, l'adoption d'un modèle unique de saisie des biens (avec des indications déjà imprimées) dans toutes les langues de l'UE ; d) l'indispensable simplification et rapidité de la procédure de validation ; e) les types de ressources ; f) l'identification du bien pour lequel il est demandé le gel ; g) le domaine des infractions pour lesquelles il est possible leur mise en oeuvre ; et h) les motifs de refus.

Ce schéma décrit les grandes lignes aussi bien des travaux préparatoires que des Décisions-Cadres approuvées, en adoptant le principe de la reconnaissance mutuelle.

La formalisation du processus d'adoption émerge avec l'Initiative des gouvernements de la République française, du Royaume de Suède et du Royaume de Belgique visant à faire adopter par le Conseil une Décision-Cadre relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel des avoirs ou des preuves⁹, qui aboutit à la Décision-Cadre du Conseil 2003/577/JAI du 22 juillet *relative à l'exécution des décisions de gel des avoirs ou des preuves*¹⁰, même si l'attentat du 11-S, a déterminé que soit adopté avant la Décision-Cadre 2002/584/JAI relative au mandat d'arrêt européen¹¹.

Elle exprimé comme *objet*, l'établissement de règles selon lesquelles un État membre devra reconnaître et exécuter sur son territoire une décision de gel des avoirs ou des preuves délivrées par une autorité judiciaire d'un autre État membre dans le cadre d'une procédure pénale.

Elle définit la décision de gel des avoirs ou des preuves comme toute mesure prise par une autorité judiciaire compétente de l'État d'émission afin d'empêcher provisoirement toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou de cession d'un bien qui pourrait : a) être confisqués au profit de l'État

⁹ JO C 75 du 07.03.2001.

¹⁰ JO L 196 du 02.08.2003, pages 45-55.

¹¹ JO L 190 du 18.07.2002.

d'émission ; b) constituer une preuve.

Par conséquent, sont exclus de son champ d'application, les mesures conservatoires visant à assurer les responsabilités économiques dans les procédures pénales ; ou assurer la responsabilité civile issue de l'infraction ; ou assurer le paiement des amendes ; ou garantir le paiement des dépens des poursuites. Même si certains États membres de l'Union européenne connaissent des responsabilités civiles au sein de la procédure pénale, l'exécution de cette action civile doit être traitée conformément aux instruments de reconnaissance mutuelle civils. Même si dans le cadre de la Convention d'application de l'accord de Schengen, l'article 49 stipule que l'entraide judiciaire sera également réalisée dans les actions civiles jointes aux actions pénales, tant que la juridiction répressive n'a pas encore statué définitivement sur l'action pénale (alinéa d).

En définitive, comme indiqué par la doctrine, les exigences qui doivent être respectées pour ne pas dépasser le *domaine* de l'application du mandat de gel des avoirs ou des preuves sont les suivants :

a) Elles visent les mesures judiciaires, adoptées par une autorité judiciaire dans une procédure pénale.

b) De nature provisoire, préventive, précédentes à un arrêt définitif.

c) Avec une finalité spécifique, empêcher provisoirement la destruction, la transformation, le déplacement, le transfert ou la cession des biens.

d) Les biens, les objets ou documents, objet de la mesure, doivent être susceptibles d'être ultérieurement soumis à confiscation ou servir de preuve.

Sa *justification* découle aussi bien de l'insuffisance des instruments classiques d'entraide judiciaire que nous avons examinée, que des singularités qu'elle présente face à d'autres décisions pénales, du fait d'exiger dans cette matière pour une efficacité minimale de la demande d'entraide une célérité d'action pratiquement immédiate. Fondée sur des relations de confiance, elle détermine la reconnaissance de la décision judiciaire rendue sans aucune démarche, de sorte que son exécution est directe et immédiate, comme si elle avait été délivrée par une autorité judiciaire de l'État requis ; avec la seule exigence de l'accompagnement d'un certificat signé par l'autorité compétente de l'État d'émission ayant ordonné la mesure, témoignant ainsi de l'exactitude de son contenu ; et en tout cas en permettant en cas d'absence, sa réparation.

Ainsi, en termes de *procédure*, le premier avertissement est que, contrairement au mandat d'arrestation et de remise, où l'émission elle-même du mandat rendu remplissant le formulaire accompagnant la Décision-Cadre, constituait la décision judiciaire et par conséquent représentait un titre unique européen, dans le mandat de gel des avoirs ou des preuves, le titre juridique est intégré par la décision judiciaire qui en vertu de son droit national rend l'autorité judiciaire, qui doit être présentée à présent accompagné du certificat dont le modèle intègre la Décision-Cadre.

La *transmission* directe entre les autorités judiciaires de la demande de gel est prévue comme un moyen ordinaire¹²; la transmission doit être accompagnée d'une demande subséquente pour le transfert de preuves ou de confiscation, conformément à l'objectif de la mesure préliminaire préalablement adoptée ; ou d'une instruction pour que le bien continue immobilisé, quelque soit l'alternative sélectionnée, jusqu'à ce que cette demande consécutive se concrétise.

Mais c'est surtout le certificat celui qui doit *accompagner la demande*. L'absence ou l'intégration incomplète de celui-ci est la cause de refus de la demande de gel ; nonobstant, même dans ces cas un délai doit être octroyé pour sa réparation, ou bien accepter un document équivalent ; ou même, si elle est jugée suffisamment illustrée, la dispenser de l'obligation de sa soumission. Il est prévu pour ce certificat une traduction dans la langue officielle ou parmi celles déclarées recevables par l'État requis.

D'autres *motifs de refus* sont l'existence d'une immunité ou d'un privilège ou d'une violation du *non bis in idem*, ou l'absence de double incrimination, à l'exception des trente-deux infractions exemptées recueillies dans la liste habituelle¹³ de ces instruments, à condition qu'elles soient punissables d'une peine privative de liberté pour une durée maximale d'au moins trois ans. L'exécution empêchant le bon déroulement d'une enquête pénale en cours ou la mesure de gel ayant été délivré dans une autre affaire pénale sont interprétées au titre de causes de suspension.

La décision de gel des avoirs ou des preuves sera *reconnue* par l'autorité compétente de l'État d'exécution sans autre procédure et exécutée promptement de

¹² Bien que l'Irlande et le Royaume-Uni puissent prévoir des exceptions, en spécifiant une autorité centrale ou d'autres autorités spécifiques.

¹³ Dans la version française de la liste des infractions exonérées de la double incrimination, celles relatives au trafic (de drogue, d'armes, de substances hormonales, des matières nucléaires), alors que dans la Décision-Cadre relative au mandat d'arrêt européen, il était mentionné qu'il s'agissait de trafics *illicites*, cet adjectif a été supprimé dans cette Décision-Cadre (à l'exception des biens culturels). Une défaillance de style due uniquement au traducteur, qui, cependant, a causé des doutes compte tenu de la critique doctrinale à cette liste par catégories, si peu précise.

même qu'une décision de gel des avoirs ou des preuves nationale ; et aussi sans retard et par tout moyen laissant une trace écrite, en communiquant la mise en œuvre à l'autorité compétente de l'État d'émission (si possible la décision sera communiquée dans les 24 heures après réception). L'*exécution*, le cas échéant, par l'État d'émission,

peut être adapté aux critères de *forum régit actum* ; mais si des mesures coercitives supplémentaires sont nécessaires, celles-ci seront prises selon la procédure applicable dans l'État d'exécution. Étant donné qu'il s'agit de mesures conservatoires, il est prévu la possibilité de limiter sa temporalité.

On envisage également la possibilité de *recours* non suspensifs de la part de la personne mise en examen, de la victime ou de toute personne physique ou morale faisant valoir de bonne foi à l'autorité compétente de l'État d'émission ou l'État d'exécution conformément à la législation nationale ; même si le recours dans l'État d'exécution ne peut être fait pour des raisons qui ont trait à la substance.

Enfin, on régularise la responsabilité de l'État d'émission qui de façon euphémistique apparaît sous la rubrique *remboursements*, lorsque les informations contenues dans le certificat sont inexactes au moment de sa transmission et donnent lieu à l'exécution d'une décision de gel des avoirs ou des preuves qui a causé un dommage à quelqu'un, obligeant par ce biais à l'État d'exécution à un dédommagement.

La date limite de *transposition* au droit interne était le 2 août 2005 ; bien qu'il n'ait pas encore été achevée par tous les États membres, comme indiqué par le Secrétaire Général du Conseil, doc. 16921/10¹⁴, de 7 décembre 2010, sur la base des communications des propres États, le processus est assez avancé. Sur la base de ces communications et t avec des petites nuances, le Réseau Judiciaire Européen a élaboré le tableau suivant :

État membre	Date de mise en œuvre	État membre	Date de mise en œuvre
Autriche	✓ 2 août 2005	Lettonie	✓ 1er janvier 2008
Belgique	✓ 16 septembre 2006	Lituanie	✓
Bulgarie	✓	Luxembourg	✗
Chypre	✓	Malte	✓

¹⁴ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st16/st16921-re01.en10.pdf>

République tchèque	✓ 1er juillet 2006	Pays-Bas	✓ 1er août 2005
Danemark	✓ 22 décembre 2004	Pologne	✓ 2 août 2005
Estonie	✓	Portugal	✓
Finlande	✓ 2 août 2005	Roumanie	✓ 13 novembre 2008
France	✓ 4 juillet 2005	Slovaquie	✓ 1er janvier 2006
Allemagne	✓ 30 juin 2008	Slovénie	✓ 25 novembre 2007
Grèce	✗ processus en cours	Espagne	✓ 7 juin 2006
Hongrie	✓	Suède	✓ 1er juillet 2005
Irlande	✓ 1er septembre 2008	Royaume-Uni	✗ processus en cours
Italie	✗ processus en cours		

Les communications des États membres sur l'autorité *compétente et la langue* dans laquelle doit être rédigé le certificat et, le cas échéant, les pièces jointes annexes peuvent être consultées sur le site Web du Réseau Judiciaire Européen : <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?ld=24>

3.- Les conséquences de la prévision de la coopération en deux temps

Comme indiqué dans la Décision-Cadre 2003/577/JAI du 22 juillet relative à l'exécution des décisions de gel des avoirs ou des preuves, la transmission doit être accompagnée de:

- a) une demande de transfert des éléments de preuve à l'État d'émission, ou
- b) une demande de confiscation, ou
- c) une instruction pour que le bien demeure dans l'État d'exécution en attendant la délivrance par l'État d'émission d'une demande visant l'une des deux mesures précédentes.

GEL DES BIENS AUX FINS DE CONFISCATION OU OBTENTION D'ÉLÉMENTS DE PREUVE après DC 2003/577	
1. L'identification du bien	Demande d'entraide judiciaire classique
2. Dépistage et détection ou localisation du bien	Demande d'entraide judiciaire classique

3. Soustraction ou "gel" provisoire		Reconnaissance M° D-Cadre 2003/577/JAI
4. Destination	a) La confiscation	Demande d'entraide judiciaire classique
	b) Le transfert des preuves	Demande d'entraide judiciaire classique

Ainsi, le gel officialisé selon les critères de reconnaissance mutuelle, pourrait devenir stérile du fait que la remise ultérieure des preuves saisies ou la confiscation subséquente devaient être résolue par des critères classiques d'entraide judiciaire où le canal, étant plus étroit, pourrait ne pas être satisfaisant.

D'où la nécessité d'adopter les deux instruments, permettant ainsi de résoudre la dernière phase selon des critères de reconnaissance mutuelle : celui relatif à l'exécution des décisions de confiscation et celui relatif à la demande d'obtention d'éléments de preuve, donnant lieu à ce schéma :

GEL DES BIENS AUX FINS DE CONFISCATION OU OBTENTION D'ÉLÉMENTS DE PREUVE après DC 2003/577		
1. Identification du bien		Demande d'entraide judiciaire classique
2. Dépistage et détection ou localisation du bien		Demande d'entraide judiciaire classique
3. Soustraction ou "gel" provisoire		Reconnaissance Mutuelle Décision - Cadre 2003/577/JAI
4. Destination	a) la confiscation	Reconnaissance mutuelle D-Cadre 2006/783/JAI
	b) Transfert des preuves	Reconnaissance mutuelle D-Cadre 2008/978/JAI

Dans les deux sections suivantes, nous allons analyser ces deux instruments enchaînés de reconnaissance mutuelle.

4.- L'exécution des décisions de confiscation.

L'Union européenne, notamment dans le contexte de la lutte contre le crime organisé, dispose de divers instruments, dont certains mentionnés ci-dessus, qui régissent la confiscation, conçus pour démunir ces organisations des produits issus de leur activité illicite, avec différent lien normatif entre eux. Ainsi :

4.1.- La Décision-Cadre 2001/500/JAI du 26 juin relative au blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et produits du crime, visant à faciliter les demandes d'entraide judiciaire de confiscation ; régleme nte également la confiscation en valeur quand il est impossible de saisir les produits directs de la criminalité et oblige à respecter toutes les demandes réalisées par les autres États membres avec la même priorité que les procédures nationales ;

4.2 La Décision-Cadre 2005/212/JAI du 24 février, relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, qui harmonise les règles relatives à la confiscation. Il est à noter que cet instrument n'intègre pas la modalité d'entraide de la reconnaissance mutuelle. Il maintient les mêmes définitions que la Convention européenne de 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime ; et répète de même que la Décision-Cadre 2001/500/JAI, l'obligation de prendre des mesures pour confisquer les instruments et les produits du crime passibles de la peine privative de liberté supérieure à un an de liberté ou de biens dont la valeur correspondent à ce produit ; mais y compris les biens issus d'infractions fiscales, pour lesquelles des procédures non-pénales sont viables, pour obtenir la privation du produit de l'infraction.

Elle exige également des États membres de disposer d'un *mandat de confiscation élargie* pour certaines infractions susceptibles de générer un grand bénéfice économique réalisé dans le contexte de la criminalité organisée ou dans le cadre terroriste, à condition qu'elles soient punissables d'une peine maximale entre 5 et 10 ans au moins (seulement quatre dans le cas du blanchiment) : i) dans le cas où un tribunal national est pleinement convaincu que les biens en question proviennent

d'activités criminelles de la personne condamnée, au cours d'une période antérieure (raisonnable dans les circonstances de l'espèce) ; ou ii) lorsqu'un tribunal national est pleinement convaincu que les biens en question proviennent d'activités criminelles similaires de la personne condamnée au cours d'une période antérieure à la condamnation aux titres de l'infraction visée ; ou iii) lorsqu'il est établi que la valeur des biens est disproportionnée par rapport au revenu légal de la personne condamnée et qu'un tribunal national est pleinement convaincu, sur la base d'éléments concrets, que les biens en question proviennent de l'activité criminelle de ladite personne¹⁵.

Elle invite, en outre, instamment à envisager la possibilité d'appliquer cette confiscation élargie aux biens acquis par les proches de la personne concernée et aux biens transférés à une personne morale sur laquelle la personne concernée exerce un contrôle effectif, individuellement ou avec ses proches ; de même que lorsque la personne concernée perçoit une part importante des revenus de la personne morale ; et elle permet même l'utilisation de procédures autres que pénales¹⁶ pour priver l'auteur de l'infraction des biens en question. Elle régit également des modalités de recours pour les personnes visées par la saisie convenue et elle réitère expressément l'obligation de respecter la présomption d'innocence.

4.3.- La Décision-Cadre 2003/577/JAI qui régit la reconnaissance mutuelle des décisions de gel de biens, aux fins de confiscation, avant développé dans la section 2.

¹⁵ Ainsi la Cour Européenne des Droits de l'Homme (affaire *Welch* (S. 9.II.1995) et *Phillips*(S. 5.VII.2001) contre le Royaume-Uni), a déclaré que la législation britannique sur le trafic de drogue au Royaume-Uni (qui a élargi plus tard son champ d'application avec *Proceeds of crime Act 2002*, sur la base du concept de "mode de vie criminelle"), qui autorise un tribunal à faire l'hypothèse que tous les biens d'une personne reconnue coupable de trafic de drogue au cours des six années précédentes sont le produit de ce trafic, ne suppose pas une violation au droit à un procès équitable, parce que cette hypothèse pouvait être rejetée si la personne mise en examen démontre, de manière crédible, qu'elle avait acquis les biens par des moyens autres que le trafic de drogue ; et la Cour avait par ailleurs la possibilité de ne pas avoir considéré l'hypothèse si elle avait interprété que son application pouvait donner lieu à une injustice.

¹⁶ Des exemples américains nous les trouvons en *Colombie avec la loi 333 de 1996 de "L'extinction de la propriété sur les biens"* ou avec la *Loi de réforme de la confiscation civile des biens aux États-Unis de l'an 2000*, où contrairement à la procédure pénale, qui exige de prouver l'origine illicite desdits biens faisant l'objet d'une saisie au-delà de tout doute raisonnable, il suffit de surmonter la prépondérance comparative des preuves qui doivent être réalisées face à celles présentées par le défendeur. En Europe, l'Irlande pour des biens d'une valeur supérieure à 10.000 livres irlandaises ; ou l'Italie dans sa législation antimafia pour les biens qui sont disproportionnés par rapport au revenu légitime du propriétaire. La Cour de cassation française a validé une décision de confiscation civile italienne (affaire *Crisafulli*) bien qu'en France il existait uniquement confiscation pénale. En Espagne, l'Avant-projet de Réforme du Code Pénal en octobre 2012, à l'art. 127, stipule également quelques hypothèses de "confiscation sans condamnation".

4.4.- La Décision-Cadre 2006/783/JAI du 6 octobre.

Rappelons que l'obtention d'un gel des biens en vertu de la Décision-Cadre 2002/577/JAI, exigeait une demande ultérieure de confiscation, qui pour maximiser son efficacité, avait besoin d'un nouvel instrument capable de répondre aux mêmes principes de reconnaissance mutuelle. C'est à cette fin qu'obéit la Décision-Cadre 2006/783/JAI du 6 octobre, ***relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation***, qui établit les règles selon lesquelles un État membre reconnaît et exécute sur son territoire une décision de confiscation rendue par un tribunal compétent en matière pénale d'un autre État membre.

La transmission.- La décision de confiscation doit être accompagnée d'un certificat, le modèle est incorporé dans la Décision-Cadre, signé par l'autorité compétente de l'État d'émission, qui à son tour donne la même foi en la justesse de son contenu. Elle devra être traduite dans la langue officielle du pays d'exécution ou dans autre langue officielle de l'UE indiquée par le pays susmentionné, et elle sera directement envoyé à l'autorité compétente du l'État membre de l'UE où la personne (physique ou morale), possède des biens ou des revenus s'il s'agit de confisquer de l'argent, ou là où se trouvent les biens visés par la présente décision ; et s'il n'existe pas de raisons particulières pour déterminer un État membre concret il est possible de la transmettre à l'État où l'individu a sa résidence habituelle ou, le cas échéant, la personne morale a son siège social.

La transmission d'une décision de confiscation ne limite pas le droit de l'État d'émission d'exécuter la décision lui-même. Mais alors, il est tenu de le signaler à l'État d'exécution.

L'exécution.- L'État d'exécution doit reconnaître et appliquer la décision immédiatement et sans avoir besoin d'aucune autre formalité. La procédure d'exécution sera en conformité avec la loi du pays d'exécution et selon les formalités que ses autorités décident. Les décisions de confiscation rendues à l'encontre de personnes morales doivent être exécutées, même lorsque le pays d'exécution n'a pas prévu la responsabilité pénale de la personne morale.

Si plusieurs demandes d'exécution font référence à la même personne, le pays d'exécution doit décider l'ordre d'exécution en vue de la gravité des infractions et toutes autres circonstances pertinentes.

Les quantités saisies correspondent à l'État d'exécution si le montant saisi est

inférieur à 10.000 euros ; si la somme perçue est supérieure, la moitié de la somme devra être transférée à l'État d'émission.

Aussi bien l'État d'exécution que celui d'émission peuvent accorder une grâce ou une amnistie, mais uniquement l'État d'émission est compétent pour connaître les demandes de révision de la substance de la décision de confiscation.

Les motifs de non-reconnaissance.- Dans la même veine que les autres

instruments de reconnaissance mutuelle, voici diverses hypothèses qui peuvent se voir refuser la reconnaissance :

- L'absence de certificat, s'il est établi de manière incomplète ou s'il ne correspond manifestement pas à la décision.
- Si elle est contraire au *principe ne bis in idem*.
- L'absence de double incrimination, à l'exception de la liste des 32 infractions exemptées, quand elles sont sanctionnées avec trois ans de prison maximum.
- Existence dans le pays d'exécution d'une immunité ou d'un privilège qui empêcherait l'exécution.
- Lorsque des droits de toute partie intéressée, y compris les tiers de bonne foi, rendent impossible l'exécution, en vertu de la législation du pays d'exécution.
- Si le jugement a été rendu par contumace, dans les termes explicites dans la Décision-Cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février, modifiant les Décisions-Cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI *visant à renforcer les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions rendues à l'issue d'un procès où la personne mise en examen n'a pas comparu*.
- Lorsque les infractions qui ont donné lieu à la décision de confiscation ont été commises selon la législation de l'État d'exécution en tout ou en partie sur son territoire ou en un lieu assimilé à son territoire ou hors du territoire de l'État d'émission et la législation de l'État d'exécution n'autorise pas la poursuite des mêmes infractions.

- S'il y a prescription de l'exécution de la décision de confiscation dans l'État d'exécution, pour autant que les faits relèvent de la compétence de cet État en vertu de sa propre législation pénale.

Sursis à l'exécution.- L'autorité compétente de l'État d'exécution peut surseoir à l'exécution d'une décision de confiscation si celle-ci peut nuire à une enquête ou une procédure pénale en cours ; ou lorsqu'une traduction omise de la décision de confiscation est jugée nécessaire.

Voies de recours.- Les États ont l'obligation de garantir des voies de recours à toute personne concernée, y compris des tiers de bonne foi, en vue de préserver ses droits devant un tribunal de l'État d'exécution. Si la législation nationale de l'État d'exécution en dispose ainsi, le recours légal peut avoir un effet suspensif sur la décision de confiscation. Mais les recours sur les raisons substantielles qui ont conduit au prononcé de la décision de confiscation ne peuvent être contestés que devant l'État d'émission.

Mise en œuvre.- La date pour se conformer à la Décision-Cadre était le 24 novembre 2008, mais malgré le temps écoulé certains États non pas encore transposés la Décision-Cadre.

La Commission a publié le 23 août 2010 un rapport sur sa mise en œuvre qui a été incorporée au document COM (2010) 428 final¹⁷; le Secrétaire Général du Conseil le rend le 24 avril 2012, dans son document 9006/12¹⁸. Pour sa part, le Réseau Judiciaire Européen publie le tableau suivant :

État membre	Date de mise en œuvre	État membre	Date de mise en œuvre
Autriche	✓ 1er juillet 2007	Lettonie	✓ 14 juillet 2009
Belgique	✓ 14 avril 2012	Lituanie	✗
Bulgarie	✓ 27 février 2010	Luxembourg	✗
Chypre	✓ 25 juin 2010	Malte	✓ 22 octobre 2010
République tchèque	✓ 1er janvier 2009	Pays-Bas	✓ 1er juin 2009
Danemark	✓ 1er janvier 2005	Pologne	✓ 5 février 2009
Estonie	✗ processus en cours	Portugal	✓ 31 août 2009

¹⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0428:FIN:EN:PDF>

¹⁸ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st09/st09006.en12.pdf>

Finlande	✓	24 novembre 2008	Roumanie	✓	13 novembre 2008
France	✓	9 juillet 2010	Slovaquie	✗	
Allemagne	✓	22 octobre 2009	Slovénie	✓	25 octobre 2007
Grèce	✗		Espagne	✓	10 mars 2010
Hongrie	✓	8 janvier 2009	Suède	✓	1er juillet 2011
Irlande	✗		Royaume-Uni	✗	
Italie	✗				

Les notifications, les déclarations et les communications des États membres, en conformité avec le processus de mise en œuvre, sur les autorités désignées compétentes et les langues acceptées, peuvent être consultées sur le site Web suivant du Réseau Judiciaire Européen :

<http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?ld=34>

4.5 Décision 2007/845/JAI du Conseil du 6 décembre 2007, concernant la coopération entre les bureaux de recouvrement des avoirs des États membres en matière de dépistage et d'identification des produits du crime ou des autres biens en rapport avec le crime.

Omniprésente l'idée que la meilleure façon de lutter contre le crime organisé est la privation de ses bénéfices économiques, pour atteindre tel objectif on cherche à organiser l'échange rapide de toutes les informations qui peuvent conduire au dépistage et à la saisie des produits du crime et faciliter la confiscation ultérieure, le cas échéant. À cette fin, dans le cadre des dispositions du Programme de La Haye sur la création dans les États membres de l'UE d'unités de renseignement qui se spécialisent dans les avoirs criminels, surgit l'Initiative autrichienne, belge et finlandaise¹⁹ qui oblige les États membres à organiser des Bureaux de recouvrement des avoirs chargés de faciliter le dépistage et l'identification des produits du crime en vue d'un gel ultérieur, la saisie ou la confiscation par l'autorité judiciaire compétente.

L'efficacité de ces institutions a été démontrée dans le rapport subséquent à l'évaluation mutuelle concernant l'entraide judiciaire, réalisée en Irlande²⁰, où travaille un "Bureau de Biens d'origine criminelle", créé le 15 octobre 1996, comprenant des

¹⁹ Doc. 15628/05 CRIMORG 156 du 14.12.2005.

²⁰ Doc. 9079/99 CRIMORG 70 du 19.08.1999.

fonctionnaires de différentes provenances ²¹qui jouissent de l'anonymat dans leur travail, où les principaux objectifs étaient d'identifier ces biens, quelque soit l'endroit où ils se trouvaient, provenant ou suspectés de provenir, directement ou indirectement, d'une activité criminelle, et prendre ensuite les mesures appropriées pour priver les délinquants de ces biens. Le juge de la Cour de district, après avoir entendu le témoignage d'un officier attaché au Bureau, peut, s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'il est possible de trouver à un endroit des preuves relatives à des biens ou des produits de la criminalité, délivrer un mandat de perquisition pour ce lieu et toute personne qui s'y trouve. Si à la suite de celle-ci ou de toute autre mesure des biens sont découverts, le Bureau de Biens d'origine criminelle demande à la Haute Cour, en vertu de la loi sur les produits d'actes criminels, d'abord un mandat de gel temporaire ou la saisie des biens, puis une mesure conservatoire avec une durée de validité de sept ans. Si, dans ces sept années, la Cour n'obtient pas des preuves que les biens dépistés ne sont pas d'origine criminelle, les biens susvisés passent à disposition de l'État. Tant que le mandat de gel ou de saisie des biens ou une mesure conservatoire est en vigueur, la personne contre laquelle l'ordonnance a été rendue est tenue de déclarer tous ses revenus et l'origine de ceux-ci au cours des dix années précédentes. Le rapport souligne que les tribunaux irlandais ont jugé que cette disposition ne viole pas le principe de l'auto-incrimination, parce que la procédure est civile et non pénale. Par conséquent, il n'est pas nécessaire non plus de prouver qu'une personne a été reconnue coupable d'un crime pour la priver de ses biens, il est même possible qu'elle ait été acquittée. Il suffit de prouver qu'elle s'est bénéficié d'une activité criminelle. En contrepartie, il y a des dispositions réglementaires très détaillées sur les indemnisations auxquelles peut avoir accès une personne si on reconnaît qu'elle a subi une perte à la suite d'un mandat tel mentionné antérieurement, lorsque les biens n'étaient pas en fait des produits d'actes criminels.

Ils existent aux Pays-Bas (BOOM) ou en Belgique (COSC) d'autres Organismes de Saisie et de confiscation, à l'initiative duquel a été créé CARIN (Camden Asset Recovery Inter-Agency Network), en septembre 2004, en coopération avec l'Irlande, le Royaume-Uni, l'Autriche, Eurojust et plus tard l'Allemagne, avec le soutien de la Commission européenne ; il intègre un réseau informel de professionnels et d'experts dans le but d'améliorer la connaissance commune des méthodologies et des techniques dans le domaine de l'identification, le gel, la saisie et la confiscation des

²¹ Des agents de la Garda Síochána (Police de la République d'Irlande), de l'Administration des Finances et du Ministère des Affaires Sociales et Communautaires et de la Famille.

produits du crime. La présidence est partagée entre les Pays-Bas et la Belgique ; le secrétariat permanent est soutenu par Europol ; il comprend deux points de contact opérationnels (l'un de police et l'autre judiciaire) par pays ; et il comprend des experts de plus de 50 pays et territoires, y compris 26 États membres de l'UE.

La Décision 2007/845/JAI oblige les États membres à établir ou à désigner des bureaux nationaux de recouvrement des avoirs («ARO») comme points nationaux de contact centraux qui facilitent, par le biais d'une coopération renforcée, le dépistage le plus rapidement possible des avoirs à l'échelle de l'UE issus d'actes criminels.

Elle permet aux ARO le partage d'informations et des meilleures pratiques, à la suite d'une demande préalable ou même spontanément, indépendamment de son statut (autorités administratives, policières ou judiciaires). La Décision invite les ARO à échanger des informations, conformément aux conditions fixées dans la Décision-Cadre 2006/960/JAI²² («l'Initiative suédoise») et conformément aux dispositions applicables à la protection des données.

La Décision vise également à soutenir le réseau CARIN (Camden Assets Recovery Inter-Agency Network, «Réseau Camden entre Bureaux pour le recouvrement d'avoirs»), qui comme cela a été décrit est un réseau mondial de professionnels et d'experts dont l'objectif est d'améliorer la connaissance mutuelle des méthodes et des techniques pour l'identification transfrontalière, le gel, la saisie et la confiscation des avoirs illicitement acquis.

Comme la Commission l'a indiqué dans son document COM (2011) 176 final du 12 avril, dans la désignation des ARO, ceux-ci ont été établis principalement dans les services de police ; le reste à peu près également entre les autorités judiciaires et les ARO dotés d'une structure multidisciplinaire; en plus de sept États, conformément aux dispositions de l'art. 1.2, ont désigné deux ARO ; et comme la Décision cherche aussi à établir des structures formelles pour soutenir les activités du réseau CARIN, presque tous les ARO désignés incluent le point ou les points de contact du réseau CARIN.

Plus précisément, les désignés étaient :

ÉTAT	ARO DÉSIGNÉS
AUTRICHE	Police judiciaire fédérale (Bundeskriminalamt – Referat «Vermögensabhöpfung»)

²²Voir le module III, les concrétions du principe de disponibilité.

BELGIQUE	Organe Central pour la Saisie et la Confiscation (OCSC)
BULGARIE	Commission de déterminer les produits d'activités criminelles (CEPACA, qui a changé plus tard son nom à CEPAIA) et la Cour suprême.
CHYPRE	Unité de Lutte contre le Blanchiment d'Argent (MOKAS-FIU Chypre).
RÉPUBLIQUE TCHÈQUE	Unité de Lutte contre la Corruption et les Infractions financières (UOKFK), Département de la coopération internationale
DANEMARK	Parquet de l'État pour les Infractions Économiques Graves (Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet).
ESTONIE	Vème division, Département des Enquêtes, Police Judiciaire Centrale.
FINLANDE	Bureau National des Enquêtes, Division de Renseignements Criminels / Centre de Communications
FRANCE	Direction Centrale de la Police Judiciaire (Plateforme d'identification des Avoirs Criminels - PIAC) ; et L'Agence pour la gestion et le recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC).
ALLEMAGNE	Police judiciaire fédérale (Bundeskriminalamt Referat SO 35 «Vermögensabschöpfung») et le Ministère de la Justice (Bundesamt für Justiz).
GRÈCE	Unité des Infractions Financières et Économiques au Ministère des Finances.
HONGRIE	Centre National des Enquêtes (Nemzeti Nyomozó Iroda).
IRLANDE	Bureau des Avoirs Criminels.
LETTONIE	Département de la Police Économique du Département Central de la Police Judiciaire de la Police de l'État.
LITUANIE	Police judiciaire (Lietuvos kriminalines policijos biuras) et le Procureur Général (Lietuvos Respublikos generaline prokuratūra).
LUXEMBOURG	Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, Section éco-fin.
PAYS-BAS	Service des Poursuites du Bureau de Privation des Avoirs Criminels (Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie - BOOM).
POLOGNE	Unité de Recouvrement des Avoirs, Bureau de la Magistrature, Direction Générale de la Police.
SLOVAQUIE	Unité de Renseignement Financier de l'Office de Lutte contre la Criminalité Organisée du Quartier Général de Police.
ESPAGNE	Centre de Renseignement contre la Criminalité Organisée (CICO) et le Parquet Spécial Contre les Stupéfiants du Ministère de la Justice.
SUÈDE	Service National de Police des Renseignements Criminels et le Bureau National des Délits Économiques (Ekobrottsmyndigheten).
ROYAUME-UNI	Agence de Lutte contre la Grande Criminalité Organisée (Serious Organised Crime Agency - SOCA -) pour l'Angleterre, le Pays de Galles et l'Irlande du Nord, et l'Agence Écossaise de Lutte contre la Criminalité et les Drogues (Scottish Crime and Drug Enforcement Agency – SCDEA -) pour l'Écosse.

L'existence des Bureaux de Recouvrement des Avoirs - ARO -, détermine à son tour le résultat de la prévision d'organes voués à la garde et à l'administration de biens saisis et/ou confisqués au profit de l'État (Assets Management Office - AMO -) avec des compétences pour affecter temporairement ou de manière permanente ces avoirs de façon anticipée et même, si nécessaire, le recours à *l'externalisation*.

4.6 La Proposition de Directive concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'Union européenne COM (2012) 85 final du 12 mars.

La pratique et la portée des instruments précédents étaient interprétées encore comme insatisfaisants, raison pour laquelle on envisage la création d'un outil qui facilite la possibilité de confiscation, avec les modalités les plus élargies possible, en vue principalement de lutter contre le crime organisé transnational, mais à vocation de s'étendre à un large éventail d'actes criminels. Plus précisément, il a été décidé de déterminer sa projection sur une liste concrète *d'infractions*, avec renvoi de sa définition aux Décisions-Cadres ou les Directives qui stipule sa régularisation²³.

²³ L'infraction pénale est interprétée ainsi comme celle visée par :

- (a) la Convention établie sur la base de l'article K3. 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 ;
- (b) la Décision-Cadre 2000/383/JAI du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro ;
- (c) la Décision-Cadre 2001/413/JAI du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces ;
- (d) la Décision-Cadre du Conseil 2002/475/JAI du 13 juin 2002 sur la lutte contre le terrorisme [telle que modifié par la Décision-Cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 ;
- (e) 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 ;
- (f) la Décision-Cadre 2003/568/JAI du Conseil relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé ;
- (g) la Décision-Cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue ;
- (h) la Décision-Cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information ;
- (i) la Décision-Cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée ;
- (J) la Directive 2011/36/UE 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 Conseil ;
- (k) la Directive 2011/92/UE 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.

Les *antécédents* de son champ d'application et son objectif, expressément mentionnés dans la Proposition, sont au nombre de trois :

a) Les conclusions du Conseil "Justice et Affaires Intérieures" sur la confiscation et le recouvrement des avoirs adoptées en juin 2010²⁴, qui met l'accent sur la nécessité d'une approche plus coordonnée entre les États membres en vue de la possibilité de renforcer le cadre juridique pour mettre en place des systèmes plus efficaces pour la confiscation de tiers et la confiscation élargie, avec une attention particulière à toutes les phases du processus de confiscation et le recouvrement des avoirs, sans oublier les mesures conservatoires pour préserver la valeur des biens au cours du processus susmentionné.

b) Le rapport du Parlement sur la criminalité organisée²⁵ de 2011 demande à la Commission de proposer le plus rapidement possible une nouvelle législation sur la confiscation qui règle notamment l'utilisation efficace de la confiscation élargie et la confiscation sans condamnation, la saisie des avoirs transférés à des tiers et des règles permettant d'alléger la charge de la preuve après la condamnation d'une personne pour infraction grave en ce qui concerne l'origine des biens en sa possession.

c) La Communication de la Commission intitulée "Stratégie de sécurité intérieure de l'UE en action"²⁶ où il prévoit déjà une proposition législative visant à renforcer le cadre juridique de l'UE en matière de confiscation, en particulier prévoyant la confiscation de tiers et la confiscation élargie, et à faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation sans condamnation entre les États membres.

Objet.- Règles minimales pour le gel des avoirs en vue d'une éventuelle saisie subséquente et la confiscation des biens en matière pénale

Modalités.- À côté de la confiscation fondée sur une condamnation, elle régleme la confiscation élargie, la confiscation sans condamnation et la confiscation de tiers.

À son tour, elle souligne son respect aux droits de l'homme et aux libertés reconnues, de sorte qu'elle précise dans l'exposition motivée de la proposition que : a) la mise en place de dispositions harmonisées relatives à la confiscation sans condamnation est uniquement prévue dans des circonstances très limitées, c'est à

²⁴ Document n° 7769/3/10.

²⁵ 2010/2309 (INI)

²⁶ COM (2010) 673 final 22.11.2010

dire, lorsque le défendeur ne peut être poursuivi pour cause de décès, de maladie ou de fuite ; b) la confiscation élargie n'est autorisée que lorsque le tribunal a conclu, sur la base de faits concrets, qu'une personne reconnue coupable d'une infraction criminelle possède des avoirs qui sont considérablement plus susceptibles de provenir d'autres activités criminelles similaires que d'autres types d'activités licites ; en tout cas, on offre à la personne condamnée la possibilité effective de réfuter ces faits susmentionnés ; et en aucun cas cela ne peut être appliquée aux présumés produits de la criminalité pour lesquels la personne a été acquittée dans un procès antérieur ou dans d'autres cas où est appliqué le principe ne bis in idem ; c) la confiscation de tiers n'est autorisée que sous certaines conditions, à savoir, lorsque le tiers acquéreur aurait payé un montant inférieur à la valeur de marché et aurait dû se douter que les avoirs étaient des produits issus de la criminalité et après une évaluation qui indique qu'il est peu probable de confisquer avec succès les avoirs directement à la personne qui les a transférés ; le tiers de même que la personne mise en examen ou le suspect doit être informé de la procédure, il a droit à une représentation juridique et il faut lui communiquer toutes les décisions affectant les biens le plus tôt possible, en lui permettant une possibilité effective de recours contre ces décisions.

Abrogations.- Elle remplacerait les Décisions-Cadres 2001/500/JAI et 2005/212/JAI.

5.- Mandat européen d'obtention d'éléments de preuve

L'origine et l'objectif de compléter la Décision-Cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet *relative à l'exécution dans l'Union Européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve*, déterminent le contenu réel de la fragmentation européenne du mandat européen, réglementé par **la DÉCISION-CADRE 2008/978/JAI du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention d'éléments de preuve visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales**. Un objectif que est expressément reconnu aux paragraphes 5 et 6 du texte.

Il suppose simplement *une première étape pour l'obtention des éléments de preuve qui existent déjà et qui sont directement disponibles* ; l'étape suivante serait d'assurer la reconnaissance mutuelle des décisions pour l'obtention d'autres types de preuves. Celles-ci, qui demeurent encore en dehors du champ d'application de cet

instrument, peuvent être divisées en deux catégories :

a) Celles qui n'existent pas encore, mais qui sont directement disponibles. Cela comprend l'obtention d'éléments de preuve à partir des déclarations de suspects, de témoins ou d'experts, et à travers des écoutes téléphoniques ou la surveillance des transactions bancaires.

b) Les éléments de preuve qui, bien qu'ils existent, ne sont pas directement disponibles sans une enquête ou une analyse. Cela comprend l'obtention d'éléments de preuve à partir du corps d'une personne (tels des échantillons d'ADN). Cette catégorie comprend également les situations qui exigent d'autres recherches, notamment moyennant l'obtention ou l'analyse d'objets, de documents ou de données existants. Un exemple serait de commander un rapport à des experts.

Plus précisément, **le mandat ne** peut être émis en vue de demander à travers cet instrument :

a) de mener des interrogatoires, de prendre des dépositions ou de procéder à d'autres types d'audition de suspects, de témoins, d'experts ou de toute autre personne;

b) de procéder à un examen ou de prélever du matériel biologique ou des données biométriques directement sur le corps d'une personne, y compris des échantillons d'ADN ou des empreintes digitales ;

c) de recueillir des informations en temps réel en faisant intercepter les communications, de procéder à une surveillance discrète ou de surveiller les comptes bancaires ;

d) d'analyser des objets, des documents ou des données existants ;

e) d'obtenir des données de communication conservées par les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou un réseau de communications publiques.

f) l'échange d'informations sur les condamnations pénales tirées des casiers judiciaires sera mené conformément à la Décision 2005/876/JAI du Conseil du 21 novembre 2005²⁷.

Cependant, elle annonce une étape finale de règlement, où ces instruments

²⁷ Cette Décision a été abrogée par la Décision-Cadre 2008/315/JAI DU CONSEIL du 26 février 2009 concernant l'organisation et le contenu des échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les États membres, dont la période de transposition s'est terminée le 26 mars 2012 (JO L 93 du 07.04.2009).

distincts pourraient converger dans un instrument unique consolidé qui comprendra une partie générale avec des dispositions applicables à l'ensemble de la coopération.

Sa réussite n'a pas été facile toutefois, elle a considérablement changé la formulation initiale de l'initiative de 2003 ; de manière qu'il a même fait l'objet de trois remises à rapport du Parlement.

Le mandat européen, ici complété, peut *être défini* comme la décision judiciaire émise par une autorité compétente d'un État membre en vue de recueillir des objets, des documents, des données d'un autre État membre dans le cadre de procédures "pénales"²⁸.

Il doit uniquement être délivré lorsque les objets, les documents ou les données demandés sont nécessaires et proportionnés aux fins des procédures énumérées ; et à condition qu'ils puissent être obtenus en vertu de la loi de l'État d'émission, s'ils étaient *disponibles* sur son territoire. Même si l'existence de motifs raisonnés suffit pour croire qu'ils se trouvent dans l'État d'exécution. Dans le cas de données électroniques, qui sont directement accessibles selon le droit de l'État d'exécution²⁹.

Afin de mieux cerner son encadrement, on lui octroie une *délimitation de son domaine positive* : les objets, les documents et les données lorsqu'ils sont déjà en possession de l'autorité d'exécution avant la délivrance du mandat. Les résultats qui ont causé aussi : tout autre objet, document ou donnée que l'autorité d'exécution découvre lors de l'exécution du mandat et qui, sans de plus amples enquêtes complémentaires, est considéré pertinent pour les procédures pour lesquels il a été émis. Et même, si nécessaire, les déclarations des personnes présentent lors de l'exécution de la réquisition, directement liée à l'affaire.

²⁸ Ainsi définit à l'article 5 :

- a) aux fins des procédures pénales engagées par une autorité judiciaire ou à engager devant celle-ci concernant une infraction pénale conformément au droit national de l'État d'émission ;
- b) dans des procédures poursuivies par des autorités administratives pour des faits qui sont punissables selon le droit national de l'État d'émission au titre d'infractions aux règlements poursuivies dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente, notamment en matière pénale ;
- c) dans des procédures poursuivies par des autorités judiciaires pour des faits qui sont punissables selon le droit national de l'État d'émission au titre d'infractions aux règlements dont la décision peut donner lieu ultérieurement à un recours devant une juridiction compétente, notamment en matière pénale ; et
- d) dans des procédures visées aux points a), b) et c) portant sur des faits ou des infractions pouvant engager la responsabilité d'une personne morale ou entraîner une peine à son encontre dans l'État d'émission.

²⁹ Une mesure qui a son origine dans la Convention sur la Cybercriminalité, en permettant que l'État requis obtienne des preuves sous format électronique qui sont légalement accessibles sur son territoire par le biais d'un réseau de communications électronique, à condition qu'il se rapporte à des services fournis sur son territoire, même s'ils sont stockés sur le territoire d'un autre État membre ; à condition que la législation nationale n'interdise pas à l'État d'exécution membre l'accès à ces derniers.

Et aussi une *délimitation négative*, de sorte qu'il ne peut pas être utilisé pour demander :

a) de mener des interrogatoires, de prendre des dépositions ou de procéder à d'autres types d'audition de suspects, de témoins, d'experts ou de toute autre personne;

b) de procéder à un examen ou de prélever du matériel biologique ou des données biométriques directement sur le corps d'une personne, y compris des échantillons d'ADN ou des empreintes digitales ;

c) de recueillir des informations en temps réel en faisant intercepter les communications, de procéder à une surveillance discrète ou de surveiller les comptes bancaires ;

d) d'analyser les objets, documents ou données existants ;

e) d'obtenir des données de communication conservées par les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au réseau public de communications publiques.

f) l'échange d'informations sur les condamnations pénales tirées des casiers judiciaires sera mené conformément à la Décision 2005/876/JAI du Conseil du 21 novembre 2005³⁰

Le mandat est appelé à *coexister* avec les procédures existantes d'entraide judiciaire³¹, mais cette coexistence doit être considérée comme temporaire jusqu'à ce que, dans le Programme de La Haye, les types d'obtention d'éléments de preuve exclus du champ d'application de la présente Décision-Cadre fassent également l'objet d'un instrument de reconnaissance mutuelle, dont l'adoption donnera lieu à un système complet de reconnaissance mutuelle qui remplacera les procédures d'entraide

³⁰ Cette Décision a été abrogée par la Décision-Cadre 2008/315/JAI DU CONSEIL du 26 février 2009 concernant l'organisation et le contenu des échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les États membres, dont la période de transposition s'est terminée le 26 mars 2012 (JO L 93 du 07.04.2009)

³¹ Dans la rédaction de l'initiative, il était mentionné spécialement la vocation de remplacer souligné les conventions suivantes, lorsque la demande d'entraide eut été l'obtention d'éléments de preuve relevant du champ d'application: a) de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et ses Protocoles additionnels du 17 mars 1978 et 8 novembre 2001 ; b) de la Convention européenne relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990 ; c) de la Convention d'application de l'accord Schengen ; d) de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne et son Protocole du 16 octobre 2001. Et par conséquent, **il abroge** l'article 51 de la Convention d'application de Schengen et l'article 2 du Protocole de 2001 à la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne 2000.

existantes.

Même s'il faut faire appel au mandat européen quand tous les objets, les données qu'il faut demander à l'État d'exécution sont inclus dans le champ d'application de la présente Décision-Cadre. Ainsi, lorsque la demande possède un champ d'entraide plus élargie, l'utilisation de cette Décision-Cadre pour l'obtention des objets, des documents et des données, serait facultative.

Les *autorités compétentes* pour émettre le mandat européen sont les suivantes:

i) un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur ; ou

ii) toute autre autorité judiciaire définie par l'État d'émission et, dans le cas d'espèce, agissant en qualité d'autorité chargée des enquêtes dans le cadre des procédures pénales, compétente en vertu du droit national pour ordonner l'obtention d'éléments de preuve dans les affaires transfrontalières.

Tandis que pour exécuter, celle désignée dans chaque cas par la législation nationale du fait d'incorporer la Décision-Cadre ; avec la possibilité à son tour de désigner une Autorité centrale (ou plusieurs).

Lors de son émission, il faut remplir le formulaire *correspondant* accompagnant la Décision-Cadre, qui doit également être signée et certifiée comme "exact"; en plus du fait d'être rédigé ou traduit dans une des langues officielles ou celles désignées par l'État membre d'exécution. Dans son intégration, elle doit préciser quand le mandat vient à compléter un autre envoyé auparavant et très spécialement s'il fait suite à une décision de gel prise en vertu de la Décision-Cadre 2003/5777/JAI.

La prévision de sa *transmission* est celle utilisée habituellement dans les instruments de reconnaissance mutuelle : directement entre les autorités, par tout moyen permettant de laisser une trace écrite et dans les conditions permettant à l'État d'exécution d'en établir l'authenticité. Ou par le système sécurisé de télécommunications du Réseau Judiciaire Européen. Le Réseau contribuera à découvrir qui est l'autorité d'exécution dans chaque cas. En cas de réception par une autorité non compétente, il devra le remettre à une autorité compétente et le communiquer à l'autorité d'émission.

Exécution.- L'autorité d'exécution reconnaît sans qu'aucune autre formalité ne soit requise, et prend sans délai les mesures nécessaires pour que le mandat soit exécuté de la même manière que si les objets, les documents ou les devaient être obtenus par une autorité de l'État d'exécution.

Il revient à l'État d'exécution de choisir les mesures qui, en vertu de son droit national, lui permettront de fournir les objets, les documents ou les données requis par un mandat européen et décider s'il y a lieu de recourir à des mesures coercitives pour fournir cette assistance.

Toutefois, s'il est nécessaire de réaliser une *perquisition*, si l'autorité d'émission n'est pas un juge, une juridiction, un magistrat instructeur ou un procureur ; ou si le mandat européen n'a pas été validé par une de ces autorités, l'État d'exécution peut décider qu'elle ne peut donner lieu à aucune perquisition ou saisie. Il est également permis d'adresser une déclaration ou une notification ultérieure en demandant une telle validation dans tous les cas. Bien qu'à son tour, dans le cas de la liste des infractions répétées figurant dans les instruments de reconnaissance mutuelle, elle sera mise en oeuvre sans l'exigence de la double incrimination.

Dans son exécution, les *formalités et les procédures* expressément indiquées par l'État d'émission seront respectées, à condition qu'ils ne soient pas contraires aux principes juridiques fondamentaux de l'État d'exécution ; même si cela ne donne pas lieu à une obligation d'adopter des mesures coercitives ; et en cas d'adoption elles suivront les règles de procédure applicables dans l'État d'exécution.

En ce qui concerne les *motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution*, elle indique qu'elle "pourra" être refusée, dans le discours, en principe adressé à l'autorité judiciaire, et non pas au législateur, dans les cas suivants :

- a) si son exécution est contraire au principe de *ne bis in idem* ;
- b) si, dans les cas spécifiques de territorialité accessoire, le mandat européen d'obtention concerne des faits qui ne constituent pas une infraction à la loi de l'État d'exécution;
- c) s'il n'est pas possible d'exécuter le mandat européen au moyen des mesures dont dispose l'autorité d'exécution dans le cas particulier de l'absence de mesures pour une affaire nationale analogue ;
- d) si le droit de l'État d'exécution prévoit une immunité ou un privilège qui rend impossible l'exécution du mandat européen d'obtention d'éléments de preuve ;
- e) si, après avoir été émis par une autorité non judiciaire, celui-ci n'a pas été validé ;

f) si le mandat européen fait référence à des infractions pénales commises sur son territoire ; ou qui ont été commises hors du territoire de l'État d'émission lorsque le droit de l'État d'exécution n'autorise pas que des poursuites soient engagées hors de son territoire.

g) si, dans un cas déterminé, son exécution risque de nuire à des intérêts nationaux essentiels en matière de sécurité, de mettre en péril la source d'information ou de comporter l'utilisation d'informations classifiées se rapportant à des activités de renseignement particulières ; ou

h) si le formulaire figurant en annexe est incomplet ou manifestement incorrect et qu'il n'a pas été complété ou corrigé dans un délai raisonnable fixé à cet effet.

La vérification de la double incrimination n'entraîne pas un motif de non-exécution *double incrimination*. À moins qu'il soit nécessaire de procéder à une perquisition ou à une saisie ; bien que dans ce cas non plus, comme cela a été indiqué auparavant, dans le cas de la liste des infractions incorporée à cet effet, ce qui coïncide avec celle habituelle dans les instruments de reconnaissance mutuelle, si dans l'État d'émission elles sont punies d'une peine de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins trois ans.

Il fixe des *délais* de reconnaissance et d'exécution très courts ; ainsi toute décision de refus de reconnaissance ou d'exécution est prise : dès que possible et au plus tard 30 jours. La prise de possession des objets, des documents ou des données, par l'autorité d'exécution : dans les 60 jours après avoir reçu le mandat. Lorsqu'il n'est pas possible de respecter les délais fixés, elle informe sans tarder en indiquant une estimation du temps qu'il faudra pour l'exécuter. Et le transfert des objets, sauf recours ou motif de report : sans tarder.

Ces *motifs de report* peuvent être projetés sur la reconnaissance, lorsque le formulaire est incomplet ou manifestement incorrect, où qu'il doive être validé dans le cas précis d'une perquisition ; et sur l'exécution, si elle risque de nuire à une enquête criminelle ou à des poursuites pénales ; ou lorsque les objets, les documents ou les données sont utilisés dans le cadre d'une autre procédure. Les décisions de report, dans le cas où le mandat aurait été délivré ou validé par une autorité judiciaire, les décisions de refus devront aussi être approuvées par une autorité judiciaire.

Il établit l'obligation d'un système *de recours*, en vertu duquel, toute personne concernée, y compris les tiers de bonne foi, peut faire appel contre la reconnaissance et l'exécution d'un mandat, en vue de préserver leur intérêt légitime. Bien qu'il autorise aux États membres à limiter les recours juridiques aux cas où le mandat est exécuté en utilisant des mesures coercitives. L'action doit être intentée devant un tribunal de l'État d'exécution conformément à la législation de cet État. Bien que, comme d'habitude, les motifs de fond qui sont à l'origine de l'émission du mandat européen ne puissent être contestés que par une action intentée devant une juridiction de l'État d'émission.

Il introduit également une clause d'indemnité, au titre de *remboursement*, en faveur de l'État d'exécution, que doit verser l'État d'émission, à titre de réparation du dommage dont il est responsable.

Il régleme expressément les conditions applicables aux *données à caractère personnel obtenues* par le biais du mandat européen ; et permet son utilisation par l'État d'émission aux fins : a) des procédures pour lesquelles le mandat peut être émis ; b) des procédures judiciaires et administratives directement liées aux procédures visées au point précédent ; c) de prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique. Pour toute autre fin, ces données à caractère personnel ne peuvent être utilisées qu'avec le consentement préalable de l'État d'exécution, ou avec le consentement de la personne concernée. Des termes trop généraux, dont l'ampleur est critiquée par la doctrine.

Le *décal de transposition au droit interne* s'est terminé le 19 janvier 2011.

D'une manière innovatrice, face aux instruments de reconnaissance mutuelle précédents, la Décision-Cadre exige que quand on incorpore à la législation nationale des motifs de refus liés à la territorialité (commis sur le territoire considéré interne ou qui auraient été commis en dehors du territoire que sa législation n'inclus pas), tout État membre est tenu de le notifier au moyen d'une *déclaration* au Secrétaire Général du Conseil au moment de l'adoption.

À son tour, *l'Allemagne* a été autorisée expressément à une déclaration lui permettant de se réserver le droit de subordonner l'exécution d'un mandat européen d'obtention d'éléments de preuve s'il est nécessaire d'opérer une perquisition ou une saisie, au contrôle de la double incrimination dans les cas qui concernent le terrorisme, la cybercriminalité, le racisme et la xénophobie, le sabotage, le racket, l'extorsion de fonds et l'escroquerie, à moins que l'autorité d'émission n'ait déclaré qu'en vertu du

droit de l'État d'émission, l'infraction concernée répondait aux critères décrits dans la déclaration.

6.- Initiative en vue de l'adoption d'une directive relative à la Décision d'Enquête Européenne en matière pénale.

Quand la date pour l'adoption interne de la Décision-Cadre précédente n'est pas encore dépassée, sept États, la Belgique, la Bulgarie, l'Estonie, l'Espagne, l'Autriche, la Slovénie et la Suède, lancèrent une initiative qui est datée 21 mai 2010³², basé sur la reconnaissance mutuelle des décisions dans l'obtention des preuves de tous genres et non seulement existantes et disponibles³³ ; elle visait à faire progresser la réalisation de cette deuxième étape où le mandat n'avait plus de limite ou de restriction à l'égard du type de preuves concerné et donc d'éviter une fragmentation excessive que supposait l'existence des Décisions-cadres 2003/577/JAI et 2008/978/JAI, où il était possible de les obtenir, mais où l'étape ultérieure de demander son envoi ou son transfert, à l'exception de celles existantes et disponibles, était viable que sur la base de critères de coopération classique.

Surgit ainsi la proposition d'une **Décision d'Enquête Européenne (EIO)** où cet *instrument* est défini comme << la décision judiciaire émise ou validée par une autorité judiciaire compétente d'un État membre ("l'État d'émission") afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre ("l'État d'exécution") en vue de recueillir des preuves dans le cadre des dispositions de la Directive. Il est également possible d'émettre une Décision d'Enquête Européenne pour obtenir des preuves déjà en la possession des autorités compétentes de l'État d'exécution>>.

Ainsi, il y a deux actions fondamentales concernant les progrès de la reconnaissance mutuelle proposée par cet instrument pour l'obtention d'éléments de preuve transnationale :

a) Sa *volonté codificatrice* ou du moins unificatrice ; car, en plus du fait de l'appliquer à l'obtention d'éléments de preuve au lieu et place des dispositions

³² Document n° 9288/10. La rédaction finale du texte adopté par le Conseil au titre d'orientation générale, se trouve dans le document n° 18918/11 du 21 décembre.

³³ Journal Officiel n° C 165 du 24/06/2010 p. 0022 – 0039.

correspondantes de la Décision-Cadre 2003/577/JAI, abroger la Décision-Cadre 2008/978/JAI, elle remplace, dans les relations entre les États membres, au moins à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 et ses deux Protocoles additionnels ; aussi la Convention du 19 juin 1990 relative à l'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 ; et la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE et son Protocole du 16 octobre 2001. Cependant, elle exprime dans sa partie d'exposé qu'elle ne s'applique pas aux observations transfrontalières visées à l'article 40 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen ; principalement parce qu'elle est essentiellement une mesure de police. En tout cas on fait mention d'une annexe avec les dispositions modifiées par cette Directive, en indiquant d'emblée que la Convention de Naples II ne sera pas affectée.

b) Son *vaste champ d'application horizontal*, du fait qu'elle couvre presque toutes les mesures d'enquête ; à l'exception de la mesure visant la création d'une équipe commune d'enquête et l'obtention d'éléments de preuve dans le cadre d'une telle équipe, en plus de la logique évidente de l'hypothèse dans laquelle l'équipe commune d'enquête a besoin de l'entraide d'un État membre qui n'a pas participé à la création de l'équipe ou d'un État tiers, les autorités compétentes de l'État dans lequel l'équipe intervient peuvent également adresser la demande d'entraide aux autorités compétentes de l'autre l'État membre concerné conformément à cet instrument. Dans les versions successives de cette initiative ont été retirées certaines restrictions recueillies dans son contenu initial, concernant certaines modalités d'interception de télécommunications et leur transmission immédiate. Elle contient à son tour *des dispositions particulières* sur certaines des mesures suivantes :

- *Transfèrement temporaire de personnes détenues à l'État d'émission aux fins d'une enquête.*
- *Transfèrement temporaire de personnes détenues à l'État d'exécution aux fins d'une enquête..*
- *Audition par vidéoconférences ou autres moyens de transmission audiovisuelle*
 - *Audition par téléconférence.*
 - *Informations relatives aux comptes bancaires et autres comptes financiers.*
 - *Informations relatives aux transactions bancaires et autres opérations financières.*
- *Les mesures d'enquête impliquant l'obtention d'éléments de preuve en temps réel, de manière continue et au cours d'une période déterminée, telles que les livraisons surveillées et le contrôle des transactions bancaires.*
- *Les enquêtes discrètes.*
- *Interception de télécommunications, avec distinction de la nécessité d'une assistance technique d'un autre État membre ; ou la simple notification à l'État membre*

dans lequel la personne se trouve et dont l'assistance technique n'est pas nécessaire.
- *Mesures conservatoires.*

En ce qui concerne son *territoire*, le Royaume-Uni et l'Irlande ont notifié leur souhait de participer à l'adoption de cette Directive (article. 3 du Protocole n° 21 annexé aux Traités), tandis que le Danemark a décidé de ne pas participer (Art. 1 et 2 du Protocole n° 22 annexé aux Traités).

Usure potentielle des mesures d'enquête.- Alors que l'État d'émission est celui qui détermine, parmi les critères de proportionnalité et d'opportunité, quand les mesures requises n'existent pas dans le droit national de l'État d'exécution ou ne sont pas disponibles dans ce cas, l'autorité d'exécution devra, autant que possible, faire appel à d'autres types de mesure ; à moins que la mesure se rapporte à :

- a) l'audition d'un témoin, une victime, un suspect ou d'un tiers sur le territoire de l'État d'exécution, ou
- b) toute mesure d'enquête non coercitive
- c) l'obtention des informations ou des preuves déjà disponibles pour l'autorité d'exécution pour autant que, conformément à la loi de l'État d'exécution, ces informations ou ces éléments de preuve ont été obtenus dans le cadre d'une procédure pénale ou aux fins de la Décision d'Enquête Européenne ;
- d) l'obtention d'informations incluses dans des bases de données en possession de la police ou des autorités judiciaires et qui sont directement accessibles à l'autorité d'exécution dans le cadre d'une procédure pénale ;
- e) l'identification des personnes qui possèdent un numéro de téléphone ou une adresse IP déterminée ;
- f) la perquisition et la saisie, quand les mesures ont été demandées en fonction des 32 catégories d'infractions habituelles (absentes traditionnellement dans d'autres instruments de reconnaissance mutuelle de l'exigence de vérification de la double incrimination), comme indiqué par l'autorité émettrice dans la Décision d'Enquête Européenne (EIO), si dans l'État d'émission celles-ci sont passibles d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'une durée maximale d'au moins trois ans.

Il est également permis de faire appel à d'autres mesures d'enquête quand elle obtient le même résultat que la mesure prévue dans la Décision d'Enquête Européenne par des moyens impliquant une ingérence faible sur les droits fondamentaux de la personne concernée ; une moindre affectation à sa vie privée ; même si dans ce cas, à l'exception de la liste des 32 infractions, cela peut exiger la vérification de la double incrimination.

En ce qui concerne les *autorités compétentes* pour l'émission et l'exécution du mandat européen, de même que *les types de procédures* pour lesquelles il peut être émis, la rédaction de la Décision-Cadre 2008/978/JAI est respecté sur l'essentiel.

Le *contenu et la forme* de la Décision d'Enquête Européenne doivent s'adapter au formulaire *correspondant* qui accompagne la Directive, qui doit également être

signée et certifiée comme «exact» par l'autorité d'émission ; en plus d'être rédigé ou traduit dans l'une des langues officielles ou celles désignées par l'État membre d'exécution. Il faut aussi indiquer si le mandat émis maintient un lien avec un mandat précédent.

Procédure.- Dans la mesure du possible et sans préjudice des principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution, en conformité avec les formalités et les procédures expressément indiquées explicitement par l'État d'émission. Il peut demander qu'une ou plusieurs autorités de l'État d'émission participent à l'exécution, dans ce cas, l'autorité d'exécution doit remplir cette demande, si nécessaire en fixant les conditions relatives à la portée et la nature de la présence de ces autorités de l'État d'émission. Bien que dans les mesures d'enquête impliquant la *collecte de preuves en temps réel*, de manière continue ou pour une période de temps spécifiée, l'on octroie à l'autorité d'exécution une *flexibilité suffisante*, compte tenu des différences qui existent entre les législations nationales des États membres.

Motifs de refus de la reconnaissance et l'exécution.- De manière générale elle comprend les hypothèses habituelles de ces instruments : a) s'il y a des privilèges ou des immunités ; b) s'il y a risque de nuire à des intérêts nationaux essentiels, de mettre en danger la source d'information ou de comporter l'utilisation d'informations classifiées se rapportant à des activités de renseignements particulières ; c) s'il se rapporte à des procédures d'infractions de dispositions légales (non pas de délits) et sa législation ne prévoit pas la mesure dans de tels cas ; d) *ne bis in idem* ; e) la question de l'extraterritorialité de l'État ou de territorialité propre, où l'EIO suppose une action coercitive et le fait n'est pas un crime en vertu du droit de l'État d'exécution.

Il est à souligné que dans le texte figure parmi les hypothèses de l'immunité ou de privilèges, des protections applicables aux métiers médicaux et juridiques ; et expressément dans la réglementation elle assimile aux cas d'immunité ou d'inviolabilité, les règles de détermination et de limitation de la responsabilité pénale en matière de liberté de la presse et la liberté d'expression dans d'autres médias.

Elle comprend également des motifs spécifiques de refus, par rapport à certaines mesures d'enquête.

Dates limites.- La Décision d'Enquête Européenne (EIO) et les mesures d'enquête devront être adoptées avec la même célérité et priorité que les affaires nationales similaires et, en tout cas dans le délai prévu par la Directive. La décision de

la reconnaissance ou l'exécution, dès que possible et, au plus tard 30 jours après la réception ; et aussi les mesures d'enquête sans tarder, au plus tard 90 jours à compter de la décision précédente. De même, si l'autorité d'émission a indiqué dans la Décision d'Enquête Européenne que, en raison de délais de procédure, la gravité de l'infraction ou d'autres circonstances particulièrement urgentes, il est exigé un délai sera plus court ; ou si l'autorité d'exécution a indiqué dans la Décision d'Enquête Européenne que la mesure de la recherche doit être effectuée à une date précise, l'autorité d'exécution tient compte au mieux de cette exigence. Et le transfert d'éléments de preuve doit être immédiat.

Ressources.- Les modalités de recours qui doivent être garanties, y compris les informations en raison de son accès et son existence, doivent être au moins égales à celles dans le cas national contre la mesure d'enquête en question. Lorsque la partie concernée formule des objections à la Décision d'Enquête Européenne dans l'État d'exécution, en argumentant des motifs substantiels liés à l'émission de la Décision d'Enquête Européenne, il est recommandé que les informations sur cette contestation soient transmises à l'autorité d'émission et la partie concernée en soit informée.

Frais.- Comme d'habitude, les frais occasionnés sur le territoire de l'État membre d'exécution par l'exécution d'une Décision d'Enquête Européenne, sont à la charge exclusive de l'État membre. Toutefois, dans le cas de coûts excessivement élevés (par exemple, des rapports d'experts complexes ou des activités de police opérationnelle ou de surveillance de grande envergure et prolongées dans le temps) la question des frais peut faire l'objet de consultation entre les États membres concernés ; et même, en dernier recours, l'autorité d'émission peut décider de retirer la Décision d'Enquête Européenne ou la maintenir et prendre en charge la part des coûts que l'État d'exécution estime exceptionnellement élevés et qui sont strictement nécessaires.

Les *motifs de report* sont ceux évoqués habituellement, qui pourraient nuire une enquête ou des poursuites ; ou encore que les objets, les documents ou les données sont utilisés dans une autre procédure.

Elle compare les *fonctionnaires de l'État d'émission*, qui ont agi dans l'État d'exécution en vertu de la Directive, afin d'exiger la responsabilité civile et pénale.

Elle établit également une obligation générale de confidentialité de l'enquête, en plus d'exiger des mesures visant à empêcher les banques de divulguer au client concerné ou à d'autres tiers que des informations ont été transmises à l'État d'émission ou qu'une enquête est en cours.