



Andrew Dornbierer

Enrichissement illicite

GUIDE SUR LES LOIS CIBLANT LA
RICHESSSE INEXPLIQUÉE



Enrichissement illicite

Guide sur
les lois ciblant
la richesse
inexpliquée

© 2022 Basel Institute on Governance

ISBN : 978-3-9525409-6-1

Cette œuvre est sous licence Creative Commons Attribution – Utilisation non commerciale – Pas d’Œuvre dérivée 4.0 International.

Veuillez citer comme suit : Dornbierer, A., 2022. *Enrichissement illicite : guide sur les lois ciblant la richesse inexplicée*. Bâle : Basel Institute on Governance. Disponible sur : illicitenrichment.baselgovernance.org

Cette œuvre a été financée, au cours de la période 2020-2021, par le groupe principal de donateurs de l'International Centre for Asset Recovery : le gouvernement de Jersey, la Principauté du Liechtenstein, l'Agence norvégienne de développement et de coopération (NORAD), la Direction du développement et de la coopération en Suisse (DDC) et le Bureau des affaires étrangères et du Commonwealth et du développement du Royaume-Uni (FCDO).

Cet ouvrage a été traduit, de l'anglais vers le français, par Pantoglot Ltda., une société jouant un rôle de premier plan dans le secteur sud-américain de la traduction et située à Bogota, en Colombie. La traduction a été révisée par Jeffrey Connor et Marc Hassberger, qui travaillent chez Chabrier Avocats. Ce prestigieux cabinet d'avocats suisse est spécialisé dans les affaires complexes impliquant une ou plusieurs juridictions, comme les dossiers sur les matières premières, les litiges financiers ou commerciaux et la criminalité en col blanc.

Table des matières

Remerciements	9
Acronymes et abréviations	10
Introduction	11

1 Définition d'une loi sur l'enrichissement illicite 18

Partie I - Résumé 19

1.1	Contexte historique	21
1.2	Définition de l'acte d'« enrichissement illicite »	25
1.2.1	Que signifie « le fait de disposer d'un patrimoine » ?	25
1.2.2	Que signifie « dont le niveau n'est pas justifié par rapport à des revenus légitimes » ?	26
1.3	Qu'est-ce qu'une « loi sur l'enrichissement illicite » ?	27
1.3.1	Caractéristique n° 1 : le prononcé d'une sanction pénale ou civile si l'enrichissement illicite a eu lieu	28
1.3.2	Caractéristique n° 2 : l'absence d'exigence de preuve d'une activité criminelle distincte ou sous-jacente	29
1.3.3	Trois exemples concrets sur les différentes lois en matière d'enrichissement illicite	30
1.4	Catégories de lois sur l'enrichissement illicite	35
1.4.1	Lois pénales et de droit civil sur l'enrichissement illicite	35
1.4.2	Lois particulières sur l'enrichissement illicite : l'exigence supplémentaire de la preuve d'un « soupçon raisonnable » ou d'une « croyance raisonnable »	37
1.5	Différences entre les lois sur l'enrichissement illicite et les autres lois similaires axées sur le recouvrement des avoirs	40
1.5.1	Différences entre les lois sur l'enrichissement illicite et la législation plus vaste sur la confiscation ACP	40
1.5.2	Différences entre la législation sur l'enrichissement illicite et la législation sur la confiscation élargie	41
1.5.3	Différences entre les lois sur l'enrichissement illicite et la notion d'« enrichissement injustifié » dans le cadre d'une action civile en répétition ...	41

2 Différentes techniques rédactionnelles des lois sur l'enrichissement illicite 44

Partie II - Résumé 45

2.1	Présentation générale des lois sur l'enrichissement illicite	47
2.2	Principales caractéristiques distinctives des lois sur l'enrichissement illicite	50
2.2.1	Nature juridique	50
2.2.2	Champs d'application	51
2.2.3	Dispositions expresses sur le renversement du fardeau de la preuve	66
2.2.4	Pouvoir légal d'exiger la divulgation d'informations	69
2.2.5	Exigence de la preuve d'un « soupçon raisonnable » ou d'une « croyance raisonnable »	72
2.2.6	Sanctions	73
2.3	Garanties énoncées par certaines lois sur l'enrichissement illicite	79
2.4	Instruments législatifs à portée générale encadrant les lois en matière d'enrichissement illicite	82
2.5	Formats législatifs d'usage courant pour les lois sur l'enrichissement illicite	83
2.5.1	Formats des lois pénales sur l'enrichissement illicite	83
2.5.2	Formats des lois de droit civil sur l'enrichissement illicite	87
2.6	Autres lois partageant d'importants points communs avec les lois sur l'enrichissement illicite	90
2.6.1	Ordonnance de richesse inexplicée du Royaume-Uni	90
2.6.2	Loi irlandaise de 1996 sur les produits du crime (<i>Proceeds of Crime Act 1996</i>)	93
2.6.3	Loi suisse sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger	94
2.6.4	Code pénal français (article 321-6)	96
2.6.5	Lois similaires concernant les obligations de déclaration d'avoirs	96
2.6.6	Points communs entre les lois sur l'enrichissement illicite et la législation fiscale	97
3	Démonstration de l'enrichissement illicite	100
	Partie III - Résumé	101
3.1	Qui doit prouver quoi ? Les deux éléments communs qui doivent être abordés par une procédure pour enrichissement illicite	103
3.1.1	Comme l'élément Patrimoine est-il exprimé par les lois sur l'enrichissement illicite ?	103
3.1.2	Comment l'élément Revenus insuffisants est-il exprimé par les lois sur l'enrichissement illicite ?	104

3.2	Comparaison des éléments et des charges de la preuve des trois modèles de lois sur l'enrichissement illicite	107
3.2.1	Exemples de législations conformes au « Modèle A » (lois attribuant une charge de la preuve partagée)	107
3.2.2	Exemples de législations conformes au « Modèle B » (lois attribuant exclusivement à l'État la charge de prouver les deux éléments communs)	111
3.2.3	Exemples de législations conformes au « Modèle C » (lois attribuant exclusivement à la personne visée la charge d'aborder l'élément Revenus insuffisants)	114
3.2.4	Lois qui adoptent un modèle d'éléments, mais dont l'application judiciaire est conforme à un autre modèle d'éléments	116
3.2.5	Présentation d'une explication satisfaisante	119
3.3	Mode d'évaluation par les cours de justice des éléments indiquant si un enrichissement illicite a eu lieu	121
3.3.1	Une question de « calcul mathématique »	121
3.3.2	Définition de la « période suspecte » servant de base au calcul d'un enrichissement illicite potentiel	122
3.3.3	Mode de détermination par une cour du montant total du patrimoine d'une personne (Chiffre n° 1)	124
3.3.4	Mode de détermination par une cour du montant total des revenus légitimes d'une personne (Chiffre n° 2)	128
3.3.5	Dernière étape - Évaluation de la différence entre le chiffre n° 1 et le chiffre n° 2	129
3.4	Autres éléments prévus par les lois sur l'enrichissement illicite et complétant l'élément Patrimoine et l'élément Revenus insuffisants	130
3.4.1	Exigence d'une preuve du dépassement, par l'enrichissement, d'une valeur définie ou de son caractère « substantiel »	130
3.4.2	Exigence d'une preuve de la qualité d'agent public de la personne visée	132
3.4.3	Exigence d'une preuve de l'enrichissement pendant une période déterminée	133
3.4.4	Exigence d'une preuve d'un soupçon raisonnable de criminalité	133
3.4.5	La preuve de la connaissance ou de l'intention ne s'impose pas	133
4	Recours judiciaires classiques contre les lois sur l'enrichissement illicite	136
	Partie IV - Résumé	137

4.1	Lois sur l'enrichissement illicite, renversement de la charge de la preuve et présomption d'innocence	138
4.1.1	Les lois sur l'enrichissement illicite violent-elles le principe de la présomption d'innocence en renversant injustement la charge de la preuve ?	139
4.1.2	Les lois sur l'enrichissement illicite prévoient-elles injustement un renversement de la charge de la preuve ?	157
4.2	Lois sur l'enrichissement illicite, droit au silence et droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination	161
4.2.1	Les lois pénales sur l'enrichissement illicite portent-elles atteinte au droit au silence et au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ?	162
4.2.2	Les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite portent-elles atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ?	167
4.3	Lois sur l'enrichissement illicite et principe contre leur application rétroactive	169
4.3.1	Lois pénales sur l'enrichissement illicite et rétroactivité	169
4.3.2	Lois de droit civil sur l'enrichissement illicite et rétroactivité	172
5	Contributions de praticiens	174
	Partie V - Résumé	175
5.1	Kenya : la loi sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (<i>Anti-Corruption and Economic Crimes Act</i>) et la confiscation des avoirs d'origine inexplicée	177
5.2	Maurice : le ciblage de la richesse inexplicée à l'aide de la loi sur la bonne gouvernance et l'intégrité (<i>Good Governance and Integrity Reporting Act</i>)	180
5.3	Pérou : l'enrichissement illicite envisagé comme un outil de lutte contre la corruption et la criminalité financière	183
5.4	Alternative aux lois sur l'enrichissement illicite : le recours en confiscation sans condamnation pénale prévu par la loi irlandaise de 1996 sur les produits du crime (<i>Ireland's Proceeds of Crime Act 1996</i>)	187
5.5	Recherche d'une coopération internationale dans les affaires d'enrichissement illicite	193
	Index	198
	Liste des arrêts	202

Remerciements

Je dois beaucoup au LLM Pro Bono Research Program de la Faculté de droit de l'Université de New York, dont la gestion est assurée par Miriam Eckenfels-Garcia et Shirley Wu et, notamment, aux heures de recherche investies par ma fabuleuse équipe de recherche, qui comprend Aastha Bajaj, Alejandro Jose Cervantes Enamorado, Anna Trine Raudsepp, Apoorva Ahuja, Di Zhao, Doris Matu, Filippo Ciani, Guilherme Donega, Lu Zhang, Lucas Siyang Lim, Mario Cistaro, Minchi Huang, Qiuling Huang, Shiwen Li et Weili Chi. Sans cet immense appui, cet ouvrage n'aurait jamais vu le jour.

Mes remerciements s'adressent plus particulièrement à mes collègues du Basel Institute on Governance, qui m'ont soutenu d'un bout à l'autre de ce processus, et incluant Jonathan Spicer et Stephen Ratcliffe (pour le temps qu'ils ont consacré à la relecture et à la correction des manuscrits), Chantal Weigert (pour le travail de longue haleine qu'elle a réalisé pour collaborer à la recherche, à la révision, à la correction et à la traduction), Monica Guy (pour la minutieuse révision et la finalisation de la version avancée des manuscrits), Shane McLean (pour toute la créativité dont elle a fait preuve dans la conception et la mise en page de la publication) et Peter Huppertz (pour son assistance dans la création, sur la plateforme LEARN, de la base de données sur les lois en matière d'enrichissement illicite). De la même manière, j'ai réellement apprécié l'appui d'Iman Alwan, d'Oscar Solórzano, de Diana Cordero et de Phyllis Atkinson.

Mes sincères remerciements reviennent également aux praticiens ayant accepté de contribuer à l'ouvrage et incluant Phillip G. Kagucia, Preeya Raghoonundun, Alcides Chinchay, Francis H. Cassidy, et Jonathan Spicer (encore une fois).

Je me dois de remercier, avec autant de sincérité, Jason Sharman, J.C. Weliamuna, et Martin Polaine pour avoir accepté de soumettre mon travail à une révision par les pairs, et pour leurs commentaires constructifs sur les moyens permettant de l'améliorer.

Je tiens également à faire part de toute ma gratitude à la société Pantoglot, qui a traduit l'ouvrage vers le français, ainsi qu'à Jeffrey Connor et Marc Hassberger, du cabinet Chabrier Avocats, pour le concours gracieux qu'ils ont accordé afin de veiller à la précision et à la qualité optimale de la traduction.

Le dernier merci, et certainement pas le moindre, est celui que je réserve à Leïla, ma compagne, pour le soutien qu'elle a apporté (avec sa tolérance), au cours des dix-huit derniers mois, à mes efforts débordants pour lancer un dialogue autour de l'enrichissement illicite.

Andrew Dornbierer

Acronymes et abréviations

ACECA	Loi de 2003 sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (<i>Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2003</i>) (Kenya)
ACP	En l'absence de condamnation pénale (confiscation/saisie)
CADH	Convention américaine relative aux droits de l'homme
CADHP	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CrEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CICC	Convention interaméricaine contre la corruption
CNUCC	Convention des Nations Unies contre la Corruption
CUAPLC	Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
EACC	Commission d'éthique et de lutte contre la corruption (<i>Ethics and Anti-Corruption Commission</i>) (Kenya)
EJ	Entraide judiciaire
EU	États-Unis d'Amérique
GGIR	Loi de 2015 sur la bonne gouvernance et l'intégrité (<i>Good Governance and Integrity Reporting Act 2015</i>) (Maurice)
ORI	Ordonnance de richesse inexplicquée
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
R-U	Royaume-Uni

Introduction

Les difficultés rencontrées par les forces de l'ordre pour identifier et récupérer les produits du crime sont bien connues. Dans une économie moderne et globalisée, les produits du crime peuvent être blanchis de façon quasi instantanée, grâce une palette de méthodes variées, et peuvent franchir les frontières en toute simplicité. Dans les économies à grandes liquidités, les monnaies fortes peuvent être facilement converties et rapidement transférées entre des parties sans laisser de traces significatives ou durables.

Sur une toile de fond entachée de corruption, le défi posé par le recouvrement des produits du crime est exacerbé. Les infractions de corruption constituent une catégorie de crimes s'accompagnant d'un travail d'identification et d'enquête difficile ; dans la plupart des cas, leur perpétration fait suite à une entente convenue volontairement entre deux parties ou plus, et il n'existe pas de victime directe et évidente en mesure de déposer une plainte. Une importante partie de la corruption échappe donc à tout repérage, et ses auteurs sont en mesure de profiter des produits de leur corruption, et d'en tirer parti.

De part et d'autre de la planète, un grand nombre de juridictions ont tenté d'affronter spécifiquement ces défis, par l'adoption d'une législation sur l'enrichissement illicite ciblant les résultats évidents et démontrables de la corruption et de la criminalité, et non pas l'acte pénalement répréhensible qui en est la cause. Ces lois permettent ainsi aux enquêteurs et procureurs de recouvrer les avoirs dont les sources ne sont clairement pas légitimes sans avoir à démontrer, en respectant le niveau de preuve en matière pénale ou civile, l'acte pénalement répréhensible ayant initialement donné lieu à ces produits.

Comme indiqué ci-dessous ainsi qu'à plusieurs reprises dans cet ouvrage, l'enrichissement illicite est un domaine du droit controversé. Cependant, et comme l'a démontré la jurisprudence actuelle, cette situation ne signifie pas que l'adoption et l'application de lois sur l'enrichissement illicite sont incompatibles avec des principes juridiques établis. Au contraire, si elles ont été adoptées et appliquées de manière raisonnable, les lois sur l'enrichissement illicite ont été considérées par les tribunaux de nombreux pays comme des outils justes et efficaces de lutte contre la corruption et le recouvrement des produits du crime.

Dans cette optique, cette publication est à la fois une présentation et une étude détaillée portant sur la notion d'enrichissement illicite, et ayant pour but de fournir des orientations politiques aux rédacteurs potentiels des lois sur l'enrichissement illicite, et des orientations techniques aux acteurs des forces de l'ordre et aux tribunaux chargés d'appliquer cette législation.

Une notion juridique controversée

L'enrichissement illicite suscite une gamme extrêmement variée d'avis. Tandis que certains y voient un outil essentiel de lutte contre la corruption et d'autres infractions ainsi que de recouvrement des avoirs, d'autres estiment que cette notion entraîne la violation de principes juridiques fondamentaux. Toute tentative faite par un pays pour adopter des lois en matière d'enrichissement illicite se traduit souvent par un débat législatif très contradictoire.

La raison est la suivante : les lois sur l'enrichissement illicite permettent aux tribunaux de sanctionner une personne qui a acquis un patrimoine ou qui en dispose, lorsque son niveau n'est pas justifié par rapport à des sources de revenus légitimes ou ne peut pas l'être ; une telle approche peut être retenue sans que le tribunal estime, en observant le niveau de preuve prévu en matière pénale ou civile, qu'un acte pénalement répréhensible distinct ou sous-jacent a été commis.

Ces lois s'écartent quelque peu du raisonnement juridique classique, et il n'est donc pas surprenant que les efforts réalisés pour adopter ces types de lois donnent souvent lieu à de vifs débats.

Un exemple concret et symbolique de l'effet clivant de cette notion juridique a été donné par les *Travaux Préparatoires*¹ de la Convention des Nations Unies contre la Corruption (CNUCC), qui présentent le processus de négociation ayant précédé l'ajout de l'article 20 sur l'« Enrichissement illicite ». Lorsque les formulations d'une proposition d'article sur l'enrichissement illicite ont été présentées au comité de négociation, plusieurs délégations ont rapidement fait part de leurs profondes préoccupations ; la Russie et des États membres de l'Union européenne ont même été jusqu'à indiquer qu'elles « souhaitent vivement » que l'article proposé soit purement et simplement supprimé du traité. Dans le camp adverse de ce clivage, les autres délégations ont farouchement soutenu l'adoption de l'article. Par conséquent, après plusieurs sessions de négociation, un accord a été convenu : l'article 20 serait adopté, mais uniquement dans un format non impératif.

Les comportements divergents adoptés par rapport à cette notion juridique ont aussi été clairement illustrés par les différentes approches choisies par les pays concernés à l'égard de la recommandation sur le caractère non impératif. D'un côté, plusieurs États parties à la CNUCC ont mis en œuvre l'article et introduit une législation sur l'enrichissement illicite. D'un autre côté, d'autres États parties ont maintenu leur ferme objection à cette notion juridique, et leurs tribunaux ont même refusé d'accorder une coopération internationale aux efforts de recouvrement des avoirs ayant été déployés sur le fondement des lois en matière d'enrichissement illicite promulguées par d'autres pays.

Même parmi les pays ayant adopté des lois sur l'enrichissement illicite, un désaccord subsiste sur la forme concrète à utiliser pour ces lois. Par conséquent, le travail rédactionnel réalisé dans le monde entier par rapport à cette notion se caractérise par sa grande diversité. Par exemple, bien que certains pays estiment que l'enrichissement illicite constitue un acte devant faire l'objet d'un encadrement pénal, d'autres ont adopté une législation prévoyant de le soumettre à des procédures civiles. En outre, tandis que certains pays considèrent que les lois sur l'enrichissement illicite ne devraient cibler que les agents publics et la corruption, d'autres pays jugent ce type de lois précieuses dans la lutte contre d'autres crimes, comme les infractions en matière de stupéfiant. Même la terminologie de base sur cette notion lance une pomme de discorde, dans la mesure où plusieurs pays utilisent dans leur législation d'autres notions pour la décrire et la définir, en incluant, par exemple, la « richesse inexploquée » ou l'« enrichissement injustifié ».

1 Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Corruption*, Nations Unies, New York, 2010, pp. 195-200.

Le fait que l'enrichissement illicite demeure, à ce jour, un domaine du droit largement sous-développé et non éprouvé accentue les divergences des approches et des opinions. Bien que des lois sur l'enrichissement illicite aient déjà été adoptées par certains États dans les années 1950 et 1960, le nombre de pays qui, au tournant du siècle, disposaient dans leur législation d'une loi sur l'enrichissement illicite était très modeste. Au cours des deux dernières décennies, plusieurs autres pays ont introduit une législation sur l'enrichissement illicite, mais le degré d'incertitude des praticiens quant au mode d'application de ces lois demeure particulièrement élevé. Par conséquent, un grand nombre de pays y ont recours avec prudence. Par exemple, bien qu'il existe une loi sur l'enrichissement illicite en Tanzanie depuis 2007, ce n'est qu'en 2019 que la première procédure judiciaire relative à ces dispositions a été engagée.

Du fait de cette prudente utilisation des lois sur l'enrichissement illicite dans leur ensemble, ce domaine souffre d'un manque général de jurisprudence et d'expérience juridique. Le débat continu sur l'efficacité des lois en matière d'enrichissement illicite et leur compatibilité globale avec les normes juridiques établies est donc compréhensible.

Compte tenu de la nature globalement sous-développée de la législation sur l'enrichissement illicite, cette publication ne recommande pas ces lois comme la solution miracle de la lutte contre la corruption et d'autres infractions. Divers aspects de cette notion n'ont pas encore été réellement abordés par les tribunaux, et il demeure important de faire preuve de circonspection dans le traitement du domaine des lois sur l'enrichissement illicite. Néanmoins, il ne fait aucun doute que les lois sur l'enrichissement illicite ont un potentiel formidable dans le domaine du recouvrement des avoirs. Du fait de l'application réussie de ces types de lois dans certaines juridictions, il n'est pas surprenant qu'un nombre croissant de pays se tournent maintenant vers ces mécanismes pour cibler la corruption et la criminalité dans son ensemble, et pour procéder au recouvrement des produits du crime.

Structure de ce livre

Cette publication se compose de cinq parties. La **Partie I** s'appuie sur les traités internationaux et la législation du monde entier pour présenter une définition élémentaire de la notion fondamentale d'enrichissement illicite, ainsi qu'un aperçu général sur ce qui constitue une « loi sur l'enrichissement illicite ». Elle expose la différence existant entre les lois sur l'enrichissement illicite qui sont basées sur le droit pénal, et celles dont le fondement est le droit civil. Elle explique également la différence distinguant les lois de droit commun sur l'enrichissement illicite des lois particulières sur l'enrichissement illicite, qui obligent un État à apporter la preuve d'un niveau de « soupçon » ou de « croyance » raisonnable, avant que leur application ne soit possible. Cette partie se penche également sur les caractéristiques établissant une distinction entre une loi en matière d'enrichissement illicite et les autres types courants de législation sur le recouvrement des avoirs, comme les lois sur la confiscation élargie et les lois sur la confiscation en l'absence de condamnation pénale.

La **Partie II** est une étude approfondie des diverses approches retenues par les organes législatifs de différentes juridictions pour traiter de l'enrichissement illicite. Elle englobe les principales similitudes

et différences entre les lois sur l'enrichissement illicite de diverses juridictions, en mettant l'accent sur la façon dont les législateurs ont rédigé leurs lois pour cibler différentes catégories de patrimoines et de personnes. Elle explore les moyens par lesquels certaines juridictions ont adopté différents seuils probatoires par rapport à des éléments tels que la valeur de l'enrichissement supposé. Cette Partie dresse également les grandes lignes des types de garanties introduits par les pays dotés de lois en matière d'enrichissement illicite, afin de veiller à ce que ces lois soient appliquées avec justesse, et non pas utilisées abusivement, et réexaminées régulièrement. Il convient de lire cette Partie parallèlement à l'Annexe 1, qui présente une compilation de 98 lois sur l'enrichissement illicite et de plusieurs autres instruments législatifs similaires à ces types de lois.

La **Partie III** fournit aux enquêteurs et aux procureurs des lignes directrices sur les moyens par lesquels l'enrichissement illicite peut être prouvé ou réfuté, et l'a été. Elle comprend un résumé des faits de base constituant l'enrichissement illicite et devant être établis par les parties en cause devant des juridictions civiles ou pénales. Elle examine également les méthodologies courantes ayant été acceptées et adoptées par des tribunaux du monde entier pour déterminer le point de savoir si un enrichissement illicite a bel et bien eu lieu. Par ailleurs, et en s'inspirant de la jurisprudence de différentes juridictions, cette Partie passe en revue les types courants de preuves qui ont été utilisés par des investigateurs et des procureurs pour prouver efficacement qu'une personne ou entité a tiré parti d'un enrichissement illicite.

La **Partie IV** donne aux praticiens du droit des lignes directrices sur les recours judiciaires régulièrement engagés par rapport à l'adoption et à l'utilisation d'une législation sur l'enrichissement illicite. Plus spécifiquement, cette section analyse les recours judiciaires usuels ayant été déposés à travers le monde, notamment par rapport à des droits reconnus, comme la présomption d'innocence, le droit au silence, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ainsi que le principe de non-rétroactivité.

La **Partie V**, qui est la dernière, se compose de contributions externes. Trois de ces aperçus généraux permettent au praticien de découvrir, du point de vue des praticiens locaux, les mécanismes sur l'enrichissement illicite en place en république de Maurice, au Kenya et au Pérou. Une autre contribution donne un bref aperçu sur le mécanisme singulier ciblant les produits du crime, et actuellement en vigueur en Irlande. La dernière contribution décortique les recours risquant de se profiler pendant l'enquête et les poursuites engagées dans des affaires d'enrichissement illicite assorties d'un élément international, et spécifiquement les difficultés que les praticiens pourraient avoir à anticiper lorsque, dans ce contexte, ils souhaitent bénéficier d'une entraide judiciaire.

Cette publication est également complétée par deux annexes :

L'Annexe 1, qui est titrée « Compilation de la législation sur l'enrichissement illicite et de toute autre législation s'y rapportant », regroupe des passages du texte de toutes les lois sur l'enrichissement illicite identifiées lors du processus de recherche servant de base à cette publication. Elle comprend également des passages du texte des autres instruments législatifs de recouvrement des avoirs mentionnés dans cette publication à des fins de comparaison.

L'Annexe 2, qui est titrée « L'apport de la preuve de l'enrichissement illicite par les enquêtes financières et l'analyse des sources et de l'utilisation des fonds », est un guide technique destiné aux praticiens. Elle donne un aperçu général sur une méthode pouvant être utilisée pour démontrer avec clarté qu'une personne a disposé d'un patrimoine qui ne pouvait pas venir de sources légitimes, et étant qualifiée de méthode d'analyse des sources et de l'utilisation des fonds. Elle comprend un guide en étapes portant sur l'enquête financière et devant être utilisé pour renforcer ce processus d'analyse.

Note sur les définitions et la méthodologie de recherche

La recherche menée pour cette publication a été dirigée par l'auteur, un personnel supplémentaire du Basel Institute on Governance, et une équipe de quinze étudiants en master de droit de l'Université de New York intervenant par l'intermédiaire du LLM Pro Bono Research Program de cette université. En ayant recours à une large gamme de sources (incluant des bases de données et des sites Internet gouvernementaux, des bases de données juridiques, des revues universitaires, des rapports d'ONG et d'organisations internationales, et des sources médiatiques), ces chercheurs se sont efforcés d'identifier chaque juridiction où une loi sur l'enrichissement illicite ou une loi d'un type similaire a été promulguée. Les chercheurs ont également essayé d'identifier les décisions de justice publiées portant sur ces lois, afin de mettre plus en lumière les moyens par lesquels elles sont appliquées en pratique.

Les paramètres initiaux de cette recherche étaient vastes, et les chercheurs se sont focalisés sur tous les types de lois ayant permis à un tribunal de prononcer potentiellement des sanctions lorsque les sources légales de la richesse d'une personne ne pouvaient pas être déterminées. En raison de ces paramètres, d'autres types de lois sur le recouvrement des avoirs ont été inclus comme, par exemple, des lois traditionnelles sur le recouvrement civil et des lois sur la confiscation élargie. Cependant, cette approche était intentionnelle, car elle a facilité l'analyse d'une grande variété de textes législatifs pertinents afin :

- d'identifier les caractéristiques universelles potentielles distinguant les « lois sur l'enrichissement illicite » des autres mécanismes actuels axés sur le recouvrement des avoirs ; et
- d'orienter la création d'une définition sur l'« enrichissement illicite » et une « loi sur l'enrichissement illicite » qui pourrait susciter une compréhension bien plus universelle de la notion.

Suite à l'analyse des textes rassemblés pendant ce processus de recherche, l'acte d'enrichissement illicite a été défini par cette publication comme **le fait de disposer d'un patrimoine dont le niveau n'est pas justifié par rapport à des revenus légitimes**. La section 1.2 présente une explication supplémentaire sur cette définition, ainsi que sa justification.

Le but de la création d'une définition universelle de l'acte d'« enrichissement illicite » a été d'éclaircir un thème dans lequel une multitude de définitions et de phrases sont utilisées pour désigner la même notion. Par exemple, les notions d'« enrichissement illicite », de « richesse inexplicquée » et

d'« enrichissement injustifié » sont utilisées de manière interchangeable pour désigner un ensemble de circonstances identiques en tout point ou quasi similaires. Par conséquent, cette publication a cherché à atténuer les ambiguïtés actuelles et à apporter une forme d'homogénéisation, en donnant à cette notion une définition élémentaire universelle englobant le nombre le plus élevé possible d'interprétations actuelles des traités internationaux, de la législation nationale et des publications de la doctrine.

L'analyse des éléments regroupés constitue non seulement un guide rédactionnel sur une définition de l'acte d'enrichissement illicite, mais a également facilité la formulation de la définition de la « loi sur l'enrichissement illicite ». Dans cette publication, les « lois sur l'enrichissement illicite » désignent celles qui respectent les paramètres suivants :

- elles **donnent à un tribunal le pouvoir de prononcer une sanction pénale ou civile, si ce dernier estime qu'un acte d'enrichissement illicite a été commis** (correspondant à la définition de l'enrichissement illicite indiquée ci-dessus) ;
- elles **n'exigent pas l'établissement d'une activité criminelle distincte ou sous-jacente avant que la sanction puisse être prononcée.**

Comme ce texte le démontrera, la forme des lois sur l'enrichissement illicite en vigueur d'un pays à l'autre varie considérablement. En dépit de ces différences, ces lois partagent toutes des similitudes-clés, et permettent d'imposer des conséquences juridiques définitives s'il est démontré à un tribunal qu'un ensemble de faits est totalement identique ou quasi similaire. Cette approche est retenue indépendamment du point de savoir si la loi en tant que telle s'appuie sur une procédure pénale ou civile.

La création des paramètres indiqués ci-dessus est basée sur une analyse approfondie de la législation et des décisions de justice de plus de 100 pays, et a facilité une étude désignant avec précision les lois devant être incluses dans un débat plus large sur l'enrichissement illicite. Ces paramètres sont fondés sur un ensemble universel de caractéristiques accompagnant les « lois sur l'enrichissement illicite » identifiées et, surtout, les distinguant des autres types de législation en vigueur et ciblant les « produits du crime ».

Certes, il existe un ensemble de paramètres plus vaste que ceux qui ont été utilisés dans des publications antérieures, ce qui limite généralement la notion de « loi sur l'enrichissement illicite » aux lois qui prévoient une infraction pénale. Cependant, étant donné que les lois civiles et pénales abordées par cette publication autorisent un tribunal à prononcer des sanctions si la commission d'un acte d'enrichissement illicite est établie, cette publication a établi ces paramètres plus larges afin de garantir la prise en considération de toutes les lois pertinentes dans le débat sur cette notion.

Afin de veiller à la cohérence et à la clarté de toute cette publication, les lois sur l'enrichissement illicite ont également été présentées en sous-catégories supplémentaires, et les lois en cause ont été aussi classées en « lois pénales sur l'enrichissement illicite » ou « lois de droit civil sur l'enrichissement illicite », en fonction du point de savoir si elles sont basées sur une procédure

pénale ou civile.² En outre, d'autres lois ont été qualifiées de « lois particulières sur l'enrichissement illicite » si elles posent des seuils spécifiques par rapport à un soupçon ou une croyance raisonnable selon laquelle une forme quelconque de criminalité aurait été perpétrée.³ La création de ces sous-catégories a pour but de souligner davantage les principales similitudes et différences existant entre les lois couvertes par la notion extensive de « loi sur l'enrichissement illicite », et d'atténuer encore plus les ambiguïtés risquant de découler des futures discussions sur ce sujet.

Pour conclure, il est également important de mettre en évidence que le classement, par cette publication, des lois de certains pays comme des « lois sur l'enrichissement illicite » ou des « lois particulières sur l'enrichissement illicite » s'est appuyé, dans la mesure la plus précise possible, sur la formulation des instruments législatifs identifiés, ainsi que sur les informations données par les décisions de justice identifiées. Bien entendu, l'application concrète des lois dépend souvent des moyens par lesquels certaines réglementations légales donnent des éclaircissements sur les différents éléments d'une loi, ou de la manière dont le pouvoir judiciaire d'un État interprète certaines formulations de cette loi. Un travail colossal a été réalisé pour retrouver les règlements en vigueur et les interprétations judiciaires des lois citées dans cette publication. Cependant, il est possible que certaines des normes pertinentes ou des aspects fondamentaux de l'interprétation n'aient pas été pris en considération, notamment si ces éléments ne peuvent pas être obtenus auprès de sources disponibles en ligne. Si de nouvelles informations sont découvertes après la publication, tout sera mis en œuvre pour rectifier les éventuelles imprécisions.

2 La section 1.3 donne des éléments supplémentaires indiquant pourquoi la notion de « lois de droit civil sur l'enrichissement illicite », et non pas celle de « lois sur la richesse inexplicite », a été choisie.

3 La section 1.4.2 fournit une explication détaillée sur la notion de « lois particulières sur l'enrichissement illicite ».

Partie I

Définition d'une
loi sur
l'enrichissement
illicite

Partie I - Résumé

Il convient de partir du principe que la définition de l'« enrichissement illicite » varie considérablement d'une juridiction à l'autre.

L'« enrichissement illicite » est un intitulé qui ne constitue même pas une dénomination à portée universelle. Selon le pays de son utilisation, les appellations utilisées pour désigner cette notion sont les suivantes : « enrichissement illicite », « gains illicites », « enrichissement injustifié », ou acquisition d'une « richesse inexplicquée » ou de « biens d'origine inexplicquée ».

De la même manière, le champ d'application des éléments constitutifs de l'acte d'« enrichissement illicite » peut se présenter avec des nuances notables d'une juridiction à l'autre, car il dépend des différentes caractéristiques qu'une juridiction individuelle peut avoir indiquées dans sa législation. Il n'est pas surprenant que les publications et les débats sur ce thème pâtissent d'un manque général de cohérence. Le niveau de confusion des praticiens quant à la situation réellement encadrée par l'« enrichissement illicite » est donc très élevé.

Afin d'aborder cette situation, cette Partie :

- expose le contexte historique de la notion d'enrichissement illicite ;
- donne une définition élémentaire et universellement applicable de l'acte d'« enrichissement illicite » ;
- présente les éléments constitutifs d'une « loi sur l'enrichissement illicite », et fournit des explications sur la différence entre les « lois pénales sur l'enrichissement illicite » et les « lois de droit civil sur l'enrichissement illicite », ainsi que par rapport aux lois de droit commun sur l'enrichissement illicite et aux « lois particulières sur l'enrichissement illicite » ; et
- met en avant la différence distinguant les lois sur l'enrichissement illicite des autres mécanismes usuels de recouvrement des avoirs.

Définitions succinctes des notions-clés

(les explications supplémentaires figurent dans la Partie I)

Enrichissement illicite	Le fait de disposer d'un patrimoine dont le niveau n'est pas justifié par rapport à des revenus légitimes.
<i>« Le fait de disposer d'un patrimoine (...) »</i>	L'acquisition, l'entrée en possession ou l'utilisation d'une chose ayant une valeur pécuniaire.
<i>« (...) dont le niveau n'est pas justifié par rapport à des revenus légitimes »</i>	Une absence de preuves sur les sources légitimes ou non criminelles auprès desquelles le patrimoine en cause a été obtenu.
Loi sur l'enrichissement illicite	Toute disposition d'un instrument légal habilitant un tribunal à prononcer une sanction pénale ou civile, si ce dernier estime qu'un enrichissement illicite a eu lieu (d'une manière correspondant à la définition figurant ci-dessus), et n'exigeant pas l'établissement d'une activité criminelle distincte ou sous-jacente avant que le prononcé de cette sanction ne soit possible.
Loi pénale sur l'enrichissement illicite	Toute loi sur l'enrichissement illicite créant une infraction pénale est appliquée dans le respect de procédures pénales, et donne lieu à des sanctions pénales.
Loi de droit civil sur l'enrichissement illicite	Toute loi sur l'enrichissement illicite créant un encadrement judiciaire civil est appliquée conformément à des procédures civiles, et peut entraîner le prononcé d'une ordonnance d'indemnisation à l'encontre d'une personne.
Loi particulière sur l'enrichissement illicite	Les lois qui répondraient à la définition d'une loi sur l'enrichissement illicite susmentionnée, si ce n'est qu'elles exigent d'un État qu'il fournisse à un tribunal la preuve d'une "suspicion raisonnable" ou d'une "conviction raisonnable" qu'une sorte de criminalité sous-jacente ou distincte a eu lieu.

1.1 Contexte historique

Comme l'explique de manière anecdotique *Les Profiteurs : Incriminer l'enrichissement illicite pour combattre la corruption*, l'une des premières tentatives d'adoption d'un projet de loi sur la notion d'« enrichissement illicite » a été faite dans les années 1930 par Rodolfo Corominas Segura, un sénateur argentin, qui avait été inspiré par sa rencontre avec un agent public qui exhibait ostensiblement un patrimoine dont le niveau ne pouvait pas venir de son salaire officiel.⁴ Bien que cette première tentative ait échoué en Argentine, des efforts fructueux de législation contre l'enrichissement illicite ont lentement commencé à être déployés dans plusieurs pays du monde entier au cours des décennies suivantes.

Au début des années 1950, Hong Kong a introduit une réglementation énumérant les infractions disciplinaires visant les agents publics qui ne pouvaient pas expliquer comment ils étaient parvenus à acquérir des avoirs ou entretenir un train de vie sans commune mesure avec leurs revenus officiels.⁵ Cet instrument juridique a ouvert la voie à la loi sur l'enrichissement illicite, qui est entrée en vigueur à Hong Kong en 1971. En 1955, les Philippines ont introduit leur première version d'une loi sur l'enrichissement illicite, en vertu de laquelle les biens détenus par un agent public et « manifestement disproportionnés » par rapport à ses revenus légitimes étaient « présumés, à première vue, acquis illicitement », sauf si cette personne pouvait expliquer, dans une mesure « jugée satisfaisante par le tribunal », les moyens par lesquels ces biens avaient été obtenus auprès de sources légitimes.⁶ En 1960, le Pakistan a inséré l'infraction pénale d'enrichissement illicite dans sa loi sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act*), en vertu de laquelle la « possession de biens disproportionnés par rapport à des sources connues de revenus » pourrait se traduire par le prononcé d'une peine d'emprisonnement, l'imposition d'amendes et la confiscation de biens.⁷ À la même époque, en 1964, l'Inde a promulgué sa propre loi, tout comme l'Argentine, qui a finalement réussi à faire entrer la notion d'enrichissement illicite dans sa législation, plus de vingt ans après la première tentative de Rodolfo Corominas Segura.⁸

Portés par cet élan timide et continu, d'autres pays ont voté une législation au cours des deux décennies suivantes. En 1975, l'Égypte a introduit une loi qui a qualifié de « fonds mal acquis » « toute augmentation de patrimoine » bénéficiant à un agent public et « n'étant pas proportionnelle

4 L. Muzila et al., *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, La Banque mondiale, Washington, 2012, p. 7.

5 I. McWalters SC et al., *Bribery and Corruption Law in Hong Kong*, LexisNexis, Hong Kong, 2015, pp. 381–382.

6 [Traduction non officielle] Loi de la république n° 1379 (*Republic Act No. 1379*), une loi déclarant la saisie, en faveur de l'État, des biens reconnus mal acquis par un agent public ou salarié, et énonçant la procédure s'y rapportant (18 juin 1955) (Philippines).

7 [Traduction non officielle] Ordonnance de 1960 sur la prévention de la corruption (amendement du Pakistan occidental) (Ordonnance du Pakistan occidental XVII de 1960) (*Prevention Of Corruption (West Pakistan Amendment) Ordinance 1960 (W.P. Ordinance XVII of 1960)*), section 2 ; cette section a inséré la Section 5C dans la loi de 1947 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 1947*) (Pakistan).

8 L. Muzila et al., *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, La Banque mondiale, Washington, 2012, p. 8.

aux ressources [dont il dispose] ». ⁹ Le Sénégal a voté, en 1981, une loi qui décrit l'enrichissement illicite comme une situation dans laquelle un agent public « se trouve dans l'impossibilité de justifier de l'origine licite des ressources qui lui permettent d'être en possession d'un patrimoine ou de mener un train de vie sans rapport avec ses revenus légaux ». ¹⁰ Brunei Darussalam a adopté, en 1982, une loi reprenant le modèle introduit à Hong Kong, un pays voisin, présentant comme une infraction la « possession de biens d'origine inexplicée », et en vertu de laquelle un agent public qui exerce un contrôle sur des biens ou mène un train de vie sans commune mesure avec ses revenus légitimes pourrait potentiellement s'exposer à des sanctions pénales. ¹¹ Des lois ont également été rédigées et adoptées dans des pays tels que Cuba, ¹² la Turquie ¹³, et le Niger. ¹⁴

En 1996, la reconnaissance internationale de la notion d'enrichissement illicite a fait un grand pas en avant, lorsque la Convention interaméricaine contre la corruption (CICC) est devenue la première convention à citer, dans son article IX, l'enrichissement illicite en décrivant cette notion comme « l'augmentation significative du patrimoine d'un fonctionnaire qu'il ne peut raisonnablement justifier par rapport aux revenus perçus légitimement dans l'exercice de ses fonctions... ». ¹⁵

En 2003, la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption (CUAPLC) est devenue la deuxième convention à inclure une disposition sur l'enrichissement illicite. Son article 1 décrit la notion de la même façon et avec la formulation suivante : « ...l'augmentation substantielle des biens d'un agent public ou de toute autre personne que celui-ci ne peut justifier au regard de ses revenus ». ¹⁶

Finalement, et au cours de cette même année 2003, la CNUCC a également inclus, dans son article 20, une disposition en matière d'enrichissement illicite stipulant ce qui suit :

9 [Traduction non officielle] Loi n° 62 de 1975 sur les gains illégaux (*Law no. 62 of 1975, Regarding Illegal Gains*) (Égypte), article 2.

10 Code pénal, loi n° 1965-60 (Sénégal), article 163 bis (version originale : « De l'enrichissement illicite : L'enrichissement illicite de tout titulaire d'un mandat public électif ou d'une fonction gouvernementale, de tout magistrat, agent civil ou militaire de l'État, ou d'une collectivité publique, d'une personne revêtue d'un mandat public, d'un dépositaire public ou d'un officier public ou ministériel, d'un dirigeant ou d'un agent de toute nature des établissements publics, des sociétés nationales, des sociétés d'économie mixte soumises de plein droit au contrôle de l'État, des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique, des ordres professionnels, des organismes privés chargés de l'exécution d'un service public, des associations ou fondations reconnues d'utilité publique, est puni d'un emprisonnement de cinq à dix ans et d'une amende au moins égale au montant de l'enrichissement et pouvant être portée au double de ce montant. Le délit d'enrichissement illicite est constitué lorsque, sur simple mise en demeure, une des personnes désignées ci-dessus, se trouve dans l'impossibilité de justifier de l'origine licite des ressources qui lui permettent d'être en possession d'un patrimoine ou de mener un train de vie sans rapport avec ses revenus légaux »).

11 [Traduction non officielle] Loi de 1982 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 1982*) (Brunei Darussalam), section 12.

12 [Traduction non officielle] Code pénal de la République de Cuba du 29.12.1987, loi n° 62 (*Ley no. 62, Código Penal de la República de Cuba, de 29.12.1987*).

13 [Traduction non officielle] Loi sur la déclaration des avoirs et la lutte contre la corruption (*Law on Declaration of Assets and Combat against Bribery*), loi n° 3628 (approuvée le 19.04.1990) (Turquie).

14 Ordonnance n° 92-024 du 18 juin 1992 portant répression de l'enrichissement illicite (Niger).

15 Convention interaméricaine contre la corruption, article IX.

16 Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, article 1.

*Sous réserve de sa constitution et des principes fondamentaux de son système juridique, chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, à l'enrichissement illicite, c'est-à-dire une augmentation substantielle du patrimoine d'un agent public que celui-ci ne peut raisonnablement justifier par rapport à ses revenus légitimes.*¹⁷

Bien que la CICC fut la seule convention internationale à présenter l'enrichissement illicite par un recours à des termes impératifs,¹⁸ l'ajout de l'enrichissement illicite dans ces trois conventions a tout de même exponentiellement accru la prévalence des lois sur l'enrichissement illicite dans le monde entier.

Au fur et à mesure que les juridictions ont introduit ce type de lois, elles l'ont fait de manière de plus en plus variée. Ainsi, jusqu'au tournant du siècle, bien que la majeure partie des lois sur l'enrichissement illicite fussent rédigées d'une manière créant des infractions pénales,¹⁹ de plus en plus de pays ont commencé à mettre en œuvre des lois sur l'enrichissement illicite axées sur une procédure civile, à savoir en vertu desquelles l'acte d'enrichissement illicite n'était plus considéré comme une infraction, mais comme un motif permettant de prononcer, à l'encontre d'une personne, une ordonnance civile d'indemnisation ciblant la valeur de l'enrichissement prouvé. Par exemple, en 2000, l'Australie-Occidentale, qui est l'une des juridictions étatiques de l'Australie,²⁰ a introduit des « déclarations de richesse inexplicquée » en vertu desquelles un tribunal peut maintenant rendre une ordonnance pour que la valeur de la richesse d'une personne dépassant sa « richesse acquise légitimement » soit versée à l'État.²¹ Cette loi s'est significativement écartée de la norme pour deux raisons. Premièrement, car elle est basée sur une procédure civile et, deuxièmement, car elle peut être utilisée pour cibler non seulement les agents publics au titre des produits de la corruption, mais également « toute personne » en possession d'une richesse inexplicable. Le premier objectif de cette loi était, en fait, de cibler les produits du crime détenus par les narcotrafiquants.²²

17 Convention des Nations Unies contre la Corruption, article 20.

18 Bien que des termes impératifs soient utilisés par l'article IX, qui stipule que les Parties « adopteront les mesures nécessaires pour conférer dans leur législation » le caractère d'infraction à l'enrichissement illicite, l'article IX inclut également une limite permettant d'envisager ces mesures « [s]ous réserve de leur Constitution et des principes fondamentaux qui régissent leur système juridique », et pouvant être considérée comme abolissant la nature impérative des termes utilisés.

19 À l'exception notable de la loi de la république n° 1379 (*Republic Act No. 1379*), une loi déclarant la saisie, en faveur de l'État, des biens reconnus mal acquis par un agent public ou salarié, et énonçant la procédure s'y rapportant (18 juin 1955) (Philippines).

20 L'Australie est un système juridique de type fédéral et se compose de neuf juridictions légales distinctes qui existent parallèlement les unes aux autres : une juridiction fédérale et huit États/juridictions territoriales.

21 [Traduction non officielle] Loi de 2000 sur la confiscation des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Confiscation Act 2000*) (Australie - Australie-Occidentale), section 12.

22 Australie-Occidentale, *Parliamentary Debates*, Assemblée législative, 29 juin 2000, 8611 (M. Baron Sullivan - Secrétaire parlementaire) ; voir, par exemple, dans le discours de deuxième lecture, les passages du texte suivants : « Le trafic de stupéfiants a prospéré du fait des lacunes du système actuel. Les barons de la drogue continuent de sévir, tandis que les pouvoirs publics ne disposent pas des preuves associant la richesse qu'ils ont acquise à des activités criminelles. Par ailleurs, dans la mesure où la charge de la preuve pèse sur les pouvoirs publics, l'établissement d'un lien entre une richesse inexplicquée et un comportement criminel a été difficile. Sans système de confiscation efficace, les bénéfices dégagés sont restés dans le trafic de stupéfiants. Cette nouvelle génération de crime organisé nécessite une approche à la fois plus efficace et mieux ciblée, et s'appuyant sur un solide cadre législatif en vue de la confiscation des produits de toute activité criminelle, ainsi que des biens utilisés dans le cadre de cette activité criminelle ».

La multitude de pays ayant, à ce jour, adopté des lois en matière d'enrichissement illicite inclut le Kenya (qui, en 2007, a introduit dans sa législation contre la corruption une ordonnance fondée sur le droit civil et ciblant les « avoirs d'origine inexplicquée »),²³ le Cambodge (qui a légiféré pour cibler les augmentations de patrimoine des agents publics qui ne pouvaient pas être expliquées « eu égard à leurs revenus légaux »),²⁴ Djibouti (où « le fait pour un agent public de ne pouvoir raisonnablement justifier l'augmentation substantielle de son patrimoine par rapport à ses revenus légitimes, est puni de 15 ans d'emprisonnement »),²⁵ l'Équateur (où une personne ayant « bénéficié pour elle-même ou des tiers d'une augmentation de patrimoine injustifiée » peut être sanctionnée en vertu du Code pénal),²⁶ la Moldavie (où les agents publics peuvent se voir infliger des peines par les instances pénales s'il est reconnu qu'ils sont en possession d'avoirs d'une valeur « dépassant significativement le revenu perçu », et qui « n'auraient pas pu être obtenus légalement »),²⁷ et huit autres juridictions australiennes, qui ont toutes introduit leur propre version des ordonnances civiles ciblant la richesse « inexplicquée ».²⁸

Les recherches réalisées pour cette publication ont identifié, au total, 98 lois sur l'enrichissement illicite, qui sont actuellement en vigueur dans le monde.²⁹

23 [Traduction non officielle] Loi de 2003 sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2003*) (Kenya), section 55.

24 Loi de 2010 sur la lutte contre la corruption (*Anti-Corruption Law 2010*) (Cambodge), article 36.

25 Loi n° 111/AN/11/6ème L relative à la lutte contre le terrorisme et autres infractions graves (25.05.2011) (Djibouti), article 11 (texte original : « Le fait pour un agent public de ne pouvoir raisonnablement justifier l'augmentation substantielle de son patrimoine par rapport à ses revenus légitimes, est puni de 15 ans d'emprisonnement [et] de 5.000.000 FD d'amende »).

26 [Traduction non officielle] Code pénal de la république de l'Équateur du 10.02.2014, article 279 (*Código Orgánico Integral Penal de la República de Ecuador, de 10.02.2014, Artículo 279*) (texte original : « Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años »).

27 [Traduction non officielle] Code pénal de 2002 (tel qu'amendé par la loi pénale n° 326 à compter du 23.12.13) (*Criminal Code 2002 (as amended by the Criminal Law 326 as of 23.12.13)*) (Moldavie), article 330/2.

28 [Traduction non officielle] Loi de 2002 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 2002*) (Australie - Juridiction fédérale), parties 2 à 6 ; Loi de 2003 sur la confiscation des avoirs criminels (telle qu'amendée par la loi d'amendement de 2020 sur la confiscation des avoirs criminels (richesse inexplicquée)) (*Confiscation of Criminal Assets Act 2003 (as amended by the Confiscation of Criminal Assets (Unexplained Wealth) Amendment Act 2020)*) (Australie - Territoire de la capitale australienne), partie 7A ; Loi n° 23 de 1990 sur le recouvrement des avoirs criminels (*Criminal Assets Recovery Act 1990 No 23*) (Australie - Nouvelle-Galles du Sud), partie 3, division 2 ; Loi de 2002 sur la saisie des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Forfeiture Act 2002*) (Australie - Territoire du Nord), partie 6, division 1 ; Loi de 2002 sur la confiscation des produits criminels (telle qu'amendée par la loi d'amendement de 2013 sur la confiscation des produits criminels (Ordonnance de confiscation ciblant la richesse inexplicquée et les auteurs d'infractions contrevenant gravement à la législation en matière de stupéfiants) (*Criminal Proceeds Confiscation Act 2002 (as amended by the Criminal Proceeds Confiscation (Unexplained Wealth and Serious Drug Offender Confiscation Order) Amendment Act 2013*)) (Australie - Queensland), partie 5A ; Loi de 2009 sur le crime et la criminalité organisée (richesse inexplicquée) (*Serious and Organised Crime (Unexplained Wealth) Act 2009*) (Australie - Australie-Méridionale), partie 2 ; Loi de 1993 sur le crime (confiscation des bénéfices) (telle qu'amendée en 2014) (*Crime (Confiscation of Profits) Act 1993 (as amended 2014)*) (Australie - Tasmanie), partie 9 ; Loi de 1997 sur la confiscation (telle qu'amendée en 2014) (*Confiscation Act 1997 (as amended 2014)*) (Australie - Victoria), partie 4A.

29 Incluant les « lois particulières sur l'enrichissement illicite » (qui sont expliquées par la section 1.4.2).

1.2 Définition de l'acte d'« enrichissement illicite »

Même si l'enrichissement illicite est maintenant devenu une notion juridique largement adoptée, le niveau d'incertitude des praticiens sur les éléments réellement englobés par cette notion demeure tout de même très élevé. Cette situation est compréhensible, dans la mesure où il n'existe pas de définition unanimement appliquée, et où la forme concrète, la formulation et le fonctionnement pratique des lois adoptées dans le monde entier en matière d'enrichissement illicite varient considérablement d'une juridiction à l'autre.

Bien que la CNUCC énonce quelques lignes directrices sur ce point, même la formulation de l'article 20 ne peut pas être considérée comme une définition universelle de l'enrichissement illicite, car de nombreux pays dotés d'une législation en matière d'enrichissement illicite ont retenu, dans la définition de la notion par leurs propres juridictions, des approches se démarquant nettement de celle de la CNUCC. Par exemple, bien que la CNUCC qualifie l'enrichissement illicite d'acte « commis intentionnellement » et d'augmentation « substantielle » du patrimoine d'un « agent public » que celui-ci ne peut raisonnablement justifier par rapport à ses revenus légitimes, plusieurs juridictions interprètent cette notion de manière bien plus extensive, et ne précisent pas nécessairement que l'enrichissement doit être un acte « commis intentionnellement » ou être « substantiel », ou qu'il ne peut être commis que par des agents publics.

Compte tenu de la grande variété de la formulation législative, une définition universelle de l'enrichissement illicite (ou de l'« enrichissement injustifié », de l'« acquisition d'une richesse inexplicquée », etc.) devrait être bien plus large afin d'englober ces approches plus extensives.

Sur le fondement d'une étude des définitions données par 98 lois, il peut être affirmé que l'acte d'enrichissement illicite peut faire l'objet d'une épuration le ramenant à deux éléments, tant vastes que fondamentaux qui, sous un aspect ou un autre, font partie de toutes les interprétations législatives, quelle que soit la juridiction en cause. Plus spécifiquement, dans son expression la plus élémentaire, l'acte d'enrichissement illicite peut être globalement défini comme **le fait de disposer d'un patrimoine dont le niveau n'est pas justifié par rapport à des revenus légitimes**.

Il va sans dire que les modes spécifiques de législation et d'application des deux phrases soulignées varieront souvent d'une manière dépendant essentiellement de l'interprétation individuelle faite par une juridiction, et du champ d'application des notions de « patrimoine » et de « revenus » posées par ses lois. En outre, le type de « personne » auquel un acte d'enrichissement illicite peut être imputable variera, de toute évidence, en fonction du point de savoir si une loi particulière cible l'ensemble des personnes ou une catégorie limitée de personnes, comme les agents publics.

1.2.1 Que signifie « le fait de disposer d'un patrimoine » ?

Dans le contexte de l'enrichissement illicite « le fait de disposer d'un patrimoine » désigne l'acquisition, l'entrée en possession ou l'utilisation d'une chose **ayant une valeur pécuniaire**.

Les éléments spécifiques qu'une personne peut acquérir, dont elle peut entrer en possession ou qu'elle peut utiliser et pouvant contribuer à son enrichissement illicite changent sensiblement d'une juridiction à l'autre. Un grand nombre de juridictions n'adoptent qu'une législation donnant une définition étroite de l'enrichissement illicite, et ne tiennent compte que des situations où une personne a acquis des avoirs traditionnels tangibles et/ou intangibles ne pouvant pas être justifiés par rapport à des revenus légitimes (par exemple, lorsqu'une personne devient, de manière inexplicable, propriétaire de plusieurs logements ou jouit d'une augmentation substantielle du solde de son compte bancaire).

Les définitions provenant d'autres juridictions prennent également en considération les cas où une personne a bénéficié d'une liste plus longue mais tout de même limitée d'éléments de valeur intangibles, comme l'allègement de responsabilités pécuniaires (par exemple, le remboursement d'un prêt hypothécaire) ou l'octroi de prestations.

Cependant, dans la partie la plus étoffée de cet éventail, plusieurs juridictions définissent l'enrichissement illicite en incluant le fait de disposer, de manière injustifiée, de toute chose qui a une valeur pécuniaire et qui peut être considérée comme contribuant au « train de vie » d'une personne.

1.2.2 Que signifie « dont le niveau n'est pas justifié par rapport à des revenus légitimes » ?

Bien que l'interprétation varie également en fonction de la juridiction en cause, la phrase « **dont le niveau n'est pas justifié par rapport à des revenus légitimes** » désigne l'absence de preuves sur les sources légitimes ou non criminelles auprès desquelles le patrimoine en cause a été obtenu (comme les salaires, les bénéfices dégagés par des activités commerciales légitimes, les versements de retraite, les héritages, les cadeaux ou même les prêts bancaires).

1.3 Qu'est-ce qu'une « loi sur l'enrichissement illicite » ?

Par souci de clarté, cette section présente les deux caractéristiques-clés devant accompagner une disposition législative particulière avant qu'elle soit qualifiée de « loi sur l'enrichissement illicite » par cette publication.

Selon cette publication, une « loi sur l'enrichissement illicite » englobe toute disposition d'un instrument légal **habilitant un tribunal à prononcer une sanction pénale ou civile, si ce dernier estime qu'un enrichissement illicite a eu lieu** (par exemple, si le tribunal estime qu'une personne a disposé d'un patrimoine dont le niveau n'est pas justifié par rapport à des revenus légitimes). En outre, pour pouvoir être considérée comme une loi sur l'enrichissement illicite, cette disposition ne doit pas **exiger l'établissement d'une activité criminelle distincte ou sous-jacente avant que le prononcé d'une sanction ne soit possible.**

Bien entendu, ces éléments ne constituent pas toujours les seules caractéristiques d'une loi sur l'enrichissement illicite. Plusieurs lois comprennent une palette de critères supplémentaires devant être respectés avant que le prononcé d'une sanction ne soit possible (par exemple, il se peut qu'un État soit également tenu de prouver qu'une personne a la qualité d'agent public). Cependant, ces deux caractéristiques constituent les deux principales caractéristiques de toutes les lois sur l'enrichissement illicite.

Note terminologique importante

Cette publication utilise la notion extensive de « loi sur l'enrichissement illicite » pour désigner toutes les lois qui sont basées sur des procédures pénale et civile, et qui ciblent les personnes ayant disposé d'un patrimoine dont le niveau n'est pas justifié par rapport à des revenus légitimes, sans exiger l'établissement d'une activité criminelle distincte avant que le prononcé d'une sanction ne soit possible. Cette précision est importante, car un grand nombre de lois passées en revue par cette publication n'utilisent pas l'expression « enrichissement illicite », mais lui préfèrent les expressions « richesse inexplicée » ou « biens d'origine inexplicée ». Par exemple, la loi pénale de Hong Kong se réfère à la « possession de biens d'origine inexplicée », tandis que la loi de droit civil de Maurice déroule un processus de demande d'« ordonnances de richesse inexplicée ». Encore une fois, d'autres lois ont recours à des expressions supplémentaires telles que l'« enrichissement injustifié ». Par conséquent, dans un souci de clarté et de cohérence, cette publication place tous ces types de lois dans la vaste catégorie des « lois sur l'enrichissement illicite », tant qu'elles habilitent un tribunal à prononcer une sanction s'il est considéré qu'une personne s'est illicitement enrichie, au sens de la définition extensive indiquée ci-dessus. Des expressions plus spécifiques telles que « lois pénales sur l'enrichissement illicite » et « lois de droit civil sur l'enrichissement illicite » sont également utilisées pour préciser le type de procédure servant de base à une loi particulière.

1.3.1 Caractéristique n° 1 : le prononcé d'une sanction pénale ou civile si l'enrichissement illicite a eu lieu

Cette caractéristique distingue les lois en matière d'enrichissement illicite des autres lois pouvant se référer à un « enrichissement illicite » ou à une « richesse inexplicée », mais qui n'habilitent pas un tribunal à prononcer des sanctions, si elle estime qu'un enrichissement illicite a eu lieu.

Par exemple, la juridiction de Maurice dispose de deux lois se référant à la « richesse inexplicée ». Cependant, seule une de ces lois est catégorisée comme une loi sur l'enrichissement illicite au sens de cette publication.

La Loi sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act*)³⁰ contient une disposition titrée « possession d'une richesse inexplicée » qui habilite la Commission indépendante contre la corruption (Independent Commission Against Corruption) à mener une enquête sur le point de savoir si une personne « détient ou contrôle des biens disproportionnés par rapport ses émoluments ou autres revenus » et n'est pas en mesure « de donner une explication satisfaisante » sur les moyens lui ayant permis d'en acquérir le contrôle.³¹

Si cette enquête conclut que la personne en cause a réellement le contrôle d'une quantité disproportionnée de biens, et qu'elle n'est pas en mesure de les justifier, cette disposition se borne alors à indiquer que les preuves établissant ces faits « doivent être recevables pour corroborer les autres preuves relatives à la perpétration d'une infraction [distincte] ». ³² Ainsi, dans la mesure où cette disposition ne présente pas la sanction pénale ou civile pouvant être prononcée en conséquence directe de la « possession d'une richesse inexplicée » qui est prouvée, mais ne prévoit qu'un mécanisme d'acquisition et d'utilisation de preuves d'un enrichissement illicite s'insérant dans une procédure légale distincte, cette loi n'est pas considérée comme une « loi sur l'enrichissement illicite » au sens de cette publication.

En revanche, Maurice dispose d'une autre loi, la loi sur la bonne gouvernance et l'intégrité (*Good Governance and Integrity Reporting Act*),³³ qui autorise l'Integrity Reporting Services Agency à former une demande d'« ordonnance de richesse inexplicée » à l'encontre d'une personne semblant être propriétaire de biens « disproportionnés par rapport à ses émoluments et autres revenus » et au titre desquels « aucune justification satisfaisante ne peut être avancée ». ³⁴ En vertu de cette loi, si un juge estime que cette personne s'est illicitement enrichie (ou bénéficié d'une « richesse inexplicée »), il peut alors rendre une ordonnance de paiement de l'« équivalent monétaire » de la valeur de cette richesse. Dans la mesure où cette loi impose clairement le

30 [Traduction non officielle] Loi de 2002 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 2002*) (Maurice).

31 Ibid., section 84.

32 Ibid.

33 [Traduction non officielle] Loi de 2015 sur la bonne gouvernance et l'intégrité (*Good Governance and Integrity Reporting Act 2015*) (Maurice).

34 Ibid., section 2.

prononcé d'une sanction civile à l'encontre d'une personne lorsqu'il est prouvé qu'elle a le contrôle d'une richesse inexplicée et disproportionnée, cette publication considère alors cette loi comme une « loi sur l'enrichissement illicite ».

La loi sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act*), qui est actuellement en vigueur au Royaume-Uni (R-U), est un autre exemple de loi citant la « richesse inexplicée » mais n'imposant pas, de manière directe, le prononcé de sanction légale en raison de l'acquisition d'une richesse inexplicée.³⁵ Bien que cette loi pose un mécanisme de prononcé d'une « ordonnance de richesse inexplicée » contre une personne, cette ordonnance contraint simplement une personne à communiquer des informations financières sur la source de sa richesse, et ne l'oblige pas à rembourser la valeur de la richesse inexplicée dont elle a le contrôle.³⁶ Au lieu de cela, une fois ces informations communiquées (ou non), elles peuvent être ultérieurement utilisées, comme des preuves, dans une procédure distincte de recouvrement en l'absence de condamnation pénale (ACP), et en vertu de laquelle une ordonnance de « recouvrement » peut être rendue s'il est prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que les avoirs en cause ont été mal acquis. Par conséquent, dans le cadre de cette publication, cette loi n'est pas catégorisée comme une loi sur l'enrichissement illicite.³⁷

1.3.2 Caractéristique n° 2 : l'absence d'exigence de preuve d'une activité criminelle distincte ou sous-jacente

Les lois sur l'enrichissement illicite n'exigent pas de l'État qu'il prouve qu'une personne a déjà été reconnue coupable d'une infraction pénale, qu'une activité criminelle distincte ou sous-jacente a même eu lieu, ou qu'une richesse provient probablement d'une criminalité.

En revanche, en vertu d'une loi sur l'enrichissement illicite, le prononcé par un tribunal d'une sanction civile ou pénale peut exclusivement se fonder sur l'acquisition, l'entrée en possession ou l'utilisation, par une personne, d'un patrimoine dont le niveau ne peut pas être justifié par rapport à ses revenus légitimes, ou ne l'a pas été.

Cette caractéristique distingue, de manière spécifique, les lois sur l'enrichissement illicite des catégories similaires de lois sur le recouvrement des avoirs, comme les lois sur la confiscation élargie, les lois sur la confiscation ACP, ou même la législation en matière de blanchiment de capitaux. Contrairement aux lois sur l'enrichissement illicite, ces lois exigent de l'État, en règle générale, qu'il s'appuie sur une condamnation pénale préalable, ou qu'il prouve, en respectant un niveau exigé par le tribunal, l'existence d'une activité criminelle distincte ou sous-jacente et/ou l'origine criminelle des avoirs.

35 [Traduction non officielle] Loi de 2002 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act, 2002*) (Royaume-Uni).

36 Ibid., sections 362A à 362T.

37 La section 2.6.1 examine tout de même le mécanisme prévu par cette loi.

Un simple exemple

Si une personne a travaillé en qualité d'évaluateur fiscal public de 2010 à 2020, et a gagné, au cours de cette période, un salaire total cumulé de 400 000 USD, mais s'il s'avère, au terme de cette période, qu'elle disposait de 4 000 000 USD sur son compte bancaire, la différence de 3 600 000 USD entre le total de ses revenus légitimes et ceux qu'elle a réellement perçus pourrait donner lieu à une enquête et à une procédure judiciaire conformément à une loi en vigueur en matière d'enrichissement illicite. Si, pendant la procédure judiciaire, cette personne n'est pas en mesure de démontrer que l'excédent de 3 600 000 USD provient d'autres sources actuelles de revenus légitimes perçus pendant cette période (comme un prêt bancaire, des revenus dégagés par une activité commerciale accessoire ou le versement d'un héritage), le tribunal peut alors présumer, en vertu d'une loi sur l'enrichissement illicite, que cette augmentation de patrimoine injustifiable ne provient pas de sources légitimes, et prononcera une sanction appropriée, même si aucune preuve d'activité criminelle distincte ou sous-jacente n'est présentée au tribunal.

Le fait que les lois sur l'enrichissement illicite n'exigent pas de l'État qu'il fasse la preuve d'une infraction spécifique ou d'une source illicite de fonds s'est traduit, de manière compréhensible, par un grand nombre de recours judiciaires sur la compatibilité des lois sur l'enrichissement illicite avec des droits reconnus par la loi, comme le droit à la présomption d'innocence et le droit au silence. Néanmoins, la plupart des tribunaux qui se sont penchés sur ces recours ont estimé que les lois sur l'enrichissement illicite constituent un mécanisme proportionnel de recouvrement des produits du crime, et plus particulièrement des montants gagnés par les agents publics du fait d'infractions de corruption. Ces questions sont abordées de manière bien plus détaillée par la Partie IV de cette publication.

1.3.3 Trois exemples concrets sur les différentes lois en matière d'enrichissement illicite

Les lois sur l'enrichissement illicite n'ont pas de modèle prédéfini, et peuvent sensiblement varier, tant sur la forme que sur le fond, tout en conservant les deux caractéristiques-clés indiquées ci-dessus. Une rapide comparaison des dispositions législatives de Hong Kong, de l'Argentine et de l'Australie-Occidentale donne un bon exemple des moyens par lesquels des lois sur l'enrichissement illicite dont les formes sont très différentes, peuvent tout de même s'accompagner de ces deux caractéristiques et être utilisées pour cibler le même comportement.

La loi pénale de Hong Kong sur l'enrichissement illicite contenait, dans sa section 10, l'Ordonnance relative à la prévention de la corruption (*Prevention of Bribery Ordinance*),³⁸ dont les dispositions sont les suivantes :

38 [Traduction non officielle] Ch. 201, Ordonnance de 1971 relative à la prévention de la corruption (*Prevention of Bribery Ordinance 1971*) (Chine - Hong Kong), section 10.

10. Possession de biens d'origine inexplicée

(1) Toute personne exerçant ou ayant exercé en qualité de Directeur général ou d'agent rémunéré, et –

(a) qui mène un train de vie dépassant ce qui correspond à ses émoluments officiels actuels ou antérieurs, ou

(b) qui contrôle des ressources pécuniaires ou biens disproportionnés par rapport à ses émoluments officiels actuels ou antérieurs,

est coupable d'une infraction, sauf si elle présente au tribunal une explication satisfaisante sur les moyens lui ayant permis de mener ce train de vie ou d'acquérir le contrôle de ces biens ou ressources pécuniaires.

12. Peine sanctionnant les infractions

(1) Une personne coupable d'une infraction visée par cette Partie et ne correspondant pas à une infraction relevant de la section 3, est passible –

(a) lors du prononcé de la culpabilité faisant suite à la mise en examen :

(i) pour une infraction interdite par la section 10, d'une amende de 1 000 000 HKD et d'une peine d'emprisonnement de 10 ans ;

...

(b) lors du prononcé de la culpabilité par procédure sommaire :

(i) pour une infraction interdite par la section 10, d'une amende de 500 000 HKD et d'une peine d'emprisonnement de 3 ans ;

...

(3) En plus de toute peine infligée en vertu de la sous-section 1, le tribunal peut ordonner à une personne reconnue coupable d'une infraction interdite par la section 10(1)(b) de verser au gouvernement :

(a) une somme plafonnée au montant des ressources pécuniaires ; ou

(b) une somme plafonnée à la valeur des biens,

dont l'acquisition par ses soins n'a pas été expliquée d'une manière jugée satisfaisante par le tribunal.

La disposition législative présentée ci-dessus comprend clairement la première caractéristique d'une loi sur l'enrichissement illicite, en ce qu'elle habilite un tribunal à prononcer une sanction, c'est-à-dire une peine d'emprisonnement et une amende (ainsi qu'une peine supplémentaire de saisie), à l'encontre d'une personne qui s'est illicitement enrichie dans une mesure ayant été prouvée, à savoir, dans ce cas, en menant un train de vie fastueux ou en ayant le contrôle de biens disproportionnés qu'elle ne peut pas justifier par rapport à des sources légales de revenus.

En outre, cette législation est également assortie de la deuxième caractéristique d'une loi sur l'enrichissement illicite, en ce qu'elle n'exige pas de l'État qu'il prouve l'existence d'une activité criminelle distincte ou sous-jacente. Le fait que le patrimoine (révélé par le train de vie ou les biens d'une personne) soit disproportionné, et ne puisse pas être justifié par l'ensemble des revenus légitimes de la personne en cause, suffit à lui-même à entraîner le prononcé de la sanction pénale à son encontre et le recouvrement de la valeur de ce patrimoine disproportionné.

Par comparaison, la loi pénale de l'Argentine sur l'enrichissement illicite, qui est posée par l'article 268 du Code pénal argentin,³⁹ prévoit ce qui suit :

[Traduction non officielle]

Article 268(2) - l'enrichissement illégitime des fonctionnaires et des salariés

Toute personne qui, après avoir été dûment sollicitée, ne justifie pas de l'origine de l'enrichissement appréciable de son propre patrimoine, ou de celui d'un tiers qui cherche à le dissimuler, survenu après avoir commencé à occuper un poste ou emploi public et pendant une période maximale de deux (2) ans courant après l'abandon de ses fonctions, doit être punie par une peine d'emprisonnement de deux (2) à six (6) ans, d'une amende de deux (2) à cinq (5) fois la valeur de l'enrichissement, et d'une interdiction d'exercer absolue et à vie.

En dépit de sa forme très différente (et d'un certain nombre de conditions supplémentaires), cette loi comprend également les deux mêmes caractéristiques-clés d'une loi sur l'enrichissement illicite. Plus spécifiquement, des sanctions judiciaires (une peine d'emprisonnement et une amende) peuvent être prononcées à l'encontre d'une personne qui s'est illicitement enrichie ou d'une personne qui n'est pas en mesure de justifier de l'« origine » légitime du patrimoine (ou des « biens ») dont elle est entrée en possession. En outre, des sanctions pénales peuvent être exécutées sans que la présentation d'une preuve quelconque sur une activité criminelle distincte ou sous-jacente ne s'impose.

À titre de dernier exemple, la loi de droit civil sur l'enrichissement illicite d'Australie-Occidentale choisit à nouveau une approche différente, en ayant recours à une disposition relative à l'enrichissement illicite dont le contenu prévoit une ordonnance civile. La loi d'Australie-Occidentale (qui qualifie l'enrichissement illicite de contrôle d'une « richesse inexplicquée ») figure

³⁹ [Traduction non officielle] Code pénal de l'Argentine, loi n° 11.179 (texte consolidé de la version actualisée de 1984), article 268(2) (*Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado), Artículo 268(2)*) (Texte original : « Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. »).

dans la loi sur la confiscation des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Confiscation Act*),⁴⁰ dont certains passages contiennent ce qui suit :

11. Demande de prononcé de déclarations de richesse inexpliquée

(1) Le PG [Procureur général] ou la CCC [la Commission sur le Crime et la Corruption (Corruption and Crime Commission)] peut demander à un tribunal de prononcer une déclaration de richesse inexpliquée à l'encontre d'une personne.

...

12. Prononcé de déclarations de richesse inexpliquée

(1) Lors de l'audition d'une demande relevant de la section 11(1), le tribunal doit déclarer que le défendeur dispose d'une richesse inexpliquée s'il est plus probable qu'improbable que la valeur totale de sa richesse est supérieure à celle de la richesse qu'il a acquise légitimement.

(2) Il est présumé qu'un bien, service, avantage ou bénéfice constituant une composante de la richesse du défendeur n'a pas été légitimement acquis, sauf si le défendeur démontre le contraire.

(3) Sans limiter les éléments dont le tribunal peut tenir compte, et afin de déterminer le point de savoir si le défendeur dispose d'une richesse inexpliquée, le tribunal peut tenir compte du montant des revenus et dépenses du défendeur à un moment quelconque ou à tout moment.

...

13. Évaluation de la valeur de la richesse inexpliquée

(1) La valeur de la richesse inexpliquée du défendeur est le montant égal à la différence entre :

- (a) la valeur totale de la richesse du défendeur ; et
- (b) la valeur de la richesse légitimement acquise du défendeur.

...

14. Effet de la déclaration de richesse inexpliquée

Lorsque le tribunal prononce une déclaration de richesse inexpliquée, le défendeur est tenu de verser à l'État un montant égal au montant présenté, par cette déclaration, comme la valeur calculée de la richesse inexpliquée du défendeur.

Bien que cette partie spécifique de la législation se distingue clairement des deux exemples précédents, elle contient tout de même et clairement les deux caractéristiques-clés d'une loi

40 [Traduction non officielle] Loi de 2000 sur la confiscation des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Confiscation Act 2000*) (Australie - Australie-Occidentale).

sur l'enrichissement illicite. Elle présente notamment une sanction judiciaire (c'est-à-dire une ordonnance civile intitulée « déclaration de richesse inexpliquée ») pouvant être infligée et exécutée à l'encontre d'une personne qui s'est enrichie illicitement ou, plus spécifiquement, qui a acquis une richesse qui n'est pas justifiée par rapport à ses revenus légitimes (ou à sa richesse « acquise légitimement »).

Par ailleurs, cette disposition n'exige pas de preuve d'une activité criminelle distincte ou sous-jacente. Au lieu de cela, si la personne en cause n'est pas en mesure de démontrer les sources légitimes et adéquates justifiant l'acquisition d'une richesse d'un certain montant, le tribunal estimera alors que cette richesse a des origines illicites et une sanction judiciaire sera infligée.

1.4 Catégories de lois sur l'enrichissement illicite

Afin de donner des éclaircissements supplémentaires dans le cadre de la définition des lois sur l'enrichissement illicite et du débat dont elles font l'objet, il est possible de soumettre ces lois à un classement supplémentaire dans certaines catégories choisies en fonction du point de savoir si elles s'appuient sur des procédures pénales ou civiles.

Par ailleurs, certaines lois (basées à la fois sur le droit pénal et le droit civil) ont un fonctionnement quasi identique à celui des lois sur l'enrichissement illicite, mais doivent faire l'objet d'une qualification car elles contiennent un modeste niveau de preuve supplémentaire par rapport au soupçon d'activité criminelle.

1.4.1 Lois pénales et de droit civil sur l'enrichissement illicite

Les lois sur l'enrichissement illicite créant une infraction pénale, appliquées en vertu de procédures pénales, et prévoyant le prononcé de sanctions pénales, ont été classées par cette publication dans la catégorie des lois pénales sur l'enrichissement illicite. Par exemple, les lois d'Argentine et de Hong Kong déjà mentionnées sont toutes deux des exemples de lois pénales sur l'enrichissement illicite.

Les lois sur l'enrichissement illicite créant un encadrement judiciaire civil, étant appliquées conformément à des procédures civiles, et pouvant entraîner le prononcé d'une ordonnance d'indemnisation à l'encontre d'une personne ont été classées par cette publication dans la catégorie des lois de droit civil sur l'enrichissement illicite. La loi d'Australie-Occidentale mentionnée ci-dessus est un exemple de cette catégorie de loi sur l'enrichissement illicite.

La distinction établie entre les lois basées sur le droit pénal et celles qui s'appuient sur le droit civil est importante, car différentes questions soulevées dans l'application d'une catégorie peuvent ne pas exister dans l'application de l'autre catégorie, comme l'effet que ces lois peuvent avoir sur des droits communs reconnus par la loi, notamment la présomption d'innocence.

Lois pénales sur l'enrichissement illicite

Lois de droit civil sur l'enrichissement illicite

POINTS COMMUNS

Une personne peut être ciblée si elle dispose d'un patrimoine qui n'est pas justifié par rapport à ses revenus légitimes	Une personne peut être ciblée si elle dispose d'un patrimoine qui n'est pas justifié par rapport à ses revenus légitimes
La preuve d'une activité criminelle distincte ou sous-jacente n'est pas nécessaire	La preuve d'une activité criminelle distincte ou sous-jacente n'est pas nécessaire

DIFFÉRENCES

L'engagement de poursuites pénales basées sur des règles de procédure pénale est prévu	La tenue d'une audience de requête basée sur des règles de procédure civile est prévue
Le niveau de preuve prévu en matière pénale est applicable (c'est-à-dire, au-delà de tout doute raisonnable)	Le niveau de preuve prévu en matière civile est applicable (c'est-à-dire, selon la prépondérance des probabilités)
La conséquence peut être le prononcé d'une sanction pénale (une peine d'emprisonnement et/ou une amende et/ou une confiscation)	L'unique conséquence peut être le prononcé d'une ordonnance civile d'indemnisation (exigeant d'une personne qu'elle restitue ou rembourse le montant de l'enrichissement illicite)

En dépit de ces différences-clés, cette publication place à la fois les lois pénales et de droit civil en matière d'enrichissement illicite dans la même grande catégorie de lois, car les tribunaux statuant sur ces types de lois doivent reconnaître les mêmes éléments factuels fondamentaux pour pouvoir infliger une sanction, à savoir :

1. le fait qu'une personne ait disposé d'un patrimoine ; et
2. le fait que ce patrimoine soit d'un montant n'ayant pas été justifié par rapport à ses revenus légitimes.

En outre, ni les lois pénales ni les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite n'exigent de preuves sur une activité criminelle distincte ou sous-jacente. Par conséquent et en pratique, l'approche retenue pour mener une enquête et établir le bien-fondé de ces deux catégories de lois est fondamentalement la même.

1.4.2 Lois particulières sur l'enrichissement illicite : l'exigence supplémentaire de la preuve d'un « soupçon raisonnable » ou d'une « croyance raisonnable »

Il est important de faire remarquer qu'un certain nombre de juridictions disposent d'instruments législatifs basés sur le droit civil ou le droit pénal, et dont le fonctionnement est quasi identique à celui des lois sur l'enrichissement illicite, sauf qu'elles s'écartent légèrement des exigences énumérées ci-dessus ; en effet, elles exigent d'un État qu'il présente à un tribunal une preuve du « soupçon raisonnable » ou de la « croyance raisonnable » selon laquelle une forme quelconque d'activité criminelle distincte ou sous-jacente aurait été perpétrée. Dans cette publication, ces lois sont appelées les **lois particulières sur l'enrichissement illicite**, et peuvent s'appuyer sur un fondement civil ou pénal tout comme les lois de droit commun sur l'enrichissement illicite.

Par exemple, la loi sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*)⁴¹ du Kenya habilite un tribunal à rendre une ordonnance civile de saisie à l'encontre d'une personne s'il est estimé qu'elle est en possession d'« avoirs d'origine inexplicquée », ou alors d'avoirs « disproportionnés » par rapport aux « sources connues de revenus » de cette personne et pour lesquels elle n'a pas d'explication.⁴² Cependant, cette disposition prévoit également que pour attribuer une « origine inexplicquée » à ces avoirs, la personne concernée doit les avoir acquis « à un moment ou pendant une période » où elle était « raisonnablement soupçonnée d'avoir commis un acte de corruption ou une infraction économique ».⁴³

De la même manière, dans la juridiction australienne du Queensland, la Cour suprême peut se baser sur la loi sur la confiscation des produits criminels (*Criminal Proceeds Confiscation Act*)⁴⁴ pour rendre une ordonnance civile ciblant une richesse inexplicquée, qui est calculée, en vertu de cette loi, comme le montant de la richesse d'une personne dépassant sa richesse acquise légitimement.⁴⁵ Cependant, une telle ordonnance ne peut être prononcée que si la cour « estime qu'il existe un soupçon raisonnable indiquant que[...] la personne a commis un ou plusieurs actes en lien avec une infraction grave » ou « a acquis, sans remettre de contrepartie suffisante, un bien découlant d'une infraction grave perpétrée par autrui, indépendamment du point de savoir si cette personne savait ou soupçonnait que ce bien provenait d'une activité criminelle ».⁴⁶

41 [Traduction non officielle] Loi de 2003 sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2003*) (Kenya).

42 Ibid., sections 2 et 55.

43 Ibid., section 2.

44 [Traduction non officielle] Loi de 2002 sur la confiscation des produits criminels (telle qu'amendée par la loi d'amendement de 2013 sur la confiscation des produits criminels (Ordonnance de confiscation ciblant la richesse inexplicquée et les auteurs d'infractions contrevenant gravement à la législation en matière de stupéfiants)) (*Criminal Proceeds Confiscation Act 2002 (as amended by the Criminal Proceeds Confiscation (Unexplained Wealth and Serious Drug Offender Confiscation Order) Amendment Act 2013)*) (Australie - Queensland).

45 Ibid., section 89L.

46 Ibid., section 89G.

De toute évidence, bien que la définition d'un « soupçon raisonnable » ou d'une « croyance raisonnable » dépende de la juridiction en cause, les seuils d'admissibilité prévus par les lois particulières sur l'enrichissement illicite, qui exigent la preuve du soupçon ou de la croyance raisonnable relative à une criminalité sous-jacente, sont vraisemblablement moins élevés que ceux qui sont posés par d'autres lois, comme les lois sur la confiscation ACP, qui obligent un État à prouver, en respectant le niveau d'admissibilité prévu en matière civile (c'est-à-dire, selon la prépondérance des probabilités), qu'une criminalité sous-jacente quelconque a été perpétrée ou, plus spécifiquement, que des avoirs constituent les produits d'un crime ou ont été utilisés dans la perpétration d'une infraction. Par exemple, bien que la jurisprudence australienne à portée générale semble indiquer qu'un soupçon raisonnable n'est « pas arbitraire », et que « certains éléments du socle factuel du soupçon doivent être démontrés » pour la justifier, elle décrit également un soupçon raisonnable comme ayant « un poids inférieur à celui d'une croyance raisonnable, mais supérieur à celui d'une possibilité »⁴⁷ et semble indiquer que l'exigence quant à la preuve d'un soupçon ne vient pas nécessairement suggérer qu'elle doit être convenablement fondée ou que tous les motifs du soupçon doivent être factuellement exacts.⁴⁸ Par ailleurs, en Australie, l'établissement d'un tel soupçon peut prendre appui sur le oui-dire ou d'autres éléments qui peuvent normalement être irrecevables comme preuve.⁴⁹

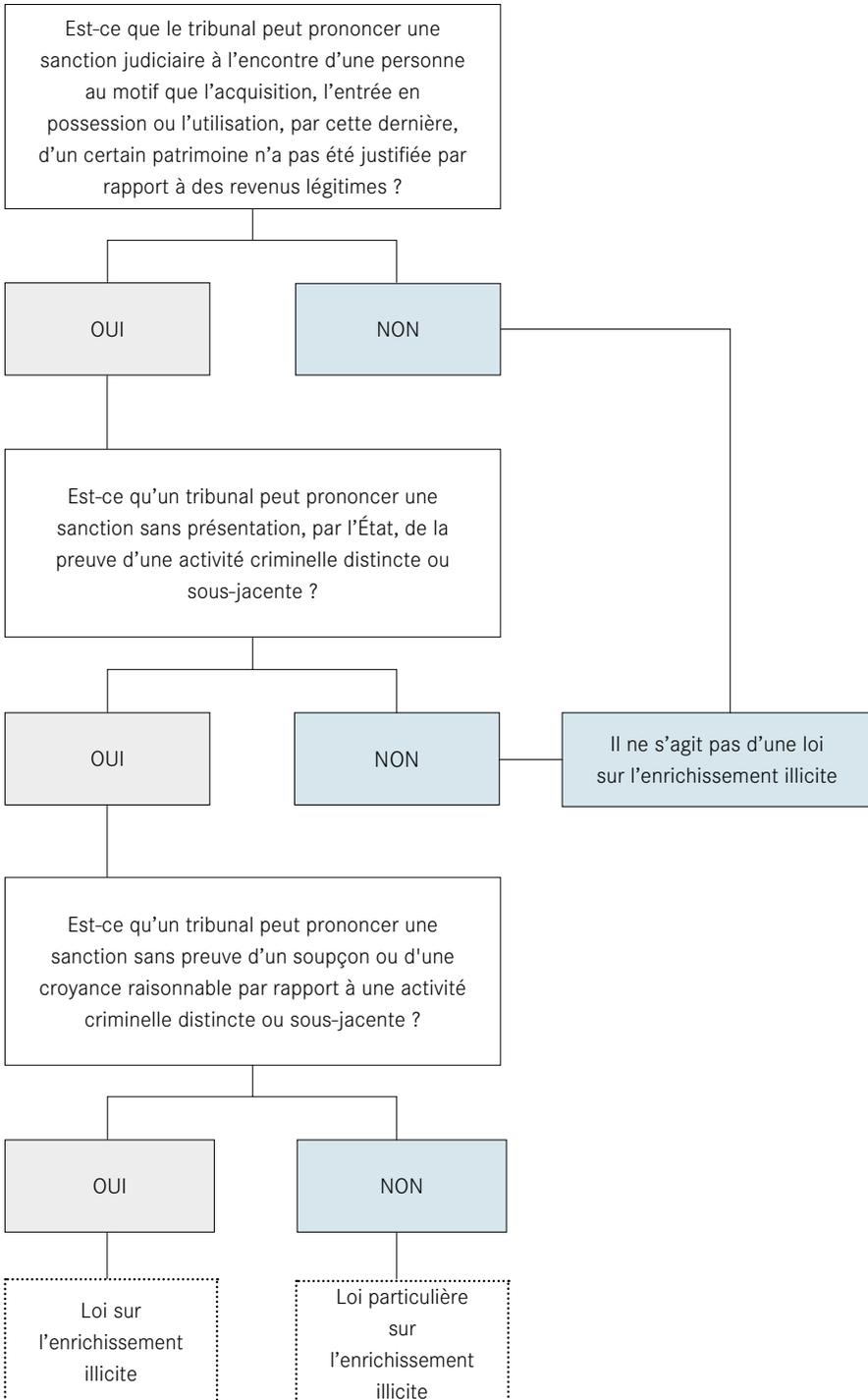
Dans la mesure où les seuils d'admissibilité d'un « soupçon raisonnable » ou d'une « croyance raisonnable » sont donc sensiblement inférieurs à l'exigence d'une preuve d'une criminalité distincte ou sous-jacente atteignant un niveau de preuve prévu en matière civile ou pénale, les lois particulières sur l'enrichissement illicite peuvent être distinguées des autres mécanismes de recouvrement des avoirs, comme les lois sur la confiscation ACP et les lois sur la confiscation élargie. En conséquence, l'analyse faite par cette publication au sujet de l'application des lois sur l'enrichissement illicite englobe également, et le cas échéant, l'interprétation judiciaire des lois particulières sur l'enrichissement illicite.

47 *Arrêt R v Rondo [2001] NSWCCA 540*, point [53], du juge Smart (version intégrale de la citation : « (a) Un soupçon raisonnable a un poids inférieur à celui d'une croyance raisonnable, mais supérieur à celui d'une possibilité. Il doit exister un élément qui susciterait, dans l'esprit d'une personne raisonnable, un sentiment d'appréhension ou de méfiance par rapport aux circonstances couvertes par la section 357E [de la loi de 1900 sur les crimes (*Crimes Act 1900*)]. Une raison de suspecter l'existence d'un fait a davantage de poids qu'une raison d'examiner son existence ou d'en envisager la possibilité. (b) Le soupçon raisonnable n'est pas arbitraire. Certains éléments du socle factuel du soupçon doivent être démontrés. Un soupçon peut prendre appui sur le oui-dire ou d'autres éléments qui peuvent être irrecevables comme preuve. Ces éléments doivent avoir une force probante. (c) Les facteurs importants sont les informations dont dispose l'agent de police au moment où il stoppe une personne ou un véhicule ou procède à l'arrestation. Une fois ces informations vérifiées, il se pose la question de savoir si ces informations constituaient une base raisonnable par rapport au soupçon de l'agent de police. Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de la source de l'information et de son contenu, tels qu'envisagés à la lumière de toutes les circonstances s'y rapportant. »). La thèse selon laquelle un soupçon raisonnable doit s'appuyer sur un « socle factuel » a été à nouveau confirmée, plus récemment, par la Haute Cour australienne, dans les arrêts *Lordianto v Commissioner of the Australian Federal Police*, et *Kalimuthu v Commissioner of the Australian Federal Police [2019] HCA 39*. Cette question est également abordée par les arrêts *R v Chan (1992) 28 NSWLR 421* et *George v Rockett (1990) 170 CLR 104*, encore qu'il est important de faire remarquer que ces affaires étaient sans lien avec les lois revêtant un intérêt et ayant été promulguées, en Australie, en matière d'enrichissement illicite, et qu'une forme d'incertitude continue de peser sur le point de savoir si la même définition serait également appliquée dans le contexte posé par ces lois.

48 *Arrêt Tucs v Manly (1985) 62 ALR 460*.

49 *Arrêt R v Rondo [2001] NSWCCA 540* point [53].

Loi sur l'enrichissement illicite ou loi particulière sur l'enrichissement illicite ?



1.5 Différences entre les lois sur l'enrichissement illicite et les autres lois similaires axées sur le recouvrement des avoirs

Les caractéristiques spécifiques des lois sur l'enrichissement illicite les distinguent des autres lois axées sur le recouvrement des avoirs, comme les lois sur la confiscation ACP et les lois sur la confiscation élargie. Ces différences sont expliquées ci-dessous.

1.5.1 Différences entre les lois sur l'enrichissement illicite et la législation plus vaste sur la confiscation ACP

La confiscation traditionnelle en l'absence de condamnation pénale (ACP) (également connue sous le nom de saisie ou recouvrement civil ACP) est un outil de recouvrement des avoirs qui peut être utilisé pour cibler les avoirs constituant les produits ou instruments du crime. La confiscation ACP est une procédure judiciaire ciblant les avoirs en tant que tels, et non pas une personne physique. En règle générale, elle exige d'un État qu'il prouve, selon la prépondérance des probabilités, que les avoirs sont des produits du crime ou qu'ils ont été utilisés dans la perpétration d'une infraction. Comme l'indique son intitulé, la confiscation ACP ne dépend pas de l'existence d'une condamnation pénale. Par conséquent, elle peut être utilisée lorsque le propriétaire d'avoirs n'est plus en mesure d'être traduit en justice, ou lorsque les preuves disponibles sont d'une fiabilité permettant uniquement d'établir, à hauteur du niveau de preuve prévu en matière civile, qu'une certaine infraction a été perpétrée ou que certains produits ont un lien avec une activité criminelle.

Les dispositions sur l'enrichissement illicite sont moins strictes que les dispositions en matière de confiscation ACP. Elles n'obligent pas l'État à prouver que certains avoirs proviennent d'une activité criminelle ou qu'ils ont été utilisés dans sa conduite. À l'opposé, les sanctions prévues par une procédure pour enrichissement illicite ne peuvent être prononcées que si une personne a disposé d'un patrimoine dont le niveau n'est pas justifié par rapport à des sources légales de revenus.

En outre, bien que la confiscation ACP cible généralement des avoirs réels, la législation sur l'enrichissement illicite est souvent plus vaste, et peut également tenir compte de toute chose de valeur pécuniaire ayant contribué au mode de vie d'une personne, en s'appuyant sur les montants qu'elle a dépensés ou les services qui lui ont été fournis. Ainsi, contrairement à nombre de lois sur la confiscation ACP, la législation en matière d'enrichissement illicite peut souvent être utilisée pour cibler des éléments intangibles qui contribuent au train de vie d'une personne, comme la réduction d'un endettement.

1.5.2 Différences entre la législation sur l'enrichissement illicite et la législation sur la confiscation élargie

Les mécanismes de confiscation élargie sont des mécanismes de recouvrement des avoirs qui peuvent être utilisés, après le prononcé d'une condamnation, pour cibler potentiellement les avoirs contrôlés par une personne reconnue coupable. Après la condamnation d'une personne à un type particulier d'infraction (comme un blanchiment de capitaux ou une infraction en lien avec le crime organisé), les mécanismes de confiscation élargie permettent aux tribunaux de présumer que tous les avoirs que la personne condamnée a contrôlés, au cours d'une certaine période, ont eu pour origine une activité criminelle, sauf si le contraire est démontré.⁵⁰ Comme pour les mesures relatives à l'enrichissement illicite, cette présomption est utilisée sans que la preuve de l'activité criminelle ayant dégagé ces avoirs ne soit nécessaire.⁵¹ Cependant, et contrairement à l'encadrement de l'enrichissement illicite, la prise de mesures de confiscation élargie ne peut intervenir qu'après le moment où l'État prouve que la personne concernée a commis une infraction pénale. L'utilisation de cette présomption ne peut pas simplement avoir pour point de départ l'établissement d'une disproportionnalité entre les avoirs d'une personne et ses revenus légitimes.

1.5.3 Différences entre les lois sur l'enrichissement illicite et la notion d'« enrichissement injustifié » dans le cadre d'une action civile en répétition

Dans certaines juridictions, l'expression « enrichissement illicite » est utilisée de manière interchangeable avec l'expression « enrichissement injustifié ». Cependant, il convient de noter que l'« enrichissement injustifié » est également l'intitulé donné à une action civile en répétition fondée sur le droit civil, lorsqu'une personne veut obtenir le versement en sa faveur des profits qu'une autre partie a indûment dégagés à ses dépens.⁵² Ces types d'actions sont souvent engagés lorsqu'une partie a vraisemblablement versé, par erreur, une somme d'argent à une autre partie. Les actions civiles pour « enrichissement injustifié » auxquelles ce sens est attribué n'ont pas de lien avec le sujet de cette publication.

50 Par exemple, voir la loi de 2002 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 2002*) (Royaume-Uni), sections 6, 10, et 75.

51 Par exemple, voir la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, article 5.

52 LexisNexis, *Restitution for unjust enrichment – elements of the claim*, LexisNexis - voir le lien <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/restitution-for-unjust-enrichment-elements-of-the-claim> tel qu'accédé le 26 mars 2021.

Caractéristiques séparant les lois sur l'enrichissement illicite et les autres lois sur la confiscation des produits du crime				
	Sanctions uniquement infligées lorsqu'une personne a disposé d'un patrimoine dont le niveau n'est pas justifié par rapport à des revenus légitimes	Exigence d'une preuve du soupçon ou de la croyance raisonnable qu'une activité criminelle a eu lieu ou que les avoirs ont une origine criminelle	Exigence d'une preuve conforme à un niveau de preuve prévu en matière civile et démontrant qu'une activité criminelle a bel et bien eu lieu ou que les avoirs ont une origine criminelle	Exigence quant à une condamnation pénale
Lois sur l'enrichissement illicite	✓	×	×	×
Lois particulières sur l'enrichissement illicite	×	✓	×	×
Confiscation en l'absence de condamnation pénale	×	→	✓	×
Confiscation élargie	×	→	→	✓

Partie II

Différentes techniques rédactionnelles des lois sur l'enrichissement illicite

Présentation générale et comparative des
législations sur l'enrichissement illicite

Partie II - Résumé

La formulation et le format adoptés dans le monde entier pour les lois en matière d'enrichissement illicite sont d'une grande diversité. Cette Partie de la publication est une étude approfondie des diverses approches retenues par les organes législatifs de différentes juridictions pour traiter de l'enrichissement illicite. Dans l'accomplissement de cette tâche, cette Partie :

- fournit une liste de pays où des lois en matière d'enrichissement illicite ont été votées, ainsi qu'une présentation générale sur ces types de lois ;
- explique les points-clés à l'égard desquels les législateurs ont retenu des approches différentes et incluant :
 - la nature juridique de la loi (que la nature de cette loi soit civile ou pénale) ;
 - le champ d'application de la loi (les personnes ciblées par la loi, les types de richesse considérés ou le point de savoir s'il existe des seuils de valeur à atteindre ou si des prescriptions sont observées) ;
 - les charges de la preuve (la question de savoir si la loi a désigné la partie devant apporter la preuve de certains éléments) ;
 - l'attribution de pouvoirs permettant de rendre la divulgation d'informations obligatoire ; et
 - les sanctions.
- dresse les grandes lignes des types de garanties introduits par les pays dotés de lois en matière d'enrichissement illicite, afin de veiller à ce que ces lois soient appliquées avec justesse et réexaminées régulièrement ;
- présente les « modèles » de loi sur l'enrichissement illicite les plus couramment adoptés dans le monde ;
- décrit les lois en vigueur dans le monde qui ont des caractéristiques similaires aux lois sur l'enrichissement illicite, et qui incluent la législation votée au Royaume-Uni, en Irlande, en Suisse et en France.

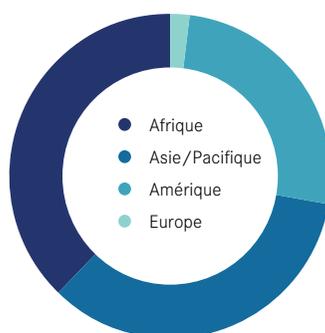
Il convient de lire cette Partie parallèlement à l'Annexe 1, qui présente, dans un tableau exhaustif, le texte de toutes les lois sur l'enrichissement illicite citées par cette publication. L'Annexe 1 contient également le texte de lois similaires aux lois sur l'enrichissement illicite mentionnées par cette Partie.

2.1 Présentation générale des lois sur l'enrichissement illicite

Au total, cette publication a recensé 98 lois qu'elle considère comme des lois sur l'enrichissement illicite ou des lois particulières sur l'enrichissement illicite, au sens des définitions posées par la Partie I.

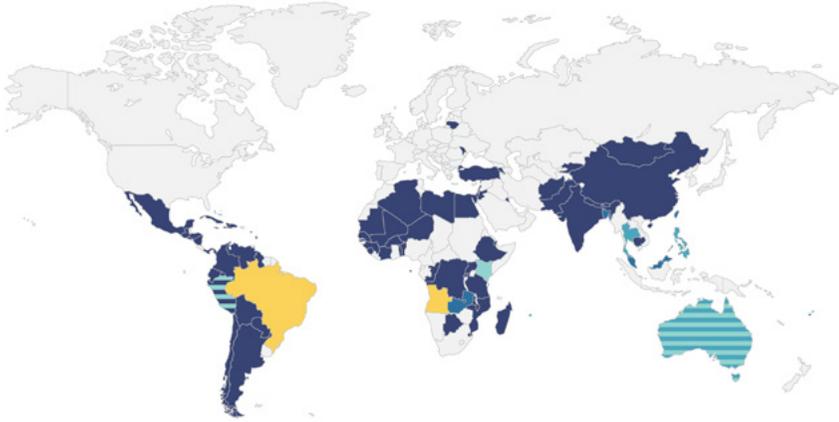
Ces lois sont en vigueur dans le monde entier : 36 ont été adoptées dans des juridictions de la région Asie-Pacifique, 35 dans des juridictions africaines, 25 dans des juridictions du continent américain, tandis que 2 l'ont été dans des juridictions européennes.

Lois par région



Ces lois existent également dans les systèmes de droit civil et de la *common law* : 47 ont été votées dans des juridictions dotées de systèmes juridiques principalement axés sur le droit civil, 35 viennent de juridictions dont les systèmes juridiques sont principalement basés sur la *common law*, et 16 ont pour origine des juridictions assorties de systèmes juridiques mixtes.

La grande majorité de ces lois s'appuie sur le droit pénal, dans la mesure où 78 d'entre elles sont considérées comme des lois pénales ou des lois pénales particulières sur l'enrichissement illicite, et où 18 d'entre elles sont considérées comme des lois de droit civil ou des lois particulières de droit civil sur l'enrichissement illicite. Deux lois supplémentaires sont considérées comme des lois administratives.



- Lois pénales sur l'EI
- Lois pénales particulières sur l'EI
- Lois administratives sur l'EI
- Lois de droit civil sur l'EI
- Lois de droit civil particulières sur l'EI

Lois pénales sur l'EI

Afghanistan	Congo (République du)	Jordanie	Pakistan
Algérie	Côte d'Ivoire	Koweït	Palestine
Antigua-et-Barbuda	Cuba	République kirghize	Panama
Argentine	Djibouti	Liban	Paraguay
Arménie	République dominicaine	Libye	Pérou
Bénin	Équateur	Lituanie	Rwanda
Bhoutan	Égypte	Madagascar	Sainte-Lucie
Bolivie	Salvador	Malawi	Sao Tomé-et-Principe
Botswana	Eswatini	Mali	Sénégal
Brunei Darussalam	Éthiopie	Îles Marshall	Seychelles
Burkina Faso	Fiji	Mauritanie	Sierra Leone
Cambodge	Guatemala	Mexique	Soudan
Chili	Guinée	Moldavie	Tanzanie
Chine	Guyana	Mongolie	Togo
Chine - Hong Kong	Haïti	Mozambique	Tunisie
Chine - Macao	Honduras	Népal	Turquie
Colombie	Inde	Nicaragua	Ouganda
Congo (RDC)	Jamaïque	Niger	Venezuela

Lois pénales particulières sur l'EI		Lois administratives sur l'EI	
Bangladesh	Malaisie	Angola	Brésil
Chine - Taïwan	Singapour		
Lesotho	Zambie		

Lois particulières sur l'EI		Lois de droit civil sur l'EI	
AUS - Territoire de la capitale australienne		AUS - Juridiction fédérale	Fidji
AUS - Nouvelle-Galles du Sud		AUS - Territoire du Nord	Maurice
AUS - Queensland	Kenya	AUS - Australie-Méridionale	Philippines
AUS - Victoria	Pérou	AUS - Tasmanie	Tanzanie - Zanzibar
Bahamas	Trinité-et-Tobago	AUS - Australie-Occidentale	Thaïlande

2.2 Principales caractéristiques distinctives des lois sur l'enrichissement illicite

En dépit du fait que des articles sur l'enrichissement illicite figurent dans trois traités internationaux, les lois en vigueur dans le monde entier en matière d'enrichissement illicite n'ont assurément aucun modèle prédéfini. Les sections figurant ci-après s'efforcent ainsi de présenter les grandes lignes des points-clés à l'égard desquels les législateurs qui se sont attelés, dans le monde entier, à la rédaction des lois sur l'enrichissement illicite, ont adopté des approches divergentes adaptées aux priorités et exigences leur étant propres.

2.2.1 Nature juridique

La nature d'une loi sur l'enrichissement illicite est-elle pénale ou civile ?

Dans une certaine mesure, cette caractéristique particulière a déjà été expliquée par la Partie I, mais il demeure important de la souligner une nouvelle fois, car elle constitue un facteur fondamental de distinction entre certaines lois sur l'enrichissement illicite.

Les lois sur l'enrichissement illicite prévoient une infraction pénale ou alors déroulent une procédure de prononcé d'ordonnances civiles (encore qu'il convient de noter que deux pays lusophones ont également qualifié l'enrichissement illicite d'acte d'« improbité » publique ou administrative).⁵³

La majeure partie des lois sur l'enrichissement illicite citées par cette publication prennent la forme d'une infraction pénale.

La juridiction des Fidji dispose singulièrement d'une loi pénale sur l'enrichissement illicite et, également, d'une loi distincte de droit civil sur l'enrichissement illicite, et illustre ainsi le moyen par lequel ces lois peuvent avoir deux formes différentes. La section 10 de la loi fidjienne sur la prévention des paiements frauduleux (*Prevention of Bribery Act*) crée une infraction de « Possession de biens d'origine inexplicée » en vertu de laquelle un agent rémunéré (agent public) peut être condamné à une peine d'emprisonnement maximale de dix ans, se voir infliger une amende, et être visé par une ordonnance de paiement, s'il s'avère qu'il mène un train de vie ou a le contrôle de biens sans commune mesure avec ses revenus.⁵⁴ Parallèlement à cette disposition, en vertu de la section 71F de la loi des Fidji sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act*), s'il est découvert qu'une personne quelconque (pas uniquement un agent public) mène un train de vie

53 Cette qualification n'est pas aussi grave que celle désignant une infraction pénale, mais des pénalités (des amendes, des sanctions administratives, des confiscations, etc.) seront tout de même infligées à une personne lorsqu'il s'avère qu'elle a commis un acte d'enrichissement illicite relevant de lois en vigueur en Angola (voir la *Lei da Probidade Pública 2010, Artigo 25, 31*) et au Brésil (*Lei No. 8.429, De 2 De Junho De 1992 Artigo 9, 12*) ; au Mozambique, l'article 40 de la *Lei de Probidade Pública (Lei no. 16/2012)* qualifie l'enrichissement illicite d'« improbité publique », mais ne prévoit pas de sanctions, et n'est pas donc pas considéré comme une loi sur l'enrichissement illicite par cette publication. Cependant, le Mozambique ne considère pas l'enrichissement illicite comme une infraction relevant de l'article 428 de la version du *Código Penal (Lei no. 24/2019)* venant d'être révisée.

54 Loi sur la prévention des paiements frauduleux (*Prevention of Bribery Act*) (promulgation n° 12 de 2007) (Fidji), section 10.

ou contrôle des biens sans commune mesure avec ses revenus, elle peut alors faire l'objet d'une « déclaration de richesse inexplicite » la contraignant à verser à l'État la valeur déterminée de son enrichissement illicite.⁵⁵ Une demande de prononcé d'une « déclaration de richesse inexplicite » est formée dans le respect des procédures civiles.

Il convient de noter qu'une personne soumise à la législation pénale fidjienne sur l'enrichissement illicite s'expose à des conséquences plus graves incluant une période d'incarcération, une lourde amende et une obligation de remboursement du montant de l'enrichissement illicite. Cependant, eu égard à cette situation, le niveau de preuve que l'État doit atteindre lors d'une procédure basée sur cette loi est également plus élevé, car l'État est tenu de prouver que l'enrichissement illicite a eu lieu au-delà de tout doute raisonnable. En revanche, si l'État ne peut rapporter qu'une preuve conforme à un niveau de preuve prévu en matière civile (ou si la personne visée n'a pas la qualité d'agent public), l'État peut alors demander, à l'occasion d'une procédure civile, le prononcé d'une sanction exclusivement axée sur l'aspect monétaire, à savoir une « déclaration de richesse inexplicite » sur le fondement de laquelle il peut au moins récupérer la valeur de la richesse injustifiée dont il s'est avéré que la personne en cause a eu à sa disposition.

Les différences relevées entre les caractéristiques des lois pénales et civiles fidjiennes illustrent en fait très fidèlement les différences générales existant dans le monde entier entre les lois pénales et de droit civil sur l'enrichissement illicite. Plus particulièrement, bien que les lois pénales sur l'enrichissement illicite prévoient souvent des sanctions plus sévères, le champ d'application dont elles sont souvent assorties est également plus limité. À l'opposé, les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite se bornent généralement à exiger le remboursement de la valeur prouvée de l'enrichissement illicite, mais peuvent être appliquées à un ensemble plus vaste de personnes et avec un niveau de preuve obligatoire moins élevé. Bien entendu, cette règle n'est pas universelle.

2.2.2 Champs d'application

Les lois sur l'enrichissement illicite peuvent cibler différentes catégories de personnes, prévoir des interprétations strictes ou extensives de la notion de « patrimoine », et s'accompagner de conditions spécifiques sur le niveau du patrimoine devant être atteint ou les durées devant être observées avant que la loi ne puisse être appliquée.

2.2.2.1 Champ d'application personnelle

Qui est ciblé par la loi sur l'enrichissement illicite ?

Les catégories de personnes visées par la législation constituent une autre caractéristique majeure créant une distinction entre les lois en matière d'enrichissement illicite. Bien que certaines lois

⁵⁵ Loi de 1997 sur les produits du crime (telle qu'amendée par la loi d'amendement n° 7, de 2005, relative aux produits du crime et par le décret (amendement) de 2012 sur les produits du crime (décret n° 61 de 2012)) (*Proceeds of Crime Act 1997 (as amended by the Proceeds of Crime Amendment Act No. 7 of 2005 and by the Proceeds of Crime (Amendment) Decree 2012 (Decree No. 61 of 2012))*) (Fidji), section 71F.

soient rédigées pour viser spécifiquement les agents publics, ou ceux y étant directement liés, d'autres lois peuvent être appliquées à tous les citoyens ordinaires.

Approche stricte : les lois ne sont applicables qu'aux personnes étant (ou ayant été) des agents publics

La plupart des lois mentionnées par cette publication ne visent pas les citoyens ordinaires, mais sont en revanche rédigées pour cibler les agents publics pouvant s'être illicitement enrichis par une corruption.

S'il va de soi que la définition des « agents publics »⁵⁶ varie d'une juridiction à l'autre, la plupart des lois donnent une définition relativement vaste de cette notion. Par exemple, en Tanzanie, un agent public englobe « toute personne titulaire d'une autorité législative, exécutive, judiciaire, administrative, politique, militaire, sécuritaire, liée aux forces de l'ordre ou relevant d'un gouvernement local ou encore de tout autre poste statutaire », y compris « toute personne exerçant une fonction publique ou fournissant un service public ».⁵⁷ Au Mali, la loi sur l'enrichissement illicite inclut même de manière expresse tout « agent » ou « employé » des « organismes coopératifs », des « unions » et des « organismes à caractère industriel ou commercial dont l'État ou une collectivité publique détient une fraction du capital social ».⁵⁸

Il est important de noter que, dans plusieurs juridictions, les agents publics ayant abandonné leurs fonctions peuvent toujours être placés dans la même catégorie que celle des agents publics en fonction, même s'ils sont devenus de simples citoyens. Cette analyse demeurera souvent applicable pendant un certain nombre d'années courant après l'abandon du poste en cause, et la personne concernée peut potentiellement voir sa responsabilité engagée au titre de tout enrichissement ayant lieu pendant cette période. Ainsi, au Guatemala, s'il est prouvé qu'un agent public s'est illicitement enrichi pendant les cinq premières années courant après le moment où il a quitté son poste, il est considéré qu'il a commis une infraction d'enrichissement illicite, indépendamment du fait qu'il ait eu la qualité de citoyen ordinaire pendant cette période.⁵⁹ Une situation similaire a été relevée à Sao Tomé-et-Principe, où une accusation d'enrichissement illicite

56 Ils sont également désignés à l'aide d'autres intitulés, comme « agents de l'État », « fonctionnaires » et « officiers publics ».

57 Loi de 2007 sur la prévention et la lutte contre la corruption (*Prevention and Combating of Corruption Act 2007*) (Tanzanie), section 3.

58 Loi n° 2014-015 du 27 mai 2014 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite, article 3 (texte original : « Sont assujettis à la présente loi, toute personne physique civile ou militaire, dépositaire de l'autorité publique, chargée de service public, même occasionnellement, ou investie d'un mandat électif ; tout agent ou employé de l'État, des collectivités publiques, des sociétés et entreprises d'État, des établissements publics, des organismes coopératifs, unions, associations ou fédérations desdits organismes, des associations reconnues d'utilité publique, des ordres professionnels, des organismes à caractère industriel ou commercial dont l'État ou une collectivité publique détient une fraction du capital social, et de manière générale, toute personne agissant au nom ou pour le compte de la puissance publique et/ou avec les moyens ou les ressources de celle-ci »).

59 *Código Penal, Decreto Número 17-73 (modificado por Ley Contra La Corrupción, Decreto Número 31-2012) (Guatemala), Artículo 448* (texte original : « Comete el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, quien sin ser funcionario o empleado público, administre, ejecute o maneje recursos públicos o bienes del Estado, hasta cinco años después de haber cesado en dicha función, que obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial, incremento en su nivel de gastos, o cancelación de deudas u obligaciones que no correspondan al que haya podido obtener derivado de su administración, ejecución o manejo u otros ingresos lícitos »).

peut être avancée à l'encontre d'un agent public lorsqu'il acquiert un patrimoine disproportionné au cours de la première tranche de « trois ans courant après l'abandon » de son poste.⁶⁰ Cette approche législative peut être utilisée pour englober les situations où un agent public retarde l'encaissement de paiements illicites après le moment où il quitte son poste ; il s'agit d'une manœuvre couramment utilisée par des agents corrompus pour échapper au contrôle financier plus rigoureux pouvant être effectué pendant leur emploi.

Approche extensive : lois applicables à « toute personne »

Au lieu de cibler uniquement les agents publics, un grand nombre de lois sur l'enrichissement illicite axées à la fois sur le droit pénal et le droit civil et ayant été identifiées peuvent être appliquées à une catégorie bien plus vaste de personnes. Dans la partie la plus large de cet éventail, de telles lois peuvent être appliquées à un citoyen ordinaire. Par exemple, en vertu de la loi de droit civil sur l'enrichissement illicite adoptée en Australie-Occidentale, une « ordonnance de richesse inexplicée » peut être prononcée à l'encontre d'« une personne » et, à ce jour, cette loi a été principalement utilisée pour cibler les citoyens ordinaires soupçonnés d'avoir commis des infractions en matière de stupéfiant et pris part à un crime organisé (cette approche était l'une des intentions initiales de cette loi).⁶¹ De la même manière, la loi pénale sur l'enrichissement illicite de la Lituanie peut également s'appliquer à tous les citoyens ordinaires.⁶²

D'autres juridictions, qui ne se sont pas simplement focalisées sur les agents publics, ont choisi une approche plus tempérée que celle de l'Australie-Occidentale, et l'ont accompagnée de certaines limites concernant l'application de leur législation en matière d'enrichissement illicite aux citoyens ordinaires. Par exemple, bien que la loi bolivienne sur l'enrichissement illicite comprenne des dispositions distinctes ciblant l'enrichissement illicite des agents publics, ainsi que d'« une personne physique », une accusation d'enrichissement illicite contre cette dernière contraint également le procureur à démontrer que l'enrichissement illicite a eu un « impact » sur les avoirs de l'État.⁶³

60 *Código Penal, Aprovado pela Lei 6/2012 (São Tomé and Príncipe), Artigo 455* (texte original : « O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes a cessação dessas funções, adquirir um património ou um modo de vida que seja manifestamente desproporcionais ao seu rendimento e que não resultem de outro meio de aquisição lícito, com perigo de aquele património ou modo de vida provir de vantagens obtidas pela prática de crimes cometidos no exercício de funções públicas, é punível com pena de prisão até 5 anos »).

61 Parlement d'Australie-Occidentale, assemblée législative, Hansard, 29 juin 2000.

62 Loi n° VIII-1968 (telle qu'amendée le 21 novembre 2017 par le texte n° XIII-791) (Lituanie) du 26 septembre 2000 sur l'approbation et l'entrée en vigueur du Code pénal, article 189(1).

63 *Ley De Lucha Contra La Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación De Fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz"* (Ley No 004 - 31.03.2010 (Bolivie), Artículo 28) (texte original : « La persona natural que mediante actividad privada hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos afectando el patrimonio del Estado, no logrando desvirtuar tal situación, será sancionada con la privación de libertad de tres a ocho años, multa de cien a trescientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente. Incurrirán en el mismo delito y la misma pena, los representantes o ex representantes legales de las personas jurídicas que mediante actividad privada hubieren incrementado el patrimonio de la persona jurídica, afectando el patrimonio del Estado y que no pueda demostrar que provienen de una actividad lícita; adicionalmente, la persona jurídica restituirá al Estado los bienes que le hubiesen sido afectados además de los obtenidos como producto del delito y será sancionada con una multa del 25% de su patrimonio »).

Dans certaines lois sur l'enrichissement illicite, le champ d'application personnel de la loi en tant que telle est un peu plus ambigu. Par exemple, bien que les lois de l'Ouganda,⁶⁴ du Pakistan⁶⁵ et du Rwanda⁶⁶ puissent être appliquées à « toute personne », les dispositions en tant que telles sont spécifiquement énoncées par des textes de loi sur la lutte contre la corruption, et non pas par des Codes pénaux ou des textes de loi sur les produits du crime à portée plus générale. Cette approche soulève la question de savoir si ces dispositions pourraient être appliquées en dehors du cadre de la lutte contre la corruption.

Option supplémentaire n° 1 : les lois pénales sur l'enrichissement illicite applicables aux « personnes morales »

Certaines lois pénales en matière d'enrichissement illicite sont également et expressément applicables à des entités juridiques. Plus particulièrement, en vertu du Code pénal lituanien, une entité juridique peut également être déclarée responsable d'une infraction d'« enrichissement injustifié »,⁶⁷ tandis qu'au Madagascar des entités juridiques peuvent être contraintes de mettre un terme à leurs opérations commerciales pendant une période maximale de vingt ans, s'il s'avère qu'elles ont reçu, en connaissance de cause, un patrimoine fourni par une personne qui s'est illicitement enrichie.⁶⁸ En outre, au Sénégal, la loi sur l'enrichissement illicite peut également s'appliquer à une entité juridique régie par le droit privé si elle a bénéficié de l'« assistance financière des autorités publiques ».⁶⁹

Option supplémentaire n° 2 : les lois pénales sur l'enrichissement illicite également applicable aux complices

En plus du fait qu'elles ciblent l'agent public, la personne ou l'entité dont l'enrichissement a été illicite, des lois sur l'enrichissement illicite jettent un filet encore plus large et incluent également des dispositions visant expressément les personnes ou entités ayant été les complices de l'enrichissement illicite d'autrui.

Par exemple, l'infraction d'enrichissement illicite existant en Mauritanie peut s'appliquer non seulement à la personne qui s'est enrichie, mais également et dans une mesure similaire à la personne qui a « sciemment contribué par quelque moyen que ce soit à occulter l'origine illicite des biens », en prévoyant pour la personne ayant apporté son concours une sanction similaire

64 Loi de lutte contre la corruption de 2009 (*Anti Corruption Act 2009*) (Ouganda), section 31.

65 Ordonnance nationale sur la responsabilité (*National Accountability Ordinance*) (XVIII de 1999) (Pakistan), section 3.

66 Loi n° 54/2018 du 13.08.2018 sur la lutte contre la corruption (*Law No. 54/2018 of 13.08.2018 on Fighting Against Corruption*) (Rwanda), article 9.

67 Loi n° VIII-1968 (telle qu'amendée le 21 novembre 2017 par le texte n° XIII-791) (Lituanie) du 26 septembre 2000 sur l'approbation et l'entrée en vigueur du Code pénal, article 189(1).

68 Code pénal malgache (modifié par la loi n° 2016-020 du 22 août 2016 sur la lutte contre la corruption), article 183.1.

69 Code pénal, loi n° 1965-60 (Sénégal), article 163 bis.

à celle visant la personne qui s'est réellement enrichie.⁷⁰ Des dispositions expresses similaires existent également en Algérie,⁷¹ en Argentine,⁷² au Salvador,⁷³ au Mali⁷⁴ et en Tunisie.⁷⁵

En dernier lieu, il convient de noter que nombre de lois en matière d'enrichissement illicite peuvent également être utilisées pour cibler indirectement les personnes assurant la garde de biens couverts par une « fiducie » ou « au nom » de la personne réellement visée par la loi. Dans de telles situations, bien que ces parties distinctes ne puissent pas être directement sanctionnées par une loi spécifique sur l'enrichissement illicite (c'est-à-dire, qu'elles ne peuvent pas être poursuivies au pénal pour enrichissement illicite), elles risquent tout de même d'être indirectement touchées par les efforts visant à confisquer les recettes de la personne ciblée par la loi sur l'enrichissement illicite. Ce point fait l'objet d'une analyse plus détaillée dans les sections 2.2.2.2 et 3.3.3.1.

Remarque de l'auteur : l'évaluation des options

Chacune des options présentées ci-dessus est assortie d'avantages et de désavantages lui étant propres, et la décision par laquelle une juridiction privilégie une approche au détriment de l'autre dépend souvent du but législatif motivant l'introduction de la loi sur l'enrichissement illicite.

Dans les pays qui cherchent activement à s'attaquer spécifiquement à la corruption (ou qui souhaitent simplement honorer les obligations posées par les traités internationaux sur la lutte contre la corruption), l'approche consistant à limiter l'application d'une loi sur l'enrichissement illicite aux agents publics est suffisante. Ce choix peut être plus amplement justifié par l'argument selon lequel les agents publics devraient être soumis à des mécanismes de surveillance plus stricts, et exposés à des mesures dissuasives plus robustes, car ils exercent une responsabilité par rapport à des fonds publics.

S'agissant des pays qui cherchent à procéder au recouvrement d'avoirs criminels d'une nature plus vaste, et non pas simplement de ceux qui ont été subtilisés suite à une corruption, l'application des lois sur l'enrichissement illicite à « toute personne » représente davantage un choix logique. Par exemple, et comme la partie figurant ci-dessus le fait remarquer, l'Australie-Occidentale n'a pas limité ses lois sur la déclaration de richesse inexplicée aux agents publics, mais les a élaborées pour qu'elles soient applicables à tout un chacun, car le premier

70 Loi n° 2016.014 relative à la lutte contre la corruption (Mauritanie), article 16 (texte original : « Encourt la même peine, toute personne qui aura sciemment contribué par quelque moyen que ce soit à occulter l'origine illicite des biens visés à l'alinéa précédent »).

71 Loi n° 06 - 01 du 2 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption (Algérie), article 37.

72 *Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado), Artículo 268(2).*

73 *Código Penal de la República de El Salvador, 26.04.1997 (29.01.2020), Artículo 333.*

74 Loi n° 2014-015 du 27 mai 2014 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite (Mali), article 4.

75 Loi n° 46 du 1^{er} août 2018 relative à la déclaration de patrimoine et d'intérêts, et à la lutte contre l'enrichissement illicite et les conflits d'intérêts (Tunisie), article 45.

objectif pour lequel la législation a été initialement promulguée était de cibler les auteurs du crime organisé et des infractions en matière de stupéfiant.

À défaut, les pays peuvent évidemment décider d'adopter des lois qui encadrent à la fois les agents publics et les citoyens ordinaires différemment, en exigeant des standards de preuve différents, et se traduisant par des peines de niveaux différents. Ainsi, Fidji a voté à la fois une loi pénale sur l'enrichissement illicite pour cibler les agents publics, et une loi de droit civil sur l'enrichissement illicite qui pourrait s'appliquer à toutes les personnes.

2.2.2.2 Champ d'application du « patrimoine » relevant de la loi

Quel type de « patrimoine » la loi prend-elle en considération ?

Les lois sur l'enrichissement illicite s'attaquent au fait de disposer d'un « patrimoine » dont le montant n'est pas justifié par rapport à des revenus légitimes. Cependant, ces lois divergent considérablement par rapport aux types de « patrimoine » qui peuvent être envisagés dans l'évaluation globale du point de savoir si une personne a commis ou non un acte d'enrichissement illicite. Certaines lois adoptent une approche stricte et ne traitent que des avoirs traditionnels pouvant être « acquis » ou « contrôlés », tandis que d'autres lois choisissent une approche bien plus extensive et considéreront également tout élément payant (y compris l'ensemble des services accordés ou des dépenses générales effectuées) et contribuant au « train de vie » d'une personne.

L'approche stricte : le calcul du patrimoine qui englobe les biens, les avoirs et les ressources pécuniaires pouvant être acquis ou contrôlés

Certaines lois pénales en matière d'enrichissement illicite adoptent une approche stricte par rapport aux types d'éléments ou d'avantages pouvant être examinés pour savoir si une personne s'est enrichie illicitement. Ces lois ne tiennent compte que des avoirs, des biens ou des ressources pécuniaires existant réellement et ayant été acquis ou contrôlés par une personne.

Par exemple, au Bangladesh, il ne sera considéré, en vertu de la loi de la commission de lutte contre la corruption (*Anti-Corruption Commission Act*), qu'une personne s'est illicitement enrichie que si elle est « devenue propriétaire de biens meubles ou immeubles » ne correspondant pas à ses sources connues de revenus.⁷⁶ De la même manière, le Code pénal togolais limite également son infraction d'enrichissement illicite à l'acquisition de « biens meubles ou immeubles » non justifiés.⁷⁷

D'autres pays tiennent seulement compte de l'augmentation de « patrimoine », comme la loi jamaïcaine sur la corruption (prévention) (*Jamaican Corruption (Prevention) Act*), qui n'encadre que les situations où une personne « détient un patrimoine disproportionné par rapport à son salaire

⁷⁶ Loi de 2004 de la commission de lutte contre la corruption (*Anti-Corruption Commission Act 2004*) (Bangladesh), section 27.

⁷⁷ Loi n° 2015-10 du 24.11.2015 portant nouveau Code pénal (Togo), article 620 (modifiée par la loi n° 2016-027 du 10 octobre 2016) (texte original : « acquisition de biens mobilier ou immobilier »).

légitime », ⁷⁸ ou le Code pénal malgache, en vertu duquel une infraction d'enrichissement illicite peut être imputée à toute personne qui « ne peut pas raisonnablement justifier d'une augmentation substantielle de son patrimoine ». ⁷⁹

Dans la définition des types de patrimoine auxquels la loi est applicable, les lois axées sur le droit civil choisissent rarement une interprétation stricte, encore qu'il existe certaines exceptions (par exemple, au Kenya et, dans la juridiction de Zanzibar, en Tanzanie).

L'approche plus extensive : le calcul du patrimoine tenant compte du train de vie ou d'autres biens spécifiques

La plupart des lois sur l'enrichissement illicite (tant de droit pénal que de droit civil) ont recours à une catégorie de « patrimoine » bien plus vaste. Ces lois tiennent non seulement compte des avoirs, des biens ou des ressources pécuniaires dont une personne pourrait avoir acquis le contrôle, mais englobent également le point de savoir si une personne a profité ou non d'un autre élément susceptible d'avoir contribué à son « style de vie » ou « train de vie ».

Par exemple, bien que la loi pénale de Hong Kong sur l'enrichissement illicite cible la personne ayant « le contrôle de ressources pécuniaires ou de biens » jugés « disproportionnés par rapport à ses revenus officiels », cette loi a également dans son viseur toute personne qui a mené « un train de vie surpassant celui qui correspond aux revenus officiels qu'elle perçoit ou qu'elle a perçus ». ⁸⁰ Un phrasé identique ou similaire est également repris par les lois pénales sur l'enrichissement illicite de pays tels qu'Antigua-et-Barbuda, ⁸¹ le Bhoutan, ⁸² le Botswana, ⁸³ Brunei Darussalam, ⁸⁴

78 Loi de 2000 sur la corruption (prévention) (*Corruption (Prevention) Act 2000*) (Jamaïque), section 14.

79 Code pénal malgache (modifié par la loi n° 2016-020 du 22 août 2016 sur la lutte contre la corruption), article 183.1 (texte original : « qui ne peut raisonnablement justifier une augmentation substantielle de son patrimoine par rapport à ses revenus légitimes »).

80 Ch. 201, Ordonnance de 1971 relative à la prévention de la corruption (*Prevention of Bribery Ordinance 1971*) (Chine - Hong Kong), section 10.

81 Loi sur la prévention de la corruption (*The Prevention of Corruption Act*) (loi n° 21 de 2004) (Antigua-et-Barbuda), article 7.

82 Loi de lutte contre la corruption (*Anti-Corruption Act*) promulguée au Bhoutan en 2011, section 60.

83 Loi de 1994 contre la corruption et la criminalité économique (*Corruption and Economic Crime Act 1994*) (Botswana), section 34.

84 Loi de 1982 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 1982*) (Brunei Darussalam), section 12.

l'Eswatini,⁸⁵ l'Éthiopie,⁸⁶ les Fidji,⁸⁷ le Lesotho,⁸⁸ le Malawi,⁸⁹ les Îles Marshall,⁹⁰ le Pakistan,⁹¹ la Sierra Leone,⁹² la Tanzanie,⁹³ et l'Ouganda.⁹⁴ La loi fidjienne de droit civil sur l'enrichissement illicite utilise également ce type de formulation.⁹⁵

De la même manière, une personne peut être reconnue coupable en vertu de la législation pénale sur l'enrichissement illicite du Bénin,⁹⁶ du Burkina Faso,⁹⁷ de la Guinée,⁹⁸ du Mali,⁹⁹ du Niger,¹⁰⁰ de Sao Tomé-et-Principe,¹⁰¹ et du Sénégal¹⁰² si elle n'est pas en mesure de justifier de l'origine des fonds utilisés pour son « train de vie » ou « *modo de vida* » (« mode de vie »), tandis qu'au Népal,¹⁰³ une personne pourrait avoir commis une infraction si elle a eu « un style de vie incompatible ou inapproprié ».

Bizarrement, la plupart de ces lois ne définissent pas les éléments constituant concrètement un « train de vie » ou un « mode de vie ». La loi de Sao Tomé-et-Principe fait figure d'exception, dans la mesure où elle indique qu'un « mode de vie » désigne « l'ensemble des dépenses en biens

-
- 85 Loi de 2006 sur la prévention de la corruption (*The Prevention of Corruption Act 2006*) (Eswatini), section 34.
- 86 Proclamation n° 414/2004 du Code pénal de la république démocratique fédérale d'Éthiopie (*The Criminal Code of the Federal Democratic Republic of Ethiopia Proclamation no.414/2004*), article 419.
- 87 Loi sur la prévention des paiements frauduleux (*Prevention of Bribery Act*) (Promulgation n° 12 de 2007) (Fidji), section 10.
- 88 Loi de 1999 sur la prévention de la corruption et des infractions économiques (*Prevention of Corruption and Economic Offences Act 1999*) (telle qu'amendée par la loi (d'amendement) de 2006 sur la prévention de la corruption et des infractions économiques (*the Prevention of Corruption and Economic Offences (Amendment) Act of 2006*) (Lesotho), section 31.
- 89 Loi de 1995 sur les pratiques constitutives de corruption (*Corrupt Practices Act 1995*) (telle qu'amendée en 2004) (Malawi), section 32.
- 90 Code pénal de 2011, (Îles Marshall), section 240.8.
- 91 Ordonnance nationale sur la responsabilité (XVIII de 1999) (*National Accountability Ordinance*) (XVIII de 1999) (Pakistan), section 9.
- 92 Loi de lutte contre la corruption de 2008 (*Anti-Corruption Act 2008*) (Sierra Leone), section 27.
- 93 Loi de 2007 sur la prévention et la lutte contre la corruption (*Prevention and Combating of Corruption Act 2007*) (Tanzanie), section 27.
- 94 Loi de lutte contre la corruption de 2009 (*Anti Corruption Act 2009*) (Ouganda), section 31.
- 95 Loi de 1997 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 1997*) (telle qu'amendée par la loi d'amendement n° 7, de 2005, relative aux produits du crime (*Proceeds of Crime Amendment Act No. 7 of 2005*) et par le décret (amendement) de 2012 sur les produits du crime (décret n° 61 de 2011) (*Proceeds of Crime (Amendment) Decree 2012 (Decree No. 61 of 2012)*)) (Fidji), section 71F.
- 96 Loi n° 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en république du Bénin, article 55.
- 97 Loi n° 004-2015/CNT portant prévention et répression de la corruption au Burkina Faso, article 63.
- 98 Code pénal (Guinée), loi 59/2016, article 776.
- 99 Loi n° 2014-015/ du 27 mai 2014 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite (Mali), article 2.
- 100 Ordonnance n° 92-024 du 18 juin 1992 portant répression de l'enrichissement illicite (Niger), article 1.
- 101 *Código Penal, Aprovado pela Lei 6/2012* (Sao Tomé-et-Principe), article 455.
- 102 Code pénal, loi n° 1965-60 (Sénégal), article 163 bis.
- 103 Loi de 2059 (2002 AD) sur la prévention de la corruption (*The Prevention of Corruption Act, 2059 (2002 AD)*) (Népal), section 20.

de consommation ou des dons faits sur son propre territoire ou à l'étranger ». ¹⁰⁴ Cependant, en l'absence de définitions législatives, certaines cours de justice ont décidé d'interpréter cette phrase et d'examiner les types de biens ou d'avantages pouvant être interprétés comme contribuant au style de vie d'une personne. Par exemple, dans l'affaire *Ernest Percival Max Hunt v the Queen*, qui a été jugée à Hong Kong, ¹⁰⁵ la cour a supposé que « ...le maintien d'un train de vie implique l'acquisition de biens et l'achat de services... » et que « pendant une période donnée, un train de vie s'accompagne des commodités de la vie qui sont utilisées pendant cette période ». ¹⁰⁶ Dans l'affaire *Uganda v Geoffrey Kazinda*, ¹⁰⁷ la Haute Cour d'Ouganda s'est référée au *Cambridge International Dictionary of English* et a défini un train de vie comme « le patrimoine, le confort, les biens matériels et les éléments vitaux » d'un certain niveau et dont une personne dispose. ¹⁰⁸

Les lois qui se réfèrent à un « train de vie » ou un « mode de vie » permettent sans doute et conformément à ces définitions d'adopter une approche bien plus extensive pour évaluer le patrimoine d'une personne. En vue de l'évaluation du point de savoir si une personne pourrait avoir bénéficié ou non d'un patrimoine plus important que celui pouvant être justifié par les sources légitimes de ses revenus, ces lois tiennent non seulement compte de l'acquisition d'avoirs traditionnels, mais examinent également l'utilisation d'un bien quelconque (d'une valeur financière quantifiable).

Il faut également faire remarquer qu'un certain nombre de pays n'utilisent pas, dans leur législation pénale en matière d'enrichissement illicite, l'intitulé générique que représente « train de vie » ou « mode de vie » ; néanmoins, ils demeurent tout de même ouverts à une interprétation large lorsque le patrimoine total d'une personne est évalué. En effet, ces lois énoncent les mesures ou biens spécifiques allant au-delà de l'acquisition d'avoirs traditionnels et pouvant contribuer à la situation financière ou au style de vie d'une personne. Par exemple, outre le fait qu'elles ciblent l'acquisition de biens traditionnels, les lois pénales sur l'enrichissement illicite de Chine, ¹⁰⁹ de Cuba, ¹¹⁰ du Guatemala, ¹¹¹ et du Pérou ¹¹² précisent également que, dans la détermination du point de savoir si un enrichissement illicite a eu lieu, les « frais » ou « dépenses » d'une personne doivent

104 *Código Penal, Aprovado pela Lei 6/2012* (Sao Tomé-et-Príncipe), article 455(3) (texte original : « Para efeitos do n.º 1 entende-se por modo de vida todos os gastos com bens de consumo ou com liberalidades realizados no país ou no estrangeiro »).

105 Arrêt *Ernest Percival Max Hunt v the Queen* [1974] HKCA 111.

106 Ibid.

107 Arrêt *Uganda v Geoffrey Kazinda Session Case No. HCT-AC/CO No. 004/2016* (jugement prononcé le 28 octobre 2020).

108 Ibid.

109 Loi pénale de la république populaire de Chine (*Criminal Law of the People's Republic of China*) (telle qu'amendée en 2017), section 395.

110 *Ley no. 62, Código Penal de la República de Cuba, de 29.12.1987, Artículo 150* (texte original : « gastos »).

111 *Código Penal, Decreto Número 17-73 (modificado por Ley Contra La Corrupción, Decreto Número 31-2012) (Guatemala), Artículo 448* (texte original : « gastos »).

112 *Código Penal del Estado Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, Artículo 401* (texte original : « gasto económico personal »).

être pris en considération. La loi des Philippines¹¹³ peut également être utilisée pour s'attaquer aux « étalages ostentatoires de richesse ». Par ailleurs, les lois pénales sur l'enrichissement illicite de l'Argentine,¹¹⁴ de l'Équateur,¹¹⁵ du Guatemala,¹¹⁶ du Koweït,¹¹⁷ du Panama,¹¹⁸ et du Paraguay¹¹⁹ tiennent plus particulièrement compte des « dettes », des « obligations » ou des « responsabilités » ayant été allégées ou annulées, tandis que celles du Malawi¹²⁰ et du Paraguay¹²¹ présentent également le fait de bénéficier de services comme un moyen par lequel une personne pourrait s'être enrichie.

En règle générale, les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite sont applicables à un patrimoine faisant l'objet d'une interprétation extrêmement extensive.¹²² Ces lois donnent souvent une description détaillée des catégories d'éléments pouvant être considérés comme contribuant au « patrimoine » d'une personne, qui inclut généralement tous les « biens » qui peuvent être détenus, acquis ou cédés, ainsi que les services, avantages ou prestations qui auraient pu être accordés à une personne. Cette approche est illustrée par la loi de 2002 sur la saisie des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Forfeiture Act 2002*) adoptée par la juridiction australienne du Territoire du Nord, et qui peut être expressément appliquée à l'ensemble des biens, services, avantages et prestations dont une personne pourrait avoir joui (voir la partie ci-dessous).

113 Loi de la république n° 3019 de lutte contre les malversations et les pratiques constitutives de corruption (*Anti-Graft and Corrupt Practices Act*) (17 août 1960) (Philippines), section 8.

114 [Traduction non officielle] Code pénal de l'Argentine, loi n° 11.179 (texte consolidé de la version actualisée de 1984), article 268(2) (*Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado)*, Artículo 268(2) (texte original : « ...sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban »).

115 *Código Orgánico Integral Penal de la República de Ecuador, de 10.02.2014, Artículo 279* (texte original : « Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones »).

116 *Código Penal, Decreto Número 17-73 (modificado por Ley Contra La Corrupción, Decreto Número 31-2012) (Guatemala), Artículo 448* (texte original : « cancelación de deudas u obligaciones »).

117 Loi n° 2 sur l'institution de l'autorité de lutte contre la corruption au Koweït et les dispositions sur la divulgation des avoirs et du passif (*Law No. 2 of 2016 On Establishing Kuwait Anti-Corruption Authority and the Provisions on Disclosure of Assets and Liabilities*), article 1.

118 *Código Penal de la República De Panamá, Ley 14 de 2007 (con las modificaciones y adiciones introducidas por la Ley 26 de 2008), Artículo 351*.

119 *Ley No. 2523 Que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias (de 13.12.2004) (Paraguay), Artículo 3* (texte original : « Haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas »).

120 Loi de 1995 sur les pratiques constitutives de corruption (*Corrupt Practices Act 1995*) (telle qu'amendée en 2004) (Malawi), section 32.

121 *Ley No. 2523 Que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias (de 13.12.2004) (Paraguay), Artículo 3* (texte original : « Haya obtenido la propiedad, la posesión, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, y los de su cónyuge o conviviente »).

122 Les exceptions incluent la loi particulière de droit civil sur l'enrichissement illicite du Kenya (loi de 2003 sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2003*)), ainsi que les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite de Zanzibar, en Tanzanie (loi de Zanzibar de 2012 sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Zanzibar Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2012*)), et de Maurice (loi de 2015 sur la bonne gouvernance et l'intégrité (*Good Governance and Integrity Reporting Act 2015*)), qui ne s'appliquent qu'aux « avoirs ».

Exemple : la définition législative globale du « patrimoine » donnée par la loi de droit civil sur l'enrichissement illicite du Territoire du Nord (Australie)

Loi de 2002 sur la saisie des biens d'origine criminelle

70. Les éléments constitutifs du patrimoine d'une personne

Les biens, services, avantages et prestations constituant le patrimoine d'une personne sont les suivants :

- (a) l'ensemble des biens dont cette personne est propriétaire, que ces biens aient été acquis avant ou après l'entrée en vigueur de cette loi ;
- (b) l'ensemble des biens dont cette personne a le contrôle effectif, que cette personne ait acquis le contrôle effectif de ces biens avant ou après l'entrée en vigueur de cette loi ;
- (c) l'ensemble des biens que cette personne a donné à un moment quelconque, que ce soit avant ou après l'entrée en vigueur de cette loi ;
- (d) l'ensemble des autres biens acquis par cette personne à un moment quelconque, que ce soit avant ou après l'entrée en vigueur de cette loi, et incluant les biens de consommation et les biens durables ayant été consommés ou jetés (mais n'incluant pas l'alimentation et les vêtements nécessaires, et les autres biens raisonnablement nécessaires pour répondre aux besoins ordinaires et quotidiens de la vie) ;
- (e) l'ensemble des services, des avantages et des prestations dont cette personne a bénéficié à un moment quelconque, que ce soit avant ou après l'entrée en vigueur de cette loi ;
- (f) l'ensemble des biens, des services, des avantages et des prestations qui, à la demande ou selon les instructions de cette personne, ont été accordés à une autre personne à tout moment, que ce soit avant ou après l'entrée en vigueur de cette loi, et incluant les biens de consommation et les biens durables ayant été consommés ou jetés (mais n'incluant pas l'alimentation et les vêtements nécessaires, et les autres biens raisonnablement nécessaires pour répondre aux besoins ordinaires et quotidiens de la vie) ;
- (g) toute chose de valeur monétaire acquise par cette personne ou une autre personne, en Australie ou ailleurs, grâce à l'exploitation commerciale d'un produit, d'une diffusion, d'un programme télévisé ou d'une autre publication, lorsque la valeur commerciale du produit, de la diffusion, du programme télévisé ou de l'autre publication dépend ou découle du rôle joué par cette personne dans la perpétration de l'infraction en lien avec la saisie, que cette chose ait été ou non licitement acquise, et que la personne en cause ait été ou non accusée d'avoir commis cette infraction ou reconnue coupable de sa perpétration.

Régime applicable aux actifs de tiers et aux prestations leur étant accordées

Un certain nombre de lois pénales et de droit civil sur l'enrichissement illicite tiennent spécifiquement compte du patrimoine détenu ou reçu par une personne étroitement liée à l'accusé ou au défendeur, s'il peut être prouvé que cette personne assure la garde de ce patrimoine au nom de l'accusé ou du défendeur, ou que la contrepartie qu'elle a versée pour l'obtenir n'était pas suffisante. Cette approche veille à ce que la loi puisse tout de même être appliquée dans les situations où une personne a tenté de dissimuler le vrai propriétaire ou bénéficiaire de certains éléments d'un patrimoine.

Par exemple, les lois de plusieurs juridictions telles que le Bhoutan,¹²³ le Botswana,¹²⁴ l'Eswatini,¹²⁵ les Fidji,¹²⁶ Hong Kong (Chine),¹²⁷ le Lesotho,¹²⁸ les Îles Marshall,¹²⁹ la Tanzanie,¹³⁰ Zanzibar (Tanzanie),¹³¹ la Sierra Leone,¹³² et l'Ouganda¹³³ prennent spécifiquement pour cible les avoirs réputés détenus par une autre partie « dans une fiducie pour ou autrement » au nom de la personne soumise à une procédure pour enrichissement illicite. Les juridictions du Territoire du Nord (Australie)¹³⁴ et de la Tasmanie (Australie)¹³⁵ s'intéressent également aux biens que la personne en cause pourrait simplement avoir « donnés ».

En outre, la loi sur l'enrichissement illicite en vigueur au Mexique¹³⁶ permet à une cour de tenir compte des avoirs obtenus par un « conjoint » ou des « personnes à charge » lorsqu'elle calcule le montant total de l'enrichissement illicite ayant eu lieu (sauf si la personne poursuivie est en mesure de prouver qu'elle est entrée en possession de ces avoirs par ses propres moyens). La loi

123 Loi de lutte contre la corruption (*Anti-Corruption Act*) promulguée au Bhoutan en 2011, section 60.

124 Loi de 1994 contre la corruption et la criminalité économique (*Corruption and Economic Crime Act 1994*) (Botswana), section 34.

125 Loi de 2006 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 2006*) (Eswatini), section 34.

126 Loi sur la prévention des paiements frauduleux (*Prevention of Bribery Act*) (Promulgation n° 12 de 2007) (Fidji), section 10.

127 [Traduction non officielle] Ch. 201, Ordonnance de 1971 relative à la prévention de la corruption (*Prevention of Bribery Ordinance 1971*) (Chine - Hong Kong), section 10(2).

128 Loi de 1999 sur la prévention de la corruption et des infractions économiques (*Prevention of Corruption and Economic Offences Act 1999*) (telle qu'amendée par la Loi (d'amendement) de 2006 sur la prévention de la corruption et des infractions économiques (*the Prevention of Corruption and Economic Offences (Amendment) Act of 2006*) (Lesotho), section 31.

129 Code pénal de 2011, (Îles Marshall), section 240.8.

130 Loi de 2007 sur la prévention et la lutte contre la corruption (*Prevention and Combating of Corruption Act 2007*) (Tanzanie), section 27.

131 Loi de Zanzibar, de 2012, sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2012*) (Tanzanie - Zanzibar), section 66.

132 Loi de lutte contre la corruption de 2008 (*Anti-Corruption Act 2008*) (Sierra Leone), section 27.

133 Loi de lutte contre la corruption de 2009 (*Anti Corruption Act 2009*) (Ouganda), section 31.

134 Loi de 2002 sur la saisie des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Forfeiture Act 2002*) (Australie - Territoire du Nord), article 70.

135 Loi de 1993 sur la criminalité (confiscation des bénéfices) (*Crime (Confiscation of Profits) Act 1993*) (Australie - Tasmanie), section 138.

136 *Código Penal Federal (Mexico), Artículo 224.*

du Paraguay¹³⁷ énonce également des dispositions tenant spécifiquement compte, dans le cadre de calculs similaires, des dettes ou obligations pesant sur le conjoint ou les autres membres de la famille de la personne poursuivie, et ayant été annulées.

2.2.2.3 Seuils de valeur limitant le champ d'application

Avant que la loi ne puisse être appliquée, l'État doit-il rapporter la preuve d'un patrimoine d'une valeur minimum, d'une augmentation du patrimoine global, ou d'une augmentation disproportionnée ?

Bien que la plupart des juridictions n'imposent pas de limite de valeur dans leurs lois sur l'enrichissement illicite, nombre de législations contraignent l'État à indiquer la valeur plancher de l'un des éléments suivants :

- le patrimoine global de la personne visée ;
- l'augmentation du patrimoine global d'une personne au cours d'une certaine période ; ou
- l'augmentation du patrimoine d'une personne bien au-delà de ses revenus légitimes.

Par exemple, pour ce qui concerne la première option, la loi particulière de droit civil de Trinité-et-Tobago¹³⁸ en matière d'enrichissement illicite n'exigera uniquement le prononcé d'une « ordonnance de richesse inexplicée » qu'à l'encontre d'une personne disposant, dans une mesure qui peut être prouvée, d'un patrimoine total de plus de 500 000,00 dollars de Trinité-et-Tobago, tandis que, pour la deuxième option, la loi pénale sur l'enrichissement illicite de l'Afghanistan¹³⁹ ne vient s'appliquer que si une personne a augmenté son patrimoine de plus de 500 000,00 afghanis au cours en un an. En dernier lieu, pour ce qui concerne la troisième option, la loi pénale sur l'enrichissement illicite du Honduras¹⁴⁰ ne peut être appliquée que s'il peut être prouvé que la personne visée a augmenté ses avoirs dans une mesure dépassant ses revenus légitimes de plus de 500 000 lempiras.

Parallèlement à la formulation figurant dans l'article 20 de la CNUCC, certaines lois pénales sur l'enrichissement illicite prévoient un seuil de valeur indéterminé et précisent au contraire qu'une augmentation injustifiable du patrimoine doit être « significative » ou « substantielle » avant que

137 *Ley No. 2523 Que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento illicito en la función pública y el tráfico de influencias (de 13.12.2004) (Paraguay), Artículo 3(1)(b).*

138 *Loi de 2019 sur le régime civil de recouvrement et de gestion des avoirs et la richesse inexplicée (Trinité-et-Tobago) (Civil Asset Recovery and Management and Unexplained Wealth Act, 2019 (Trinidad and Tobago)), section 58.*

139 *Code pénal (Afghanistan), article 419(2).*

140 *Código Penal (Decreto No. 130-2017)(Honduras), Artículo 484.*

la loi ne puisse être appliquée. Par exemple, la loi de la république du Congo¹⁴¹ dispose que l'infraction d'enrichissement illicite s'appliquera à une personne « qui ne peut raisonnablement justifier l'augmentation substantielle de son patrimoine par rapport à ses revenus légitimes », tandis que la loi du Nicaragua¹⁴² prévoit que l'enrichissement illicite a lieu lorsqu'un agent public « bénéficie d'une augmentation de son patrimoine dépassant significativement ses revenus légitimes ». Des seuils similaires sont également fixés par les lois de l'Algérie,¹⁴³ de l'Argentine,¹⁴⁴ de l'Arménie,¹⁴⁵ du Chili,¹⁴⁶ de la Côte d'Ivoire,¹⁴⁷ de la république démocratique du Congo,¹⁴⁸ de Djibouti,¹⁴⁹ de Haïti,¹⁵⁰ de Madagascar,¹⁵¹ du Mali,¹⁵² et de la Moldavie.¹⁵³

2.2.2.4 Prescriptions de l'application (des lois pénales sur l'enrichissement illicite)

Existe-t-il des délais de prescription dans lesquels une loi sur l'enrichissement illicite doit être appliquée ?

Un certain nombre de lois pénales sur l'enrichissement illicite adoptent des approches opposées par rapport à l'ajout de périodes de prescription. Bien que les lois de quelques juridictions indiquent explicitement qu'aucune période de prescription ne peut être prévue dans la répression

141 Loi n° 5-2009 sur la corruption, la concussion, la fraude et les infractions assimilées (république du Congo), article 20 (texte original : « Sera reconnu coupable du crime d'enrichissement illicite et puni de la réclusion pour une durée allant de cinq ans à dix ans au plus sans possibilité de bénéficier du produit des travaux effectués, tout agent public, personne chargée d'une mission de service public, personne investie d'un mandat public électif, tout dirigeant, mandataire ou salarié d'entreprise publique ou toute autre personne qui ne peut raisonnablement justifier l'augmentation substantielle de son patrimoine par rapport à ses revenus légitimes »).

142 [Traduction non officielle] *Código Penal, Ley N.º 641, Aprobado el 13 de Noviembre de 2007 (Nicaragua), Artículo 448* (texte original : « La autoridad, funcionario o empleado público, que sin incurrir en un delito más severamente penado, obtenga un incremento de su patrimonio con significativo exceso, respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente su procedencia, al ser requerido por el órgano competente señalado en la ley, será sancionado de tres a seis años de prisión e inhabilitación por el mismo período para ejercer cargo o empleo público »).

143 Loi n° 06 - 01 du 20 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption (Algérie), article 37.

144 *Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado), Artículo 268(2)*.

145 Code pénal de la république d'Arménie, du 29 avril 2003, n° ZR-528 (*Criminal Code of The Republic of Armenia of April 29, 2003, No. ZR-528*) (tel qu'amendé le 13.11.2009), article 310(1).

146 *Código Penal de noviembre 12 de 1874 (enmendada por la Ley 20088 de 2006)* (Chili), *Artículo 241 bis*.

147 Ordonnance n° 2013-660 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption et les infractions assimilées (20.09.2013) (Côte d'Ivoire), article 56.

148 Code pénal congolais, décret du 30 janvier 1940 (tel que modifié par la loi n° 05/006 du 29.03.2005) (République démocratique du Congo), article 6.

149 Loi n° 111/AN/11/6ème L relative à la lutte contre le terrorisme et autres infractions graves (25.05.2011) (Djibouti), article 11.

150 Constitution de la république d'Haïti de 1987, article 242 (encore que les termes spécifiques de l'infraction d'enrichissement illicite ne se réfèrent pas à ce type de seuil ; voir la loi portant prévention et répression de la corruption (loi n° CI-2014-008), article 5.2).

151 Code pénal malgache (modifié par la loi n° 2016-020 du 22 août 2016 sur la lutte contre la corruption), article 183.1.

152 Loi n° 2014-015/ du 27 mai 2014 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite (Mali), article 2.

153 [Traduction non officielle] Code pénal de 2002 (tel qu'amendé par la loi pénale n° 326 à compter du 23.12.13) (*Criminal Code 2002 (as amended by the Criminal Law 326 as of 23.12.13)*) (Moldavie), article 330/2.

des infractions d'enrichissement illicite, les lois d'autres juridictions arrêtent de stricts délais limites dans lesquels des poursuites pénales peuvent être engagées.

Ainsi, la législation de plusieurs pays indique en toute clarté que l'enrichissement illicite constitue, par nature, une infraction continue, car la personne accusée tire perpétuellement un avantage direct ou indirect de l'acte d'enrichissement illicite. Par exemple, les lois de l'Algérie,¹⁵⁴ du Burkina Faso¹⁵⁵ et de la Mauritanie¹⁵⁶ disposent que l'enrichissement illicite « est une infraction continue caractérisée par la détention des biens illicites ou leur emploi d'une manière directe ou indirecte ». Un phrasé similaire figure dans la loi sur l'enrichissement illicite de Madagascar,¹⁵⁷ alors qu'au Niger,¹⁵⁸ la loi précise que l'enrichissement illicite « constitue une infraction permanente qui est réputée consommée par la seule perpétuation de ses effets délictueux ». D'autres pays, tels que la Tanzanie, n'indiquent pas expressément que l'infraction d'enrichissement illicite est permanente, mais lui attribuent indirectement un statut permanent en s'abstenant d'appliquer une période de prescription explicite à sa répression.¹⁵⁹

Les lois d'autres pays choisissent une solution contraire, et appliquent des délais limites à la mise en œuvre des dispositions en matière d'enrichissement illicite. Ainsi, à Haïti,¹⁶⁰ la Constitution prévoit une période de prescription de vingt ans.

154 Loi n° 06-01 du 20 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption (Algérie), article 37 (texte original : « L'enrichissement illicite, visé à l'alinéa 1er du présent article, est une infraction continue caractérisée par la détention des biens illicites ou leur emploi d'une manière directe ou indirecte »).

155 Loi n° 004-2015/CNT portant prévention et répression de la corruption au Burkina Faso, article 63 (texte original : « Le délit d'apparence, ainsi visé, est une infraction continue caractérisée par la détention des biens illicites ou leur emploi d'une manière directe ou indirecte »).

156 Loi n° 2016.014 relative à la lutte contre la corruption (Mauritanie), article 16 (texte original : « L'enrichissement illicite, visé à l'alinéa 1er du présent article, est une infraction continue caractérisée par la détention des biens illicites ou leur emploi d'une manière directe ou indirecte »).

157 Code pénal malgache (modifié par la loi n° 2016-020 du 22 août 2016 sur la lutte contre la corruption), article 183.1 (texte original : « L'enrichissement illicite constitue une infraction continue caractérisée par la détention du patrimoine ou l'emploi des ressources illicites »).

158 Ordonnance n° 92-024 du 18 juin 1992 portant répression de l'enrichissement illicite (Niger), article 2 (texte original : « L'enrichissement illicite constitue une infraction permanente qui est réputée consommée par la seule perpétuation de ses effets délictueux . La prescription de l'action publique frappant éventuellement les faits à l'origine de l'enrichissement illicite ne peut lui être opposée dès lors que les éléments constitutifs de l'enrichissement illicite en tant que délit spécifique, tel que défini à l'article 1er, sont réunis »).

159 La Tanzanie ne dispose pas de loi sur la prescription des infractions de corruption créées par la loi de 2007 sur la prévention et la lutte contre la corruption (Prevention and Combating of Corruption Act 2007) – Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption, *Review of the Implementation of the United Nations Convention Against Corruption (United Republic of Tanzania) CAC/COSP/IRG/1/3/1/Add.9*, Nations Unies, Vienne, 2014, p.5.

160 Constitution de 1987 de la république d'Haïti, article 243 (texte original : « Le Fonctionnaire coupable des délits sus-désignés ne peut bénéficier que de la prescription vicennale. Cette prescription ne commence à courir qu'à partir de la cessation de ses fonctions ou des causes qui auraient empêché toute poursuite »). Le point de savoir si cette prescription s'applique à l'infraction d'enrichissement illicite prévue par la loi portant prévention et répression de la corruption (loi n° CI-2014-008) demeure ambigu.

Chose intéressante, le Mali adopte une nouvelle fois une approche différente et juge l'infraction d'enrichissement illicite continue, mais impose un délai de prescription courant à compter du jour où les éléments constitutifs de l'enrichissement illicite sont découverts.¹⁶¹

2.2.3 Dispositions expresses sur le renversement du fardeau de la preuve

La loi sur l'enrichissement illicite contient-elle une disposition exigeant d'une personne visée qu'elle présente des preuves sur les sources légitimes de son patrimoine ?

Un certain nombre de lois sur l'enrichissement illicite présentent un mécanisme explicite qui peut être mis en marche pour contraindre une personne à rapporter des preuves sur les sources légitimes de son patrimoine. Tandis que certaines lois exigent d'une personne qu'elle fournisse des explications sur les sources légitimes de « tout » le patrimoine dont elle a disposé, d'autres lois sont moins astreignantes et exigent simplement d'une personne qu'elle explique la valeur du patrimoine que l'État juge disproportionné eu égard à ses sources connues de revenus.

L'ajout de ces obligations spécifiquement énoncées n'est pas universel, et une multitude de lois ne les prévoient pas. Il existe même certaines lois sur l'enrichissement illicite qui choisissent une approche opposée, et qui prévoient, qu'au contraire, il appartient toujours à l'État de rapporter des preuves démontrant que l'enrichissement illicite allégué a bel et bien eu lieu.

Veillez noter que dans toute cette publication, les expressions renversement « du fardeau de la preuve » et renversement « de la charge de la preuve » sont utilisées de manière interchangeable, car ces deux notions sont utilisées par la législation en matière d'enrichissement illicite.

2.2.3.1 Obligation faite à une personne de prouver la légitimité de tout son patrimoine

Diverses lois de droit civil sur l'enrichissement illicite contiennent une disposition rédigée de manière spécifique pour placer clairement la personne visée par la loi dans l'obligation de prouver les sources admissibles de l'ensemble du patrimoine déterminé dont elle dispose. Par exemple, dans la procédure relevant de la loi de droit civil promulguée par l'Australie-Occidentale en matière d'enrichissement illicite, « [i] est présumé qu'un bien, service, avantage ou bénéfice constituant une composante du patrimoine du défendeur n'a pas été légitimement acquis, sauf si le défendeur démontre le contraire ».¹⁶² En vertu de la loi de droit civil de Maurice sur l'enrichissement illicite « le fardeau de la preuve pèse sur le défendeur, qui doit démontrer, selon la prépondérance des

161 Loi n° 2014-015/ du 27 mai 2014 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite (Mali), article 5 (texte original : « L'enrichissement illicite est une infraction continue. Le délai de prescription ne court qu'à compter du jour de la découverte des éléments constitutifs de l'enrichissement illicite. L'enrichissement illicite est une infraction réputée consommée par la seule continuation de ses effets »).

162 Loi de 2000 sur la confiscation des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Confiscation Act 2000*) (Australie - Australie-Occidentale), section 12(2).

probabilités, qu'un bien n'est pas constitutif d'une richesse inexplicée ». ¹⁶³ De la même manière, selon la loi particulière de droit civil sur l'enrichissement illicite, qui a été adoptée par la Nouvelle-Galles du Sud, une autre juridiction australienne, « [l]a charge de la preuve, dans une procédure engagée contre une personne pour faire prononcer une ordonnance de richesse inexplicée, contraint cette personne à prouver que son patrimoine actuel ou passé n'est pas ou n'a pas été un bien mal acquis ou le produit d'une activité illégale ». ¹⁶⁴ Finalement, la loi particulière de droit civil sur l'enrichissement illicite de Trinité-et-Tobago contient également une disposition qui indique spécifiquement « qu'il appartient au défendeur de prouver que son patrimoine a été acquis par des moyens légitimes ». ¹⁶⁵

De tels mécanismes directs et limpides sont indubitablement très controversés, notamment dans la mesure où l'auteur de cette démarche légale, à savoir l'État, sera uniquement tenu d'établir, avant que le mécanisme de renversement du fardeau de la preuve soit utilisé, qu'une personne contrôle ou dispose d'un patrimoine, et où la personne en cause devra démontrer la licéité de son patrimoine. Avant le moment où il est présumé que la source d'un patrimoine est illégitime, l'État n'est pas contraint par ces mécanismes de prouver que ce patrimoine est, d'une manière quelconque, disproportionné par rapport aux revenus officiels légalement perçus par cette personne. Au contraire, une fois que l'État a démontré qu'une personne a profité d'un certain patrimoine, la responsabilité consistant alors à prouver que le patrimoine identifié vient de sources légitimes pèse exclusivement sur la personne visée.

Cependant et à la lumière de ces éléments, il est important de souligner que ces lois comprennent également des garanties spécifiques pour prévenir leur usage abusif. Elles font l'objet d'une analyse approfondie dans la Section 2.3.

2.2.3.2 Obligation faite à une personne de prouver la légitimité d'un patrimoine dont le montant est jugé disproportionné par rapport à ses revenus légitimes connus

Un grand nombre de lois pénales sur l'enrichissement illicite adoptent une approche plus mesurée, et disposent qu'une personne peut être reconnue coupable d'une infraction d'enrichissement illicite si elle ne peut pas fournir d'explications « satisfaisantes » ou « raisonnables » sur le patrimoine dont elle a disposé, et dont le montant est jugé bien supérieur aux revenus légaux qui lui parviennent de sources connues.

Par exemple, en Tanzanie, si l'État estime qu'un agent public a mené un train de vie sans commune mesure avec ses revenus légitimes actuels ou passés, ou est propriétaire de biens

163 Loi sur la bonne gouvernance et l'intégrité (*Good Governance and Integrity Reporting Act*) (Maurice), section 3(5).

164 Loi de 1990 sur le recouvrement des avoirs criminels (*Criminal Assets Recovery Act 1990*) (Australie - Nouvelle-Galles du Sud), section 28B(3).

165 Loi de 2019 sur le régime civil de recouvrement et de gestion des avoirs et la richesse inexplicée (Trinité-et-Tobago) (*Civil Asset Recovery and Management and Unexplained Wealth Act, 2019*), section 65(4).

disproportionnés par rapport à ses revenus légitimes actuels ou passés, il sera alors coupable d'une infraction « sauf s'il fournit à la cour une explication satisfaisante sur les moyens lui ayant permis de mener un tel train de vie ou de devenir propriétaire de ces biens ». ¹⁶⁶ De même, en Inde, il sera présumé qu'un agent public s'est illicitement enrichi s'il est établi qu'il est en possession de ressources pécuniaires ou de biens disproportionnés par rapport aux revenus qu'il perçoit de sources connues et au titre desquels « aucune justification satisfaisante ne peut être avancée », ¹⁶⁷ tandis qu'au Nicaragua, un fonctionnaire dont les avoirs ont augmenté bien au-delà de ses revenus légitimes peut être coupable d'une infraction d'enrichissement illicite s'il « ne peut pas justifier raisonnablement de leur origine ». ¹⁶⁸

Comme l'indique le phrasé utilisé ci-dessus, ces lois se distinguent des exemples donnés sur l'approche précédente retenue dans un cadre civil, car l'État doit d'abord prouver qu'une personne a disposé d'un patrimoine d'un montant disproportionné avant que la personne en cause ne soit obligée de prouver la légitimité de ses revenus.

Bien que la controverse due à ce type d'obligation légale soit un peu plus mesurée, divers argumentaires ont tout de même été avancés sur la compatibilité globale de telles obligations avec des droits conférés par le droit pénal comme la présomption d'innocence, le droit au silence, et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Cependant, à ce jour, la jurisprudence faisant autorité juge ces mécanismes compatibles avec de tels droits, car ils sont considérés comme un mode proportionnel et nécessaire de lutte contre certaines infractions comme la corruption. Ce point est examiné en détail par la Partie 4.

2.2.3.3 Alternative : les lois qui attribuent explicitement toute la charge de la preuve à l'État

Il existe des exemples de lois pénales sur l'enrichissement illicite dont l'approche est diamétralement opposée à celles des lois citées ci-dessus, dans la mesure où elles prévoient de manière expresse qu'il appartient exclusivement à l'État de prouver l'existence d'un enrichissement illicite. Par exemple, la loi pénale sur l'enrichissement illicite du Chili indique expressément que « [l]a preuve d'un enrichissement injustifié...doit toujours être rapportée par le bureau du procureur ». ¹⁶⁹

166 Loi de 2007 sur la prévention et la lutte contre la corruption (*Prevention and Combating of Corruption Act 2007*) (Tanzanie), section 27.

167 Loi de 1988 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 1988*) (telle qu'amendée par la loi (d'amendement) de 2018 sur la prévention de la corruption (*the Prevention of Corruption (Amendment) Act 2018*)) (Inde), section 13(1).

168 [Traduction non officielle] *Código Penal, Ley N.º. 641, Aprobado el 13 de Noviembre de 2007 (Nicaragua), Artículo 448* (texte original : « La autoridad, funcionario o empleado público, que sin incurrir en un delito más severamente penado, obtenga un incremento de su patrimonio con significativo exceso, respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente su procedencia, al ser requerido por el órgano competente señalado en la ley, será sancionado de tres a seis años de prisión e inhabilitación por el mismo período para ejercer cargo o empleo público »).

169 [Traduction non officielle] *Código Penal de noviembre 12 de 1874 (enmendada por la Ley 20088 de 2006) (Chile), Artículo 241 bis* (texte original : « La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público »).

L'ajout de ces éclaircissements pourrait atténuer les préoccupations selon lesquelles une telle loi entraînerait la violation de droits tels que celui sur la présomption d'innocence.

2.2.3.4 Au-delà de la législation : les interprétations judiciaires des obligations posées par les lois en matière d'enrichissement illicite

Il est important de souligner que certaines cours de justice se prononçant sur des lois pénales relatives à l'enrichissement illicite ont déclaré la nullité des obligations à la fois expresses et tacites stipulées par ces dernières, en arguant du fait que ces lois n'obligeaient en aucune manière une personne poursuivie à présenter des preuves ou à prouver son innocence. En choisissant cette approche, les cours de justice ont tenté de faire taire les inquiétudes d'après lesquelles ces lois contreviendraient à des principes juridiques établis tels que la présomption d'innocence et le droit au silence. Par exemple, bien que la loi de l'Argentine ait dans sa ligne de mire « toute personne qui, après avoir été dûment sollicitée, ne justifie pas de l'origine de l'accroissement significatif de ses biens », ¹⁷⁰ la Cour suprême a ensuite précisé que cette formulation n'exige pas d'une personne qu'elle « justifie » de ses avoirs mais, au contraire, se borne à lui donner « la possibilité de justifier de l'origine de leur accroissement, ainsi que le pouvoir permettant de ne pas faire de déposition ». ¹⁷¹

La mise en œuvre des mécanismes de renversement de la charge de la preuve dans le cadre des lois sur l'enrichissement illicite, ainsi que les interprétations judiciaires dont ces mécanismes font l'objet par la suite sont examinées de manière plus détaillée par la Partie 3.

2.2.4 Pouvoir légal d'exiger la divulgation d'informations

Est-ce que la loi sur l'enrichissement illicite ou son instrument législatif à portée générale comprend une disposition pouvant être utilisée par l'État pour contraindre à une personne à dévoiler des informations financières ?

170 [Traduction non officielle] Code pénal de l'Argentine, loi n° 11.179 (texte consolidé de la version actualisée de 1984), article 268(2) (*Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado)*) (texte original : « Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño »).

171 [Traduction non officielle] *Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, 'César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani', CFP 6734/2013 (2017/09)* (texte original : « De esta forma, con el llamamiento efectuado, no se invirtió la carga de la prueba ni fue violatorio de la prohibición de declarar en contra de uno mismo, sino que, con dicha convocatoria, se le brindó a Milani la posibilidad de justificar el origen de su enriquecimiento como así también la facultad de negarse a declarar (cfr. C.N.C.P., in re: 'Alsogaray', ya citado) ». Il est également important de noter qu'en dépit de la confirmation continue de cette thèse par les cours de justice, la question de savoir si la loi de l'Argentine sur l'enrichissement illicite prévoit ou non un renversement de la charge de la preuve continue d'être débattue par la doctrine argentine – voir par exemple : G. Marnich, *Análisis Constitucional del Artículo 268(2) del Código Penal a la Luz del Caso 'Alsogaray', Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, 2018* et E. Aguirre et al., *Constitucionalidad del Art 268(2) C.P, Universidad Nacional de La Pampa (tesis), Santa Rosa, 2010*.

De temps à autre, les lois sur l'enrichissement illicite (ou l'instrument législatif à portée générale dans lequel la loi sur l'enrichissement illicite est énoncée) sont également assorties d'un mécanisme d'attribution à l'État d'un pouvoir légal lui permettant de contraindre une personne à fournir des informations financières sur son patrimoine et les sources de revenus utilisées pour l'acquérir ou en tirer parti.

Ce pouvoir légal a des similitudes, mais pas de liens, avec les mécanismes couramment rencontrés de déclaration d'avoirs, qui font de la déclaration régulière, par les agents publics, des avoirs dont ils disposent, une condition à leur maintien à un poste public. Ce pouvoir distinct peut quant à lui être utilisé pendant une enquête sur l'enrichissement illicite, afin d'exiger d'une personne une déclaration sur l'honneur donnant, par rapport à son patrimoine, des précisions telles qu'une liste exhaustive des avoirs dont elle est propriétaire et des sources de revenus utilisées pour les acquérir.

Dans les lois pénales sur l'enrichissement illicite, d'une part, et les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite, d'autre part, la forme et l'étendue de ce pouvoir sur la divulgation seront généralement différentes. Dans les lois pénales sur l'enrichissement illicite, ce pouvoir par rapport à la divulgation est souvent attribué de manière directe aux forces de l'ordre compétentes par la législation en tant que telle, et habilite les officiers des forces de l'ordre à demander ces informations à une personne pendant la conduite d'une enquête. Par exemple, en vertu de la loi sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act*) de Brunei Darussalam (l'instrument législatif à portée générale énonçant la loi sur l'enrichissement illicite du pays), un procureur est titulaire du pouvoir lui permettant de délivrer à une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction d'enrichissement illicite une notification écrite exigeant qu'elle :

...présente une déclaration statutaire ou, lorsque le procureur juge la mesure opportune, un relevé écrit énumérant tous les biens meubles ou immeubles qui appartiennent à cette personne et à son conjoint, ses parents ou ses fils et ses filles, ou dont cette personne et ces derniers sont en possession, et indiquant la date à laquelle chacun des biens listés a été acquis, que ce soit par un achat, une donation, une transmission, un héritage ou autrement...¹⁷²

Tout manquement à un ordre de cette nature constitue à lui seul une infraction, et peut se traduire par une amende et une peine d'emprisonnement d'une durée d'un an.¹⁷³

Cet élément particulier suscite une vive polémique, car une exigence obligatoire de divulgation d'informations aux fins d'une enquête pénale va vraisemblablement à l'encontre du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

Au Niger, plusieurs parties de la loi sur l'enrichissement illicite portant sur ce point ont même été déclarées inconstitutionnelles. En vertu de l'ordonnance n° 92-024 du 18 juin 1992 portant

172 Loi de 1982 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 1982*) (Brunei Darussalam), section 23A(1)(a).

173 Loi de 1982 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 1982*) (Brunei Darussalam), section 23A(2).

répression de l'enrichissement illicite, dès qu'une enquête formelle sur un enrichissement illicite était ouverte à l'encontre d'une personne, le bureau du procureur était à l'époque habilité à lui adresser une demande d'informations sur ses avoirs et ses revenus.¹⁷⁴ Il était impératif de répondre à cette demande ; un défaut de réponse faisait automatiquement peser sur la personne mise en cause une présomption d'enrichissement illicite.¹⁷⁵ Bien que la partie restante de la loi ait été jugée conforme, il a été estimé que ces pouvoirs spécifiques (et la présomption découlant d'un défaut de réponse) étaient inconstitutionnels.¹⁷⁶

Contrairement aux exemples figurant ci-dessus, les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite qui attribuent des pouvoirs en matière de divulgation auront souvent une approche plus mesurée. Au lieu de conférer directement aux forces de l'ordre compétentes un pouvoir permettant d'exiger une divulgation, la loi exigera au contraire de ces dernières qu'elles sollicitent une ordonnance judiciaire prononcée de manière indépendante et pouvant être utilisée pour contraindre une personne à dévoiler ses informations financières. Le cas échéant, ces informations seront utilisées comme des preuves lors d'une audience de requête tenue par la suite en vue du prononcé d'une autre ordonnance judiciaire définitive établissant l'existence d'un enrichissement illicite.

Par exemple, en vertu de la loi particulière sur l'enrichissement illicite des Bahamas, avant de demander une « ordonnance de richesse inexplicée » définitive à l'encontre d'une personne, l'État doit préalablement former une demande d'« ordonnance *conditionnelle* de richesse inexplicée », en exécution de laquelle la personne visée peut être tenue de déposer les déclarations ou de répondre aux questions s'imposant par rapport à ses avoirs.¹⁷⁷ L'État pourra ensuite utiliser ces informations dans sa demande de prononcé d'une « ordonnance *irrévocable* de richesse inexplicée ». Il est intéressant de noter que même si les informations figurant dans une telle déclaration peuvent être utilisées aux fins d'une autre demande de droit civil visant à faire prononcer une ordonnance définitive, « tout élément divulgué dans une déclaration, et toute information, toute chose ou tout document, dont l'obtention est la conséquence directe ou indirecte de cette déclaration, ne sont pas recevables dans une procédure pénale engagée contre la personne concernée, sauf s'il s'agit d'une procédure concernant la nature inexacte de la déclaration ».¹⁷⁸ Ce point est important, car il réfute vraisemblablement les affirmations selon lesquelles les obligations décrites ci-dessus en matière de divulgation porteraient atteinte au droit au silence et au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

De la même manière, en vertu de la loi de droit civil sur l'enrichissement illicite de Maurice, si l'*Integrity Reporting Services Agency* soupçonne qu'une personne pourrait s'être illicitement enrichie, elle dispose de pouvoirs légaux l'habilitant à adresser à une personne une demande écrite

174 Ordonnance n° 92-024 du 18 juin 1992 portant répression de l'enrichissement illicite (Niger), article 4.

175 Ordonnance n° 92-024 du 18 juin 1992 portant répression de l'enrichissement illicite (Niger), article 5.

176 Arrêt n° 07/08/CC/MC du 20 novembre 2008 (Cour constitutionnelle) (Niger).

177 Loi de 2018 sur les recettes du crime (*Proceeds of Crime Act 2018*) (Bahamas), section 75(4).

178 Loi de 2018 sur les recettes du crime (*Proceeds of Crime Act 2018*) (Bahamas), section 75(3).

et non contraignante d'explications concernant « l'origine des fonds dont elle est propriétaire, qu'elle a en sa possession, dont elle assure la garde ou le contrôle, ou dont l'utilisation dans l'acquisition d'un bien est supposée ». ¹⁷⁹ Au cas où le destinataire ne donnerait pas suite à cette demande, cette agence dispose alors du pouvoir de demander une ordonnance de divulgation devant être rendue par une cour afin d'obtenir des « informations sur les biens détenus par une personne ou, au nom de cette dernière, par une autre personne » ou les « sources des fonds utilisés pour acquérir des biens, en détenir ou en avoir le contrôle ». ¹⁸⁰ Les informations obtenues grâce à la demande ou à l'ordonnance peuvent ensuite être utilisées pour demander le prononcé, à l'encontre de la personne mise en cause, d'une « ordonnance de richesse inexpliquée » à caractère définitif.

2.2.5 Exigence de la preuve d'un « soupçon raisonnable » ou d'une « croyance raisonnable »

L'État doit-il prouver qu'il existe un « soupçon raisonnable » indiquant qu'une activité criminelle a eu lieu ou que l'origine du patrimoine est criminelle ?

Comme la Partie 1 l'explique, certaines lois sur l'enrichissement illicite (qualifiées par cette publication de « lois particulières sur l'enrichissement illicite ») s'accompagnent d'une caractéristique supplémentaire les distinguant des lois de droit commun sur l'enrichissement illicite, en ce qu'elles placent l'État dans l'obligation de présenter à la cour la preuve d'un « soupçon raisonnable » ou d'une « croyance raisonnable » qu'une criminalité d'un genre quelconque a été perpétrée ou qu'une infraction est à l'origine du patrimoine en question. Il est bien plus facile d'atteindre ce seuil que celui arrêté par les lois traditionnelles relatives à la confiscation en l'absence de condamnation pénale (qui exigent, quant à elles, que la criminalité soit démontrée conformément au niveau de preuve prévu en matière civile) ; par conséquent, ces lois devraient tout de même être envisagées dans la catégorie des lois sur l'enrichissement illicite, même si elles font l'objet d'une classification leur étant propre. Néanmoins, cette qualification assortit la loi d'un seuil probatoire supplémentaire, qui n'est pas prévu par les autres lois relatives à l'enrichissement illicite.

Bien que la caractéristique du « soupçon raisonnable » soit d'usage courant dans les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite promulguées dans le monde entier, elle peut également être reprise par les lois pénales sur l'enrichissement illicite. Par exemple, en 2018, Singapour a introduit la section 47AA de la loi sur la corruption, le trafic de drogue et les autres infractions graves (confiscation des produits) (*Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of*

179 Loi de 2015 sur la bonne gouvernance et l'intégrité (*Good Governance and Integrity Reporting Act 2015*) (Maurice), section 5(1).

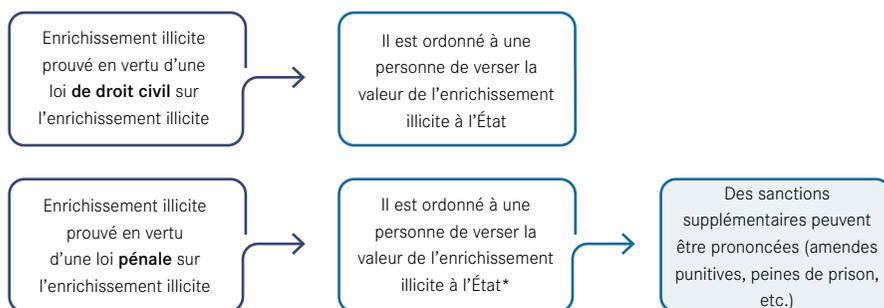
180 Loi de 2015 sur la bonne gouvernance et l'intégrité (*Good Governance and Integrity Reporting Act 2015*) (Maurice), section 5(2) et 13.

Benefits) Act)¹⁸¹ dans le cadre d'un effort visant les « agents de transfert de fonds » utilisés par les syndicats du crime.¹⁸² En vertu de cette disposition, toute personne « qui possède ou utilise un bien susceptible, dans les limites du raisonnable, de représenter directement ou indirectement le produit d'une vente de drogue ou d'un comportement criminel » est coupable d'une infraction si elle ne peut pas fournir des explications sur le mode d'acquisition de ce bien.

2.2.6 Sanctions

Si un enrichissement illicite est prouvé, quelles sont les mesures légales imposées ?

Comme pour toutes les lois, les sanctions prévues par les lois en matière d'enrichissement illicite varient considérablement d'une juridiction à l'autre. Bien entendu, il existe une distinction évidente entre, d'une part, les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite, dont les sanctions sont purement pécuniaires et, d'autre part, les lois de droit pénal en matière d'enrichissement illicite, qui peuvent énumérer d'autres peines pénales, telles que des peines d'emprisonnement et des amendes supplémentaires.



*cela peut parfois prendre la forme d'une amende

2.2.6.1 Sanctions prévues par les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite

Si l'enrichissement illicite est prouvé en vertu d'une loi de droit civil l'interdisant, le défendeur sera alors condamné au paiement à l'État d'une dette civile d'un montant égal à l'enrichissement illicite démontré.

181 Loi de 1992 sur la corruption, le trafic de drogue et les autres infractions graves (confiscation des produits) (*Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act 1992*) (Singapour), section 47AA (introduite par la loi de 2018 sur les infractions graves et la lutte contre le terrorisme (autres amendements) (*Serious Crimes and Counter-Terrorism (Miscellaneous Amendments) Act 2018*) (Singapour).

182 Singapour, Parliamentary Debates (deuxième lecture de l'avant-projet de loi de 2018 sur les infractions graves et la lutte contre le terrorisme (autres amendements) (*Serious Crimes and Counter Terrorism (Miscellaneous Amendments) Bill 2018*)), Parlement de Singapour, 19 novembre 2018 (Josephine Teo, ministre de la main-d'œuvre et ministre adjointe des affaires internes).

Par exemple, en Australie-Occidentale, si l'État démontre, pendant une procédure, que « la valeur totale du patrimoine du défendeur est supérieure à la valeur du patrimoine qu'il a légitimement acquis, la cour prononcera alors une « déclaration de richesse inexplicée » en vertu de laquelle « le défendeur est tenu de verser à l'État un montant égal au montant présent, par cette déclaration, comme la valeur calculée de la richesse inexplicée du défendeur ».¹⁸³

De la même manière, conformément à la loi particulière de droit civil sur l'enrichissement illicite des Bahamas, si « la cour estime, selon la prépondérance des probabilités, qu'une partie du patrimoine de la personne en cause n'a pas été obtenue ou détenue par des moyens légitimes », elle peut prononcer une « ordonnance de richesse inexplicée *de nature irrévocable* », en vertu de laquelle « la personne en cause est tenue de verser à la Couronne un montant égal à celui qui, de l'avis de la cour, n'est pas constitutif de biens légitimement acquis par cette personne ».¹⁸⁴

2.2.6.2 Sanctions infligées en vertu des lois de droit pénal sur l'enrichissement illicite

S'il est prouvé, en vertu d'une loi pénale sur l'enrichissement illicite, qu'une personne s'est illicitement enrichie, elle peut alors s'exposer à des sanctions plus sévères, y compris un risque d'emprisonnement et/ou d'amendes.

Peine d'emprisonnement

Toutes les lois sur l'enrichissement illicite mentionnées par cette publication (à l'exception de la loi chilienne) présentent le risque d'emprisonnement comme la sanction pouvant potentiellement est infligée à la personne dont l'enrichissement illicite est prouvé.

Cependant, bon nombre de ces lois ne prévoient pas l'emprisonnement comme une peine obligatoire, mais indiquent qu'un châtimeur pourrait inclure une peine de prison appliquée en lieu et place d'une amende ou la complétant. Par exemple, en Ouganda, s'il est prouvé qu'une personne s'est illicitement enrichie, elle « ...encourt, une fois sa culpabilité reconnue, une peine d'emprisonnement maximale de dix ans, ou une amende plafonnée à deux cent quarante unités de devise ou ces deux sanctions ».¹⁸⁵

Les peines d'emprisonnement potentielles varient énormément d'une juridiction à l'autre. Par exemple, une personne coupable d'une infraction d'enrichissement illicite au Mexique¹⁸⁶ ne peut se voir infliger qu'une peine d'emprisonnement de trois ans, alors qu'une personne reconnue

183 Loi de 2000 sur la confiscation des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Confiscation Act 2000*) (Australie - Australie-Occidentale), sections 10 à 14.

184 Loi de 2018 sur les recettes du crime (*Proceeds of Crime Act 2018*) (Bahamas), section 78.

185 Loi de lutte contre la corruption de 2009 (*Anti Corruption Act 2009*) (Ouganda), section 31.

186 *Código Penal Federal (Mexico), Artículo 224.*

coupable peut encourir une peine de quinze ans de prison à Djibouti¹⁸⁷ ou en Moldavie,¹⁸⁸ ou une peine pouvant aller, en Malaisie, jusqu'à vingt ans derrière les barreaux.¹⁸⁹

Amendes

La majeure partie des juridictions dotées d'une loi pénale en matière d'enrichissement illicite prévoient également une amende potentielle qui peut être infligée, à une personne dont la culpabilité a été établie, à la place d'une peine d'emprisonnement ou avec celle-ci. Par exemple, une personne reconnue coupable en Sierra Leone¹⁹⁰ sera tenue de payer une amende d'au moins 30 millions de leones, alors qu'en Tanzanie,¹⁹¹ une même personne pourra être obligée de payer une amende s'élevant à 10 millions de shillings tanzaniens. Par ailleurs, une personne dont il est avéré qu'elle a dégagé des « gains illégaux » en Égypte, sera tenue de « payer une amende égale au montant des gains illégaux » et venant s'ajouter au recouvrement dont ces gains feront l'objet.¹⁹²

Sanctions administratives

Un certain nombre de juridictions imposent également des sanctions supplémentaires visant les agents publics reconnus coupables en vertu de lois pénales sur l'enrichissement illicite, et interdiront souvent à un agent public condamné d'exercer des fonctions publiques indéfiniment ou pour une période déterminée. Par exemple, un agent public déclaré coupable en Mongolie¹⁹³ risque de perdre le droit d'être nommé à un poste public pendant une période de deux ans. À Antigua-et-Barbuda, un agent public reconnu coupable¹⁹⁴ sera frappé d'une interdiction d'exercice de fonctions pendant une période maximale de sept ans, et risque même de perdre des droits prévus par des régimes de retraite actuels. De la même manière, au Salvador,¹⁹⁵ un agent public peut être frappé d'une interdiction d'exercice de fonctions publiques pendant une période pouvant aller jusqu'à dix ans ; cette sanction a récemment été appliquée à Elias Antonio Saca, l'ancien président.¹⁹⁶

187 Loi n° 111/AN/11/6ème L relative à la lutte contre le terrorisme et autres infractions graves (25.05.2011) (Djibouti), article 11.

188 [Traduction non officielle] Code pénal de 2002 (tel qu'amendé par la loi pénale n° 326 à compter du 23.12.13) (*Criminal Code 2002 (as amended by the Criminal Law 326 as of 23.12.13)* (Moldavie), article 330/2.

189 Loi de 2009 relative à la commission de Malaisie de lutte contre la corruption (*Malaysia Anti-Corruption Commission Act 2009*), section 36.

190 Loi de lutte contre la corruption de 2008 (*Anti-Corruption Act 2008*) (Sierra Leone), article 27.

191 Loi de 2007 sur la prévention et la lutte contre la corruption (*Prevention and Combating of Corruption Act 2007*) (Tanzanie), section 27.

192 [Traduction non officielle] Loi n° 62 de 1975 sur les gains illégaux (*Law no. 62 of 1975, Regarding Illegal Gains*) (Égypte), article 18.

193 Code pénal (Mongolie), article 22.10.

194 Loi sur la prévention de la corruption (*The Prevention of Corruption Act*) (loi n° 21 de 2004) (Antigua-et-Barbuda), article 8.

195 *Código Penal de la República de El Salvador, 26.04.1997 (29.01.2020), Artículo 333.*

196 N. Renteria, « Un tribunal du Salvador ordonne à l'ancien président de restituer 4,4 millions USD de fonds volés » (*'Salvadoran court orders ex-president to return \$4.4 million in stolen funds'*), Reuters, 6 janvier 2021, <https://www.reuters.com/article/us-el-salvador-corruption-idUSKBN29B05W>, tel qu'accédé le 10 mars 2021.

Sanctions prévues pour les entreprises participant à un enrichissement illicite

Comme l'analyse figurant ci-dessus l'a déjà révélé, les lois sur l'enrichissement illicite de certains pays peuvent également être spécifiquement appliquées à des « personnes morales », et des sanctions directement prévues pour ces personnes morales peuvent donc être également infligées. Par exemple, une société malgache peut être obligée d'interrompre ses opérations commerciales pendant une période maximale de vingt ans, s'il est estimé qu'elle a reçu, en connaissance de cause, un patrimoine lui ayant été transmis par une personne qui s'est illicitement enrichie.¹⁹⁷

Barème des peines d'emprisonnement et des amendes : l'application de peines plus sévères dans certains cas

La législation en matière d'enrichissement illicite de quelques pays prévoit spécifiquement un barème sur la sanction préconisée en fonction du montant de l'enrichissement de l'intéressé. Par exemple, au Mali, s'il s'avère qu'une personne s'est enrichie d'un montant inférieur ou égal à 50 000 000 francs CFA, une peine d'un à trois ans de prison et une amende d'un montant égal à la valeur de l'enrichissement peuvent lui être infligées, alors que s'il est découvert que le montant de son enrichissement est plus élevé, la sanction inclura alors une peine d'emprisonnement de trois à cinq ans, ainsi qu'une amende correspondant au double de la valeur de l'enrichissement.¹⁹⁸ De même, au Honduras, un agent public dont l'enrichissement illicite est supérieur à 500 000 lempiras peut être puni par une peine de quatre à six ans de prison, une amende pouvant aller jusqu'à trois fois la valeur de l'enrichissement, et une interdiction d'exercice de fonctions publiques d'une durée deux fois plus longue que celle de la peine d'emprisonnement. En revanche, un agent public qui s'est enrichi de plus d'un million de lempiras encourra une peine de prison pouvant aller jusqu'à huit ans, une amende plafonnée à quatre fois la valeur de l'enrichissement, et une interdiction définitive d'exercice de fonctions publiques.¹⁹⁹

En outre, certaines législations peuvent appliquer à une personne reconnue coupable d'enrichissement illicite des sanctions différentes, qui dépendent du point de savoir si cette dernière a ou non la qualité d'agent public, comme à Cuba²⁰⁰ où des peines de trois à huit ans peuvent être prononcées à l'encontre des agents publics, alors que celles punissant les citoyens ordinaires ne correspondent qu'à une fourchette de deux à cinq ans. Le niveau de la sanction appliquée peut également dépendre du niveau d'ancienneté de l'agent public accusé. Par exemple, au Pérou,²⁰¹ un agent public reconnu coupable risque potentiellement une peine de prison de cinq à dix ans, alors qu'un agent public dont la culpabilité est établie et qui exerce des fonctions de direction encourt des peines de dix à quinze ans de prison.

197 Code pénal malgache (modifié par la loi n° 2016-020 du 22 août 2016 sur la lutte contre la corruption), article 183.1.

198 Loi n° 2014-015 du 27 mai 2014 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite (Mali), article 37.

199 *Código Penal (Decreto No. 130-2017)(Honduras), Artículo 484.*

200 *Ley no. 62, Código Penal de la República de Cuba, de 29.12.1987, Artículo 150.*

201 *Código Penal del Estado Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, Artículo 401.*

Enfin, une personne poursuivie au Mali²⁰² peut être en mesure d'alléger sa sanction en la transformant en une peine avec sursis, si elle restitue à l'État l'intégralité de l'enrichissement illicite, tandis qu'une personne accusée au Niger²⁰³ peut faire frapper de nullité absolue une peine potentielle, si elle reverse à l'État le montant total de l'enrichissement illicite avant le prononcé du jugement.

202 Loi n° 2014-015 du 27 mai 2014 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite (Mali), article 37.

203 Ordonnance n° 92-024 du 18 juin 1992 portant répression de l'enrichissement illicite (Niger), article 10.

Recouvrement du patrimoine illicite dans le cadre d'une procédure pénale pour enrichissement illicite

Parallèlement à la peine d'emprisonnement, aux amendes ou aux sanctions administratives, une personne déclarée coupable en vertu d'une loi pénale sur l'enrichissement illicite sera également tenue de restituer le montant du patrimoine réputé mal acquis. Les mécanismes utilisés pour prononcer de telles ordonnances varient d'une juridiction à l'autre. Certaines lois entremêlent une obligation de restitution de la valeur du patrimoine illicite avec une obligation de paiement d'une amende en intégrant cette valeur dans l'amende. Cependant les lois d'autres juridictions imposent une obligation de restitution du patrimoine illicite en la séparant des amendes supplémentaires qui peuvent être également infligées. Par exemple, les amendes prévues par les lois de la Tanzanie²⁰⁴ et de la Sierra Leone²⁰⁵ lorsqu'une culpabilité est reconnue peuvent être appliquées en plus des mesures distinctes, qui exigent d'une personne déclarée coupable qu'elle reverse également la valeur du montant établi de l'enrichissement illicite.

204 Loi de 2007 sur la prévention et la lutte contre la corruption (*Prevention and Combating of Corruption Act 2007*) (Tanzanie), section 27.

205 Loi de lutte contre la corruption de 2008 (*Anti-Corruption Act 2008*) (Sierra Leone), article 27.

2.3 Garanties énoncées par certaines lois sur l'enrichissement illicite

Dans la mesure où les lois sur l'enrichissement illicite n'exigent pas de l'État qu'il prouve l'existence d'une activité criminelle, et choisissent souvent une approche contraire consistant à poser des présomptions de perpétration d'une activité criminelle, il est régulièrement soutenu qu'elles risquent de porter atteinte à des droits reconnus par la loi ou qu'elles peuvent être abusivement utilisées par l'État.

Afin d'aborder ces préoccupations, plusieurs lois sur l'enrichissement illicite ont été rédigées avec certaines garanties, dont le but est de minimiser le risque d'application injuste de ces lois.

- La loi de droit civil sur l'enrichissement illicite promulguée en Australie (au niveau fédéral) et les deux lois particulières de droit civil sur l'enrichissement illicite des juridictions étatiques de la Nouvelle-Galles du Sud et du Queensland contiennent toutes une disposition supplémentaire, qui permet à une cour de ne pas rendre d'ordonnance de richesse inexplicée, si elle estime que son prononcé ne serait pas dans l'« intérêt général ». Bien que cette expression ne soit pas définie par ces lois, n'ait pas été éprouvée, et représente généralement une notion flexible relevée dans toute la *common law*, l'ajout de cette garantie dans ces lois devrait théoriquement permettre à une cour d'invoquer ce pouvoir au cas où, dans certains cas, l'application de ces lois sur l'enrichissement illicite entraînerait une atteinte grave à la justice.²⁰⁶
- En vue la conduite de révisions législatives, une loi australienne fédérale prévoit également toute une section sur le « contrôle ». Cette section habilite un organe parlementaire, le *Parliamentary Joint Committee on Law Enforcement*, à recueillir

206 Il est important de noter que la question de savoir si une chose revêt ou non un intérêt général n'est pas toujours simple, car la définition de l'« intérêt général » est évolutive. Comme l'a expliqué C. Wheeler dans « *The Public Interest: We Know It's Important, but Do We Know What it Means* », AIAL Forum, No. 48, 2006, la Cour fédérale australienne a reconnu que la notion est difficile à définir (lorsqu'elle s'est référé à l'arrêt *Right to Life Association (NSW) Inc v Secretary, Department of Human Services and Health* (1995) 128 ALR 238) : « L'intérêt général est une notion dont le sens est vaste, et qui ne peut pas être facilement délimitée par un tracé précis. Les avis ont divergé, divergent et continueront inévitablement de diverger sur le point de savoir ce qui constitue ou non l'intérêt général... ». Finalement, la décision relative à ce qui est précisément dans l'intérêt général variera en fonction des divers intérêts devant être mis en balance eu égard aux circonstances spécifiques de chaque affaire (en se référant à l'arrêt *McKinnon v Secretary, Department of Treasury* [2005] FCA FC142) : « L'intérêt général n'est pas une notion homogène et indivise. Il s'accompagne souvent de multiples facettes dont le poids relatif sera examiné et évalué par le décideur avant de parvenir à une conclusion définitive sur ce qui représente l'intérêt général. Cette ultime analyse de l'intérêt général inclura une décision désignant les facettes pertinentes de l'intérêt général qui rivalisent les unes avec les autres, et l'importance comparative qu'il convient de leur accorder afin que l'« intérêt général » puisse être déterminé et servi. Dans certains cas, une ou plusieurs considérations auront une importance si primordiale qu'elles prendront le pas sur toutes les autres. Dans d'autres dossiers, les considérations en concurrence seront soupesées avec tant de finesse que le résultat n'est pas facilement prévisible. Par exemple, dans certains contextes, des intérêts comme la santé publique, la sécurité nationale, la lutte contre le terrorisme, la défense ou les obligations internationales peuvent avoir une importance primordiale lorsqu'ils sont comparés avec d'autres considérations ». Par conséquent, avant que cette notion ne soit éprouvée dans le contexte de ces lois australiennes sur la richesse inexplicée, il n'est pas possible d'établir avec clarté les moyens par lesquels une cour évaluera le moment où il est opportun d'invoquer la garantie de l'« intérêt général » que ces lois placent à sa disposition.

des informations auprès des services de répression sur l'application par leurs soins des mécanismes de la loi axés sur la richesse inexpliquée.²⁰⁷ Ce comité peut soumettre l'usage global de la loi à des enquêtes formelles dans le cadre desquelles il peut recevoir les éléments que lui transmettent les services de répression, d'autres services gouvernementaux et des groupes d'intérêts, et peut faire des recommandations sur les amendements législatifs nécessaires.²⁰⁸

- La loi particulière de droit civil sur l'enrichissement illicite adoptée par la juridiction de l'Australie-Méridionale contient une disposition englobant les situations où « la personne en cause n'est pas raisonnablement en mesure de démontrer qu'une partie de son patrimoine a été acquise légitimement (en raison du temps passé, des circonstances ayant entouré l'acquisition de cette partie ou d'un autre motif) ». ²⁰⁹ À la condition que la personne concernée agisse également « de bonne foi », la cour peut exclure cette partie de son patrimoine lorsqu'elle se penche sur le point de savoir si elle s'est enrichie illicitement.
- Afin d'apaiser les préoccupations liées à l'auto-incrimination, la loi particulière de droit civil des Bahamas pose une disposition explicite afin de préciser que les informations divulguées dans des déclarations faites lors d'une procédure pour enrichissement illicite ne peuvent pas être utilisées dans une procédure pénale distincte lancée contre la personne mise en cause (sauf lorsqu'une procédure a un lien direct avec la nature inexacte d'une déclaration).²¹⁰
- Avant de déposer une demande de prononcé d'une ordonnance de richesse inexpliquée en vertu de la loi de droit civil sur l'enrichissement illicite adoptée à Maurice, le directeur de l'*Integrity Reporting Services Agency* (le service de détection et de répression chargé de faire exécuter ces ordonnances) doit d'abord justifier cette mesure devant un conseil indépendant afin qu'elle soit examinée et approuvée. Ce conseil se compose d'un président, qui doit être un magistrat à la retraite, et de deux autres membres, qui doivent être nommés par le président de Maurice suite aux recommandations du Premier ministre.²¹¹
- La loi des Philippines sur l'enrichissement illicite prévoit spécifiquement des garanties contre l'usage abusif de la loi à des fins politiques, en ajoutant une

207 Loi de 2002 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 2002*) (Australie - niveau fédéral), section 179U.

208 Voir, par exemple, l'enquête sur la législation et les dispositions du Commonwealth en matière de richesse inexpliquée (*Inquiry into Commonwealth Unexplained Wealth Legislation and Arrangements*) présentée le 19 mars 2012 par le *Parliamentary Joint Committee on Law Enforcement*.

209 Loi de 2009 sur les infractions graves et le crime organisé (richesse inexpliquée) (*Serious and Organised Crime (Unexplained Wealth) Act 2009*) (Australie - Australie-Méridionale), section 9(11).

210 Loi de 2018 sur les recettes du crime (*Proceeds of Crime Act 2018*) (Bahamas), section 75(3).

211 Loi sur la bonne gouvernance et l'intégrité (*Good Governance and Integrity Reporting Act*) (Maurice), sections 5, 7 et 8.

disposition qui interdit le dépôt d'une plainte initiale contre des agents publics pendant l'année précédant une élection générale et au cours des trois mois courant avant une élection spéciale. Elle interdit également le prononcé de jugements dans les six mois courant avant une élection générale, et dans les trois mois précédant une élection spéciale.²¹²

212 Loi de la république n° 1379 (*Republic Act No. 1379*), une loi déclarant la saisie, en faveur de l'État, des biens reconnus mal acquis par un agent public ou salarié, et énonçant la procédure s'y rapportant (18 juin 1955) (Philippines), sections 2 et 6.

2.4 Instruments législatifs à portée générale encadrant les lois en matière d'enrichissement illicite

Les lois sur l'enrichissement illicite sont rarement des instruments législatifs autonomes. En effet, une loi sur l'enrichissement illicite en vigueur dans une juridiction particulière se compose souvent d'une ou plusieurs dispositions posées par un instrument législatif plus vaste. La législation à portée générale dépendra souvent du point de savoir si la loi sur l'enrichissement illicite a une nature civile ou pénale, et de celui de savoir si les dispositions sur l'enrichissement illicite ont été introduites ou non pour cibler les recettes d'une catégorie spécifique d'infraction, telle que la corruption.

Si la loi sur l'enrichissement illicite d'un pays particulier a une nature civile, les dispositions en cause figureront probablement dans le texte législatif à portée générale que la juridiction en cause a adopté pour présenter les mécanismes de recouvrement sur les recettes du crime. Par exemple, les dispositions de l'Australie-Occidentale en matière d'enrichissement illicite figurent dans sa loi sur la confiscation des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Confiscation Act*), tandis que les dispositions sur l'enrichissement illicite des Bahamas sont énoncées par sa loi sur les recettes du crime (*Proceeds of Crime Act*).²¹³ Bien entendu, il existe des exceptions, dans la mesure où les dispositions du Kenya et de Zanzibar (Tanzanie) sur l'enrichissement illicite sont énoncées, pour leur part, dans les principales lois anticorruption de chacune de ces juridictions, à savoir, respectivement, la loi sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) et la loi de Zanzibar sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*).

Si la loi sur l'enrichissement illicite d'un pays particulier a une nature pénale, les dispositions en cause figureront très probablement dans le Code pénal à portée générale de cette juridiction ou alors dans sa principale loi contre la corruption. Par exemple, en Amérique du Sud, les infractions d'enrichissement illicite de l'Argentine, du Chili, de la Colombie, de l'Équateur, du Pérou et du Suriname figurent dans le Code pénal de ces juridictions, tandis que les infractions de la Bolivie, du Guyana et du Vénézuéla se trouvent dans des lois axées sur la lutte contre la corruption.

Cependant, il existe à travers le monde des juridictions qui ont promulgué des instruments législatifs prenant principalement pour cible l'enrichissement illicite. Par exemple, la loi sur l'enrichissement illicite du Mali est la loi n° 2014-015, du 27 mai 2014, portant prévention et répression de l'enrichissement illicite ; ce texte fait de l'enrichissement illicite une infraction pénale, et englobe également les obligations de déclaration d'avoirs.

213 Loi de 2000 sur la confiscation des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Confiscation Act 2000*) (Australie - Australie-Occidentale) ; loi de 2018 sur les recettes du crime (*Proceeds of Crime Act 2018*) (Bahamas).

2.5 Formats législatifs d'usage courant pour les lois sur l'enrichissement illicite

Les explications données ci-dessus sur les caractéristiques clés permettent facilement de comprendre que l'archétype de la législation « pour tous » en matière d'enrichissement illicite n'existe évidemment pas, et que chaque juridiction a recours à un format légèrement différent quand elle rédige son propre instrument législatif. Néanmoins, un certain nombre d'approches générales ont été retenues dans le monde entier, avec bien sûr de petites modifications. Les modèles les plus courants sont expliqués ci-dessous.

2.5.1 Formats des lois pénales sur l'enrichissement illicite

2.5.1.1 Une disposition générale sur l'enrichissement illicite

La formulation utilisée dans de nombreux pays pour décrire l'infraction d'enrichissement illicite regroupe tous les agissements qui pourraient être considérés comme un enrichissement illicite en vertu d'une disposition principale. Cette approche est plus fréquemment utilisée dans les pays de droit civil que dans les systèmes de *common law*.

L'Ordonnance nigérienne n° 92-024 du 18 juin 1992 portant répression de l'enrichissement illicite fournit un exemple :²¹⁴

Le délit d'enrichissement illicite est constitué lorsqu'il est établi qu'une personne possède un patrimoine et/ou mène un train de vie que ses revenus licites ne lui permettent pas de justifier.

Un autre exemple est donné par Sao Tomé-et-Principe, dont le *Código Penal*²¹⁵ dispose ce qui suit :

[Traduction non officielle] Un agent public qui, au cours de la période pendant laquelle il exerce des fonctions publiques ou pendant les trois ans courants après l'abandon de ces fonctions, acquiert des avoirs ou adopte un mode de vie manifestement disproportionnés par rapport à ses revenus, et n'ayant pas été obtenus par des moyens

214 Ordonnance n° 92-024 du 18 juin 1992 portant répression de l'enrichissement illicite (Niger), article 1 (texte original : « Le délit d'enrichissement illicite est constitué lorsqu'il est établi qu'une personne possède un patrimoine et/ou mène un train de vie que ses revenus licites ne lui permettent pas de justifier »).

215 *Código Penal, Aprovado pela Lei 6/2012* (Sao Tomé-et-Principe), *Artigo 455(1)* (texte original : « O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes a cessação dessas funções, adquirir um património ou um modo de vida que seja manifestamente desproporcionais ao seu rendimento e que não resultem de outro meio de aquisição lícito, com perigo de aquele património ou modo de vida provir de vantagens obtidas pela prática de crimes cometidos no exercício de funções públicas, é punível com pena de prisão até 5 anos »).

légitimes, lorsque ces avoirs ou ce mode de vie pourraient résulter des avantages tirés d'infractions commises dans l'exercice de fonctions publiques, encourt une peine de prison d'une durée maximale de cinq ans.

Comme le démontrent les deux passages figurant ci-dessus, tous les agissements ou tous les types de patrimoine, qui peuvent être pris en considération pour déterminer l'existence d'un enrichissement illicite, figurent dans une seule et même disposition. Ainsi, la disposition du Niger englobe à la fois la possession d'avoirs injustifiables et le fait de mener un style de vie injustifiable, alors que celle de Sao Tomé-et-Principe couvre à la fois l'acquisition d'avoirs disproportionnés et le fait de jouir d'un « mode de vie » caractérisé par sa disproportion.

Cette approche est souvent utilisée à la fois par des juridictions d'Amérique du Sud et centrale et à travers l'Afrique de l'Ouest, et reprend d'une certaine manière le phrasé des articles sur l'enrichissement illicite stipulés par des traités internationaux.

2.5.1.2 Dispositions segmentées applicables à différents types d'enrichissement

D'autres lois pénales sur l'enrichissement illicite sous-catégorisent l'infraction par un recours à au moins deux dispositions, qui englobent différents types d'enrichissement basés sur les types de patrimoine qu'une personne a acquis ou dont elle a disposé. Ce format existe principalement dans les pays de *common law*.

Il peut être cité par exemple l'ordonnance de Hong Kong relative à la prévention de la corruption (*Prevention of Bribery Ordinance*) :²¹⁶

10. Possession de biens d'origine inexpiquée

(1) Toute personne exerçant ou ayant exercé en qualité de Directeur général ou d'agent rémunéré, et –

(a) qui mène un train de vie dépassant ce qui correspond à ses émoluments officiels actuels ou antérieurs, ou

(b) qui contrôle des ressources pécuniaires ou biens disproportionnés par rapport à ses émoluments officiels actuels ou antérieurs, a la ligne est coupable d'une infraction, sauf si elle présente à la cour une explication satisfaisante sur les moyens lui ayant permis de mener ce train de vie ou d'acquérir le contrôle de ces biens ou ressources pécuniaires.

216 [Traduction non officielle] Ch. 201, Ordonnance de 1971 relative à la prévention de la corruption (*Prevention of Bribery Ordinance 1971*) (Chine - Hong Kong), section 10.

Le phrasé utilisé dans la loi figurant ci-dessus a été repris presque mot pour mot par plusieurs autres pays, comme à Brunei Darussalam, dans la loi sur la prévention de la corruption (Prevention of Corruption Act) :²¹⁷

12. Possession de biens d'origine inexpliquée

(1) Toute personne exerçant ou ayant exercé en qualité d'agent public –

(a) qui mène un train de vie dépassant ce qui correspond à ses émoluments actuels ou antérieurs, ou

(b) qui contrôle des ressources pécuniaires ou biens disproportionnés par rapport à ses émoluments actuels ou antérieurs,

est coupable d'une infraction, sauf si elle présente à la cour une explication satisfaisante sur les moyens lui ayant permis de mener ce train de vie ou d'acquérir le contrôle de ces biens ou ressources pécuniaires : la sanction prévue est une amende de 30 000 BND et une peine d'emprisonnement de 7 ans.

Il peut également être cité la loi sur la prévention de la corruption d'Antigua-et-Barbuda (Prevention of Corruption Act) :²¹⁸

7. Possession de biens d'origine inexpliquée

(1) Une personne exerçant ou ayant exercé en qualité de fonctionnaire –

(a) qui mène un train de vie dépassant ce qui correspond à ses émoluments officiels actuels ou antérieurs, ou

(b) qui contrôle des ressources pécuniaires ou biens disproportionnés par rapport à ses émoluments officiels actuels ou antérieurs,

commet une infraction, sauf si elle présente à la cour une explication satisfaisante sur les moyens lui ayant permis de mener ce train de vie ou d'acquérir le contrôle de ces biens ou ressources pécuniaires.

217 [Traduction non officielle] Loi de 1982 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 1982*) (Brunei Darussalam), section 12.

218 Loi sur la prévention de la corruption (*The Prevention of Corruption Act*) (loi n° 21 de 2004) (Antigua-et-Barbuda), article 7.

Un phrasé identique ou similaire est également utilisé par les lois du Bouthan,²¹⁹ du Botswana,²²⁰ de l'Eswatini,²²¹ de l'Éthiopie,²²² des Fiji,²²³ du Lesotho,²²⁴ du Malawi,²²⁵ des Îles Marshall,²²⁶ des Seychelles,²²⁷ de la Sierra Leone,²²⁸ de la Tanzanie,²²⁹ et de l'Ouganda.²³⁰

Comme le démontrent les exemples, ces lois sur l'enrichissement illicite contiennent une série de dispositions différentes sur le type de patrimoine acquis ou utilisé.

Remarque de l'auteur : l'avantage du format normatif à portée générale sur format normatif segmenté

Bien qu'à première vue le format normatif segmenté semble représenter une approche plus précise, car il se compose de dispositions distinctes prévues pour des situations particulières, sa mise en œuvre concrète a donné lieu à certains doutes. En effet, les interprétations judiciaires portant sur les éléments du patrimoine censés tomber sous le coup de chaque disposition spécifique se recoupent souvent. Par exemple, les dépenses engagées pour des avoirs traditionnels qui contribuent à l'amélioration du train de vie d'une personne, comme l'achat d'une vaste demeure, peuvent souvent être examinées à la lumière des deux alinéas du format segmenté de l'infraction.

Par ailleurs, il règne une certaine confusion sur le point de savoir si une personne propriétaire d'avoirs traditionnels disproportionnés, et menant également un train de vie démesuré, devrait être poursuivie en vertu d'une ou de l'ensemble des dispositions prévues par la loi sur l'enrichissement illicite.

Ainsi, ces ambiguïtés ont été mises en lumière par la juridiction de Hong Kong, où les cours de justice ont reconnu que la frontière séparant l'action en enrichissement illicite basée sur l'acquisition de biens et l'action en enrichissement illicite qui se fonde sur le maintien d'un

219 Loi de lutte contre la corruption (*Anti-Corruption Act*) promulguée au Bhoutan en 2011, section 60.

220 Loi de 1994 contre la corruption et la criminalité économique (*Corruption and Economic Crime Act 1994*) (Botswana), section 34.

221 Loi de 2006 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 2006*) (Eswatini), section 34.

222 Proclamation n° 414/2004 du Code pénal de la république démocratique fédérale d'Éthiopie (*The Criminal Code of the Federal Democratic Republic of Ethiopia Proclamation no.414/2004*), article 419.

223 Loi sur la prévention des paiements frauduleux (*Prevention of Bribery Act*) (Promulgation n° 12 de 2007) (Fidji).

224 Loi de 1999 sur la prévention de la corruption et des infractions économiques (*Prevention of Corruption and Economic Offences Act 1999*) (telle qu'amendée par la Loi (d'amendement) de 2006 sur la prévention de la corruption et des infractions économiques (*Prevention of Corruption and Economic Offences (Amendment) Act of 2006*) (Lesotho), section 31.

225 Loi de 1995 sur les pratiques constitutives de corruption (*Corrupt Practices Act 1995*) (telle qu'amendée en 2004) (Malawi), section 32.

226 Code pénal de 2011, (Îles Marshall), section 240.8.

227 Loi de lutte contre la corruption de 2016 (*Anti Corruption Act 2016*) (Seychelles), section 25.

228 Loi de lutte contre la corruption de 2008 (*Anti-Corruption Act 2008*) (Sierra Leone), section 27.

229 Loi de 2007 sur la prévention et la lutte contre la corruption (*Prevention and Combating of Corruption Act 2007*) (Tanzanie), section 27.

230 Loi de lutte contre la corruption de 2009 (*Anti Corruption Act 2009*) (Ouganda), section 31.

train de vie est très « mince », car les biens acquis par la personne accusée peuvent également faire partie de son train de vie.²³¹

Par conséquent, il pourrait être affirmé que le format normatif à portée générale, dans le cadre duquel tous les types de patrimoine sont couverts par une infraction, est une construction législative offrant davantage de simplicité et de clarté, car elle ne sème pas de confusion quant aux types de patrimoine devant être envisagés en vertu d'une disposition spécifique. À l'inverse, tout le patrimoine qu'une personne poursuivie a acquis ou dont elle a disposé est évalué à la lumière d'une disposition unique afin de répondre à la question de savoir si la personne a ou non acquis ou disposé d'un patrimoine d'un montant disproportionné par rapport à ses revenus légitimes, que ce soit du fait de l'acquisition de biens ou de la conduite d'un certain style de vie, ou de ces situations.

2.5.2 Formats des lois de droit civil sur l'enrichissement illicite

La plupart des lois de droit civil sur l'enrichissement illicite ont une structure similaire, en ce qu'elles présentent la procédure de requête et d'audience concernant une ordonnance fondée sur les recettes du crime (dont l'intitulé souvent utilisé est ordonnance de richesse inexplicée ou une formule similaire) et qui, si elle est accordée, enjoindra à un défendeur de verser à l'État le montant de l'enrichissement illicite établi.

Le principal élément de distinction entre les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite est le nombre d'étapes de procédure à franchir avant qu'une ordonnance compensatoire définitive puisse être rendue au titre du montant de l'enrichissement illicite.

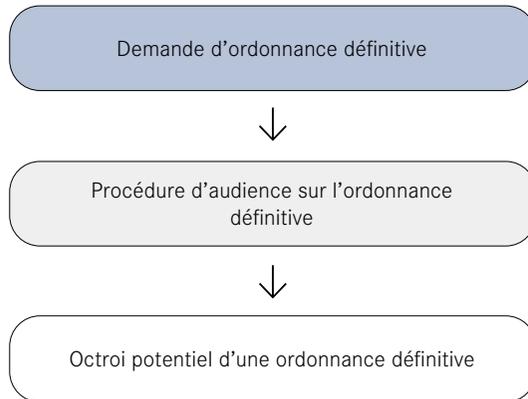
Par exemple, la loi de l'Australie-Occidentale a une approche très simple en vertu de laquelle l'État est autorisé à former directement une demande de « déclaration de richesse inexplicée » en déposant une assignation introductive d'instance (et la déclaration sous serment l'accompagnant).²³² Cette demande se traduira directement par la tenue d'une audience sur le point de savoir s'il convient ou non de prononcer contre une personne une déclaration de richesse inexplicée ; dans l'affirmative, il sera prononcé une déclaration l'enjoignant à verser à l'État le montant de la richesse inexplicée. C'est également le cas dans un certain nombre d'autres juridictions australiennes, y compris le Territoire du Nord²³³ et la Tasmanie.²³⁴

231 I. McWalters SC et al., *Bribery and Corruption Law in Hong Kong*, LexisNexis, Hong Kong, 2015, pages 386 et 387.

232 Loi de 2000 sur la confiscation des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Confiscation Act 2000*) (Australie - Australie-Occidentale), sections 11 et 12 ; Règles de la Cour suprême de 1971 (*Rules of the Supreme Court 1971*) (Australie - Australie-Occidentale), ordonnance 81FA, sections 3 et 4.

233 Loi de 2002 sur la saisie des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Forfeiture Act 2002*) (Australie - Territoire du Nord), section 67.

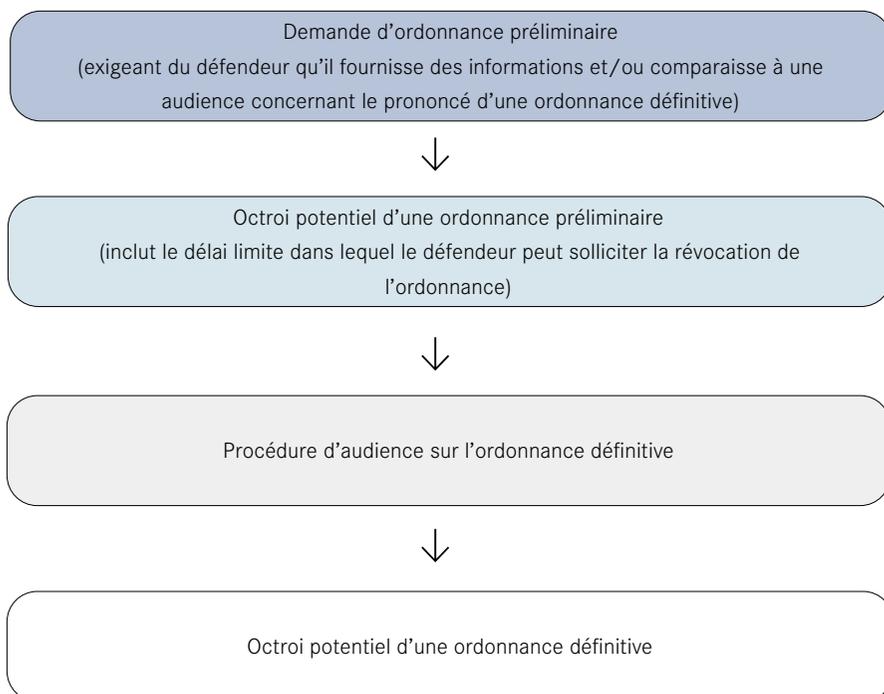
234 Loi de 1993 sur la criminalité (confiscation des bénéfices) (*Crime (Confiscation of Profits) Act 1993*) (Australie - Territoire du Nord), section 141.



Cependant, plusieurs autres juridictions ajoutent un niveau procédural supplémentaire. Au lieu de déposer directement une demande d'ordonnance définitive, l'État est préalablement tenu de demander une ordonnance préliminaire qui assignera une personne devant une cour afin de trancher la question de savoir si une ordonnance définitive doit être prononcée. Il est intéressant de noter que, dans leur demande d'ordonnance préliminaire, les requérants de telles juridictions peuvent également demander à la cour de contraindre le défendeur à fournir des informations sur ses biens et sources de revenus. Par exemple, aux Bahamas, lorsque le requérant (c'est-à-dire l'État) dépose une demande d'ordonnance *conditionnelle* de richesse inexpliquée, il peut « présenter à la cour une demande écrite de prononcé d'une ordonnance exigeant de la personne en cause qu'elle dépose les déclarations et réponde aux questions s'imposant par rapport à ses avoirs ». ²³⁵ De même, avant la présentation d'une demande d'ordonnance de richesse inexpliquée en vertu de la loi particulière sur l'enrichissement illicite en vigueur à Trinité-et-Tobago, l'État peut demander le prononcé d'une ordonnance préliminaire « exigeant du défendeur qu'il dépose la déclaration et réponde aux questions s'imposant par rapport à ses avoirs ». ²³⁶

²³⁵ Loi de 2018 sur les recettes du crime (*Proceeds of Crime Act 2018*) (Bahamas), section 75.

²³⁶ Loi de 2019 sur le régime civil de recouvrement et de gestion des avoirs et la richesse inexpliquée (Trinité-et-Tobago) (*Civil Asset Recovery and Management and Unexplained Wealth Act, 2019 (Trinidad and Tobago)*), section 58.



La loi de droit civil sur l'enrichissement illicite de Maurice, c'est-à-dire la loi sur la bonne gouvernance et l'intégrité (*Good Governance and Integrity Reporting Act*),²³⁷ adopte notamment et à nouveau une approche différente, et ajoute même des étapes procédurales supplémentaires devant être suivies par l'agence habilitée à déposer des demandes d'ordonnances de richesse inexpliquée, l'*Integrity Reporting Services Agency*. Plus précisément, avant qu'une procédure judiciaire puisse débiter, cette agence doit préalablement solliciter l'approbation du conseil indépendant et impartial d'*Integrity Reporting*. La Partie 5 contient à la fois une présentation générale et une analyse plus détaillée de cette loi.

237 [Traduction non officielle] Loi de 2015 sur la bonne gouvernance et l'intégrité (*Good Governance and Integrity Reporting Act 2015*) (Maurice).

2.6 Autres lois partageant d'importants points communs avec les lois sur l'enrichissement illicite

Il existe, dans diverses juridictions, un certain nombre de lois qui n'entrent pas totalement dans les classifications sur les lois en matière d'enrichissement illicite établies par cette publication, mais qui doivent tout de même être mises en exergue, car elles partagent des similitudes majeures.

2.6.1 Ordonnance de richesse inexpliquée du Royaume-Uni

En 2017, le Royaume-Uni a ajouté un régime sur l'Ordonnance de richesse inexpliquée (ORI) à sa loi sur les recettes du crime (*Proceeds of Crime Act*).²³⁸ La classification opérée par le régime ORI du Royaume-Uni est source de confusion, et un grand nombre de publications et d'articles de presse catégorisent l'ORI britannique comme un mécanisme de recouvrement d'un type similaire aux ordonnances de richesse inexpliquée d'autres juridictions.

Cependant, contrairement aux autres lois se focalisant sur la « richesse inexpliquée » et couvertes par cette publication, l'ORI du Royaume-Uni n'est pas un mécanisme autonome de recouvrement d'avoirs. Il s'agit, au contraire, d'un mécanisme d'investigation utilisable pour recueillir des preuves pouvant être présentées, par la suite, dans le cadre d'une procédure civile distincte de recouvrement dont le but est de faire reconnaître que certains biens ont été illégitimement acquis et peuvent être récupérés par l'État. Cette procédure distincte constitue un régime de confiscation en l'absence de condamnation pénale dans lequel l'État doit établir, en respectant un niveau de preuve prévu en matière civile, qu'il est plus probable qu'improbable que ces biens aient été « obtenus par un acte illégitime ». ²³⁹ Au cours de cette procédure ultérieure, la cour peut présumer que certains biens n'ont pas été acquis légitimement. Cependant, cette présomption s'appuie le non-respect d'une première ORI relevé par rapport à la présentation d'informations, et non pas sur la disproportion observée entre les avoirs et les revenus légitimes.

À l'époque de sa promulgation, l'ORI britannique était un mécanisme législatif à la fois nouveau et unique. Cependant, au cours des dernières années, il a été largement repris par les juridictions de la Barbade²⁴⁰ et du Zimbabwe.²⁴¹ Des passages de ces lois figurent en Annexe 1 sous le titre « Lois d'investigation sur l'ordonnance de richesse inexpliquée ».

Le mécanisme de l'ORI britannique fonctionne de la manière suivante :

238 Loi de 2002 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 2002*) (Royaume-Uni), section 362A-362T.

239 Loi de 2002 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 2002*) (Royaume-Uni), sections 266 et 304.

240 Loi 2019-17 sur les produits et les instruments du crime (*Proceeds and Instrumentalities of Crime Act, 2019-17*) (Barbade).

241 Loi n° 4 de 2013 sur le blanchiment d'argent et les recettes du crime (*Money Laundering and Proceeds of Crime Act No.4 of 2013*) (telle qu'amendée par la loi de 2019 (amendement) sur le blanchiment d'argent et les recettes du crime (*Money Laundering and Proceeds of Crime (Amendment) Act 2019*)) (Zimbabwe).

ÉTAPE

1

Les forces de l'ordre présentent une demande d'ORI

Les forces de l'ordre demandent à une cour de prononcer une ORI contre une personne.

La demande d'ORI doit :

- désigner les biens à l'égard desquels l'ordonnance est demandée ; et
- désigner la personne (le défendeur) qui, de l'avis des forces de l'ordre, est en possession de ces biens.

ÉTAPE

2

La cour prend une décision sur le point de savoir s'il convient de prononcer une ORI

Afin que la demande d'ORI soit couronnée de succès, la cour doit estimer que :

- le défendeur est en possession des biens décrits par la demande ; et
- la valeur des biens est supérieure à 50 000 GBP ; et
- il peut être soupçonné, du fait de motifs raisonnables, que les sources connues des revenus légitimement perçus par le défendeur n'auraient pas été suffisantes pour lui permettre d'acquérir ces biens ; et
- le défendeur est une personne politiquement exposée ; ou
- il peut être soupçonné, du fait de motifs raisonnables, que le défendeur a participé à un crime ou a des liens avec une personne ayant participé à un crime.

ÉTAPE

3

La cour prononce une ORI

Si la demande est accueillie, la cour rend une ORI et le défendeur doit, en réponse à cette ordonnance, présenter une déclaration devant au strict minimum :

- présenter la nature et l'étendue des intérêts dont le défendeur est titulaire par rapport aux biens qui font l'objet de l'ordonnance ; et
- expliquer les moyens par lesquels le défendeur a obtenu ces biens (incluant, notamment, le mode de paiement des frais engagés pour les obtenir).

ÉTAPE

4

Le défendeur présente ou non une déclaration, et une procédure civile, distincte et potentielle est engagée par les forces de l'ordre pour faire prononcer une ordonnance de recouvrement

Si le défendeur **ne respecte pas** l'ORI ou **ne prétend pas respecter**²⁴² l'ORI, alors...

Si le défendeur **respecte** l'ORI ou **prétend respecter** l'ordonnance, et fournit une déclaration sur les informations sollicitées, alors...



...les forces de l'ordre peuvent engager une procédure civile distincte pour faire prononcer une « ordonnance de recouvrement », et le fait que le défendeur n'ait pas respecté ou prétende respecter l'ordonnance initiale de richesse inexplicite permettra, pendant cette procédure supplémentaire, de poser une présomption (qui peut être renversée par le défendeur) d'obtention illégitime des biens.



...les forces de l'ordre disposent d'un délai de 60 jours pour décider d'engager ou non une procédure civile distincte envisagée en vue du prononcé d'une « ordonnance de recouvrement », et pendant laquelle elles peuvent potentiellement utiliser les preuves qui figurent dans la déclaration faite par le défendeur afin de démontrer que, dans une mesure plus probable qu'improbable, ces biens ont été obtenus de manière illégitime.

Dans la mesure où, au moment de la rédaction, les preuves recueillies en vertu d'une ORI britannique doivent encore être exploitées lors d'une procédure civile distincte visant à obtenir une ordonnance de recouvrement, le poids qu'il leur sera accordé dans la détermination du point de savoir si les biens en cause ont été acquis illégitimement n'a pas été déterminé. Dans la mesure où la cour, qui intervient dans une procédure relative à une ordonnance de recouvrement, doit estimer, selon la prépondérance des probabilités, que les biens en question ont un lien avec un acte illégitime, aucun élément ne vient préciser le nombre de preuves supplémentaires qu'un

242 À ce stade, ce qui constituerait un « prétendu » respect demeure vague. La législation ne définit pas cette notion. Un commentaire suggère que, « [c]onsidéré dans son contexte, et eu égard à l'objet du régime de l'ORI, un prétendu respect semblerait désigner une réponse qui, de prime abord, semble respecter l'ORI, alors qu'en fait elle ne la respecte pas ou pourrait ne pas la respecter. Le point de savoir si le défendeur a connaissance de l'inexactitude de la réponse semblerait ne pas avoir d'importance ; une réponse délibérément inventée semblerait donc être donnée en vue du prétendu respect d'une ORI, à condition qu'à première vue, elle ait semblé respectueuse. » (A Mitchell et. al, « *Mitchell, Taylor and Talbot on Confiscation and Proceeds of Crime* », vol. 2, Thomson Reuters, 2019, section [XIII 162]).

État doit rapporter en plus de celles étant réunies dans la réponse à une ordonnance de richesse inexpliquée.

2.6.2 Loi irlandaise de 1996 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 1996*)

La loi irlandaise sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act*)²⁴³ prévoit un mécanisme de recouvrement d'avoirs largement applaudi et très similaire aux lois sur l'enrichissement illicite. La loi, qui s'appuie sur une procédure civile, dispose que certains biens peuvent être confisqués « s'il semble à la cour » qu'une personne « est en possession ou a le contrôle » de biens qui « constituent directement ou indirectement des produits du crime » ou qui « ont été acquis, en totalité ou en partie, avec des biens ou d'une manière liée à des biens constituant, directement ou indirectement, des produits du crime ».²⁴⁴ Dans l'évaluation de cette situation, la cour peut prendre appui sur la preuve par l'« intime conviction » rapportée par un officier des forces de l'ordre.²⁴⁵ En outre, la loi prévoit également un mécanisme de renversement du fardeau de la preuve similaire à celui des lois sur l'enrichissement illicite, en ce qu'une cour rendra une ordonnance si le défendeur ne parvient pas à la convaincre du fait « qu'un bien spécifique n'est pas directement ou indirectement constitutif de produits du crime ».²⁴⁶ En dernier lieu, la loi contient une disposition qui habilite une cour à prononcer une ordonnance à l'encontre d'un défendeur pour l'obliger à déposer une déclaration sous serment énumérant les biens dont il a le contrôle et ses sources de revenus.²⁴⁷

Cette loi est un mécanisme unique et est difficile à catégoriser. Des publications antérieures ont en fait déjà considéré la loi irlandaise comme une « ordonnance de richesse inexpliquée ».²⁴⁸ Cependant, dans la mesure où il doit être prouvé sans l'ombre d'un doute et selon la prépondérance des probabilités que les biens en cause représentent des « produits du crime », cette publication n'a pas classé cette loi dans la catégorie prévue pour la loi de droit civil sur l'enrichissement illicite. Cette catégorisation est davantage accentuée par le fait, qu'en pratique, les cours de justice irlandaises ne s'appuient pas exclusivement sur la preuve par l'« intime conviction » pour estimer qu'un bien constitue le produit d'un crime, sauf si elle est corroborée par d'autres preuves.²⁴⁹ En tout état de cause, cette loi contient plusieurs caractéristiques similaires à d'autres lois classées par cette publication comme des « lois sur l'enrichissement illicite », et le classement précis de cette loi fera inéluctablement l'objet de futurs débats. La Partie 5 contient à la fois une explication et une analyse plus détaillées de cette loi.

243 Loi de 1996 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 1996*) (Royaume-Uni).

244 Ibid., section 3.

245 Ibid., sections 3 et 8.

246 Ibid., section 3. Veuillez noter qu'en pratique, l'inversion du fardeau de la preuve n'est opérée que lorsqu'une demande a priori fondée cible le défendeur (F. McK v GWD [2004] 2 I.R. 470).

247 Loi de 1996 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 1996*) (Irlande), section 9.

248 Voir, par exemple, *Comparative Evaluation of Unexplained Wealth Orders*, publié en 2012 par Booz Allen Hamilton.

249 Arrêt *Gilligan v Criminal Assets Bureau* [1997] IEHC 106.

En plus de ces normes, l'Irlande dispose, dans la section 16 de la loi sur la justice pénale (infractions de corruption) (*Criminal Justice (Corruption Offences) Act*), d'une disposition supplémentaire et similaire à une loi sur l'enrichissement illicite.²⁵⁰ En vertu de cette disposition, une « présomption d'enrichissement par corruption » peut être posée par rapport aux origines de biens dont un agent public est en possession si, pendant une procédure relative à une infraction de corruption distincte (c'est-à-dire, une corruption active ou passive), il est découvert que ce dernier détient des biens qu'il n'a pas mentionnés dans sa « déclaration d'intérêts enregistrables » (*statement of registrable interests*).²⁵¹ Dans une telle situation, il sera présumé que les biens en cause « ont ou ont eu pour origine directe ou indirecte un don, une contrepartie ou un avantage accordé afin d'inciter le fonctionnaire irlandais à être l'auteur d'un acte en lien avec son poste, son emploi, sa position ou ses activités, afin de le récompenser de cet acte ou autre titre d'un tel acte, sauf si le contraire est prouvé ». ²⁵² Cependant, dans la mesure où la mise en œuvre de cette loi nécessite l'existence d'une procédure concernant une infraction de corruption distincte, cette loi n'a pas non plus été classée par cette publication dans la catégorie établie pour une loi sur l'enrichissement illicite.

2.6.3 Loi suisse sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger

La loi fédérale suisse du 18 décembre 2015 sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger donne un autre exemple de loi qui n'entre pas tout à fait dans la catégorie prévue pour une loi sur l'enrichissement illicite, mais s'accompagne tout de même de similitudes majeures.

Cette loi permet au Conseil fédéral suisse de bloquer les valeurs patrimoniales détenues en Suisse, par des personnes politiquement exposées à l'étranger (et leurs proches), préalablement à une procédure de confiscation soumise à certaines conditions, à savoir quand :

- a. les valeurs patrimoniales ont fait l'objet d'une mesure provisoire de saisie dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ouverte à la demande de l'État d'origine ;
- b. l'État d'origine n'est pas en mesure de répondre aux exigences de la procédure d'entraide judiciaire du fait de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son appareil judiciaire ou du dysfonctionnement de celui-ci (situation de défaillance) ; et

250 Loi de 2018 sur la justice pénale (infractions de corruption) (*Criminal Justice (Corruption Offences) Act 2018*) (Irlande).

251 Ibid., section 16(1)(a) ; les infractions pour lesquelles une procédure peut poser cette présomption incluent la « corruption active et passive », le « trafic d'influence actif et passif », la « corruption en lien avec un poste, un emploi, une position ou des activités » et l'« attribution d'un don, d'une contrepartie ou d'un avantage qui peut être utilisé pour faciliter une infraction relevant de cette loi », qui sont encadrés par les sections 5 à 8 du même instrument législatif.

252 Loi de 2018 sur la justice pénale (infractions de corruption) (*Criminal Justice (Corruption Offences) Act 2018*) (Irlande), section 16(1)(b).

c. la sauvegarde des intérêts de la Suisse exige le blocage de ces valeurs patrimoniales.²⁵³

Suite à un blocage de valeurs patrimoniales, le Tribunal administratif fédéral peut ensuite être autorisé à confisquer les valeurs patrimoniales bloquées s'il s'avère qu'elles ont une « origine illicite ».²⁵⁴ Il est intéressant que l'origine illicite des valeurs patrimoniales puisse être présumée, mais d'une manière soumise au respect des conditions suivantes :

- a. le patrimoine de la personne qui a le pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales ou qui est l'ayant droit économique de celles-ci a fait l'objet d'un accroissement exorbitant facilité par l'exercice de la fonction publique de la personne politiquement exposée à l'étranger ; et
- b. le degré de corruption de l'État d'origine ou de la personne politiquement exposée à l'étranger en cause était notoirement élevé durant la période d'exercice de la fonction publique de celle-ci.²⁵⁵

La loi dispose également qu'un « accroissement » du patrimoine « est exorbitant s'il y a une disproportion importante, ne s'expliquant pas par l'expérience générale de la vie et le contexte du pays, entre le revenu légitime acquis par la personne qui a le pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales et l'augmentation du patrimoine en cause ».²⁵⁶

Finalement, si une présomption est posée, la personne en cause peut la renverser quand « la licéité de l'acquisition des valeurs patrimoniales est démontrée avec une vraisemblance prépondérante ».²⁵⁷

Comme les dispositions énoncées ci-dessus l'ont démontré, le mécanisme suisse partage d'importants points communs avec les lois sur l'enrichissement illicite. Plus précisément, il ne contraint pas l'État à établir un lien entre des avoirs et une infraction précise ; il permet en revanche au tribunal de présumer que certains avoirs détenus en Suisse par une personne et ayant une origine illicite ont été acquis s'il peut être démontré que le patrimoine global d'une personne a augmenté de manière disproportionnée par rapport à ses revenus légitimes.

Néanmoins, la législation suisse se distingue également et dans une certaine mesure des lois sur l'enrichissement illicite, car elle exige le respect de quelques conditions essentielles avant que les avoirs ne puissent être jugés « illicites ». L'État doit plus particulièrement et également démontrer que, lorsque la personne en cause exerçait ses fonctions, le niveau de corruption de son État d'origine était notoirement élevé. Par ailleurs, avant que les avoirs ne puissent être confisqués, une ordonnance de blocage des avoirs doit être rendue par un organe politique, le Conseil fédéral suisse, et cette ordonnance ne peut être délivrée que si l'État d'origine n'est pas en mesure de

253 Loi fédérale du 18 décembre 2015 sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger (Suisse), article 4.

254 Ibid., article 14.

255 Ibid., article 15(1).

256 Ibid., article 2.

257 Ibid., article 15(3).

répondre aux exigences de l'entraide judiciaire du fait de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son appareil judiciaire ou du dysfonctionnement de celui-ci.

2.6.4 Code pénal français (article 321-6)

En vertu de l'article 321-6 du Code pénal français, une personne est l'auteur d'un crime si elle :

- est en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui se livrent à la commission de crimes ou de délits (punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement) ; et
- ne peut pas justifier de ressources correspondant à son train de vie ou d'un bien détenu.²⁵⁸

À la lumière de ces éléments, cet article est extrêmement similaire aux lois sur l'enrichissement illicite, car un procureur n'est pas tenu de prouver que le patrimoine en cause a eu pour origine une infraction pénale distincte ou de démontrer que la personne poursuivie a commis un acte criminel. De surcroît, des sanctions peuvent être appliquées si la personne en cause ne peut pas justifier de l'origine de son patrimoine ou du montant de son patrimoine par rapport aux sources légitimes de ses revenus.

Pourtant, en dépit de ses points communs, cette loi peut être distinguée des lois sur l'enrichissement illicite en raison du fait qu'un procureur est dans l'obligation d'établir qu'une autre personne a perpétré une infraction, et que la personne poursuivie en vertu de l'article 321-6 est en relations habituelles avec cette personne reconnue coupable. La présomption d'origine illicite prévue par cet article n'est donc pas uniquement avancée car la personne poursuivie ne peut pas justifier des sources de son patrimoine, mais également car elle entretient une relation avec la personne désignée coupable d'une infraction. Toutefois, les techniques utilisées pour apporter la preuve d'infractions d'enrichissement illicite revêtiront également un intérêt dans le cadre des enquêtes et des poursuites en lien avec cet article.

2.6.5 Lois similaires concernant les obligations de déclaration d'avoirs

Dans certaines juridictions, des mécanismes d'un type traitant de l'enrichissement illicite existent parfois dans le contexte des obligations de déclaration d'avoirs. Par exemple, en vertu du Code pénal de la Macédoine du Nord, si un agent public fournit des renseignements inexacts ou incomplets pendant une procédure de déclaration obligatoire, et s'il est prouvé qu'il possède

258 Code pénal (France), article 321-6 (texte original : « Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait de faciliter la justification de ressources fictives pour des personnes se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect »).

des biens considérablement disproportionnés par rapport aux revenus qu'il perçoit légalement, cet agent public aura alors commis une infraction, et la partie excédentaire des biens sera confisquée.²⁵⁹ De la même manière, au Gabon, bien qu'il n'existe pas d'infraction autonome d'enrichissement illicite, si un agent public ne se soumet pas à des procédures déclaratoires d'avoirs, ce choix peut alors également donner lieu à une confiscation d'avoirs.²⁶⁰ Bien que ces lois n'aient pas été spécifiquement classées par cette publication dans la catégorie des lois sur l'enrichissement illicite, des techniques d'investigation similaires pourraient également être appliquées à ces lois afin de déterminer la fiabilité des informations figurant dans les déclarations d'avoirs faites par des agents publics.

2.6.6 Points communs entre les lois sur l'enrichissement illicite et la législation fiscale

Un certain nombre d'observateurs ont également pris note des points communs entre la législation sur l'enrichissement illicite et la législation fiscale ou, plus particulièrement, l'enquête et les poursuites ciblant les infractions d'évasion fiscale dans quelques pays.²⁶¹ Il peut être cité, à titre d'illustration intéressante, les États-Unis qui ont fait part à maintes reprises de leurs réserves sur les dispositions d'enrichissement illicite stipulées par des traités internationaux, mais qui autorisent depuis plusieurs décennies les poursuites visant les patrimoines disproportionnés en vertu de lois sur l'évasion fiscale.²⁶² Ainsi, dans l'affaire *Holland v United States*,²⁶³ les procureurs ont réussi à faire reconnaître la culpabilité de personnes poursuivies pour évasion fiscale en vertu du Code des impôts américain (*US internal revenue code*) en démontrant que la valeur de leur patrimoine avait augmenté de manière disproportionnée par rapport aux revenus qu'ils avaient déclarés sur une période de trois ans. Cependant, contrairement aux lois sur l'enrichissement illicite, le « caractère intentionnel » est, dans ce type d'affaires, un élément qui doit également

259 Code pénal (tel qu'amendé jusqu'en 2018) (Macédoine du Nord), article 359-a.

260 Loi n° 002/2003 du 7 mai 2003, instituant un régime de prévention et de répression de l'enrichissement illicite en République Gabonaise.

261 Par exemple, ce document remarque que des modèles législatifs similaires aux lois sur l'enrichissement illicite existent en Tchéquie, en Grèce et en Irlande : Commission européenne, *Commission Staff Working Document – Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*, Commission européenne, Bruxelles, 2019 ; les points communs relevés dans la mise en œuvre de la législation fiscale américaine et de la législation sur l'enrichissement illicite ont également été notés par R. Messick dans *Will the United States Please Admit It has an Illicit Enrichment Law*, un article publié, le 24 avril 2019, sur <https://globalanticorruptionblog.com/2019/04/24/will-the-u-s-please-admit-it-has-an-illicit-enrichment-law/>, le blog concernant la lutte contre la corruption dans le monde, tel qu'accédé le 21 mars 2021, tandis que le rapport existant entre les régimes fiscaux et les mécanismes en lien avec la richesse inexplicite a également été analysé par R. Julien dans *Unexplained wealth orders (UWOs) under the UK's Criminal Finances Act 2017: The role of tax laws and tax authorities in its successful implementation*, WU International Taxation Research Paper Series No.2019-02, 2019.

262 R. Messick, *Will the United States Please Admit It has an Illicit Enrichment Law*, un article publié le 24 avril 2019 sur <https://globalanticorruptionblog.com/2019/04/24/will-the-u-s-please-admit-it-has-an-illicit-enrichment-law/>, le blog concernant la lutte contre la corruption dans le monde, tel qu'accédé le 21 mars 2021.

263 Arrêt *Holland v United States*, 348 U.S. 121 (1954), cité par R. Messick dans *Will the United States Please Admit It has an Illicit Enrichment Law*, un article publié, le 24 avril 2019, sur <https://globalanticorruptionblog.com/2019/04/24/will-the-u-s-please-admit-it-has-an-illicit-enrichment-law/>, le blog concernant la lutte contre la corruption dans le monde, tel qu'accédé le 21 mars 2021.

« être prouvé à l'aide de preuves indépendantes » et qui « ne peut pas être déduit d'une simple sous-déclaration de revenus ».²⁶⁴

Brève comparaison entre les lois sur l'enrichissement illicite et d'autres lois similaires	
Lois pénales/de droit civil sur l'enrichissement illicite	<ul style="list-style-type: none"> • Elles donnent à une cour le pouvoir de prononcer une sanction pénale ou civile, si cette dernière estime qu'un enrichissement illicite a eu lieu (c'est-à-dire qu'une personne a disposé d'un patrimoine dont le niveau n'est pas justifié par rapport à des revenus légitimes). • L'établissement d'une activité criminelle distincte ou sous-jacente ne s'impose pas avant que la sanction puisse être prononcée.
Lois pénales/de droit civil particulières sur l'enrichissement illicite	<ul style="list-style-type: none"> • Elles donnent à une cour le pouvoir de prononcer une sanction pénale ou civile, si cette dernière estime qu'un enrichissement illicite a eu lieu. • L'établissement d'une activité criminelle distincte ou sous-jacente ne s'impose pas avant que la sanction puisse être prononcée, mais l'État doit fournir la preuve d'un « soupçon raisonnable » ou d'une « conviction raisonnable » qu'une criminalité sous-jacente ou distincte d'un genre quelconque a eu lieu.
Lois d'investigation sur l'ordonnance de richesse inexplicée (par exemple, les ordonnances de richesse inexplicée du Royaume-Uni, de la Barbade et du Zimbabwe)	<ul style="list-style-type: none"> • Elles ne donnent à une cour que le pouvoir de contraindre une personne à lui communiquer des informations sur les sources des revenus utilisés pour acquérir un certain patrimoine. • Avant que l'ordonnance puisse être prononcée, l'établissement d'une activité criminelle distincte ou sous-jacente ne s'impose pas si la personne visée est une personne politiquement exposée (Royaume-Uni/Barbade). • Après le prononcé d'une ordonnance de richesse inexplicée, il doit être mené, avant que la confiscation d'avoirs ne soit possible, une procédure distincte de « recouvrement civil » à l'occasion de laquelle les informations recueillies grâce à l'ordonnance de richesse inexplicée peuvent être utilisées.

²⁶⁴ Arrêt *Holland v United States*, 348 U.S. 121 (1954) point [15].

<p>Mécanisme de recouvrement de la loi de 1996 sur les produits du crime (<i>Proceeds of Crime Act 1996</i>) adoptée en Irlande</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Des biens peuvent être confisqués « s'il semble à la cour » qu'une personne « est en possession ou a le contrôle » de biens qui « constituent directement ou indirectement des produits du crime » ou qui « ont été acquis, en totalité ou en partie, avec des biens ou d'une manière liée à des biens constituant, directement ou indirectement, des produits du crime ». • Il permet à une cour d'enjoindre à une personne de présenter une déclaration sous serment énumérant les biens dont elle est propriétaire et les revenus qu'elle a perçus. • Une cour peut utiliser l'« intime conviction » d'un représentant des forces de l'ordre comme une preuve mais, en pratique, celle-ci doit être corroborée.
<p>Loi fédérale suisse du 18 décembre 2015 sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Des avoirs sont initialement gelés par le Conseil fédéral (la branche exécutive du système gouvernemental suisse) si certaines conditions sont respectées (également le fait que l'État d'origine des avoirs en cause n'est pas en mesure de répondre aux exigences de la procédure d'entraide judiciaire). • Par la suite, les avoirs en cause seront confisqués par les cours de justice s'il est estimé qu'ils ont une « origine illicite », étant précisé que la nature « illicite » des avoirs est présumée si le patrimoine de la personne en cause a fait l'objet d'un accroissement « exorbitant », et si un niveau de corruption de l'État d'origine ou de la personne en cause était « notoirement élevé ».
<p>Code pénal français (Article 321-6)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Des sanctions peuvent être appliquées si une personne ne peut pas justifier de l'origine de son patrimoine ou de son montant par rapport aux sources légitimes de ses revenus, et si l'État peut également démontrer que la personne en cause est en relations habituelles avec une autre personne reconnue coupable d'une infraction.
<p>Lois en matière de confiscation mises en œuvre suite aux violations des lois sur la déclaration d'avoirs</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Elles peuvent autoriser la confiscation d'avoirs qui ne peuvent pas être justifiés par rapport à des revenus légitimes. • Leur mise en œuvre n'est possible que s'il est préalablement établi qu'une personne a violé des lois sur la déclaration d'avoirs.

Partie III

Démonstration de l'enrichissement illicite

Partie III - Résumé

Les éléments spécifiques, dont la démonstration doit être faite en vertu des lois sur l'enrichissement illicite, ne sont pas universels. Comme l'indique la Partie précédente, les lois sur l'enrichissement illicite varient considérablement tant sur le fond que sur la forme et, en conséquence, les éléments présentés par le droit d'une juridiction ne sont pas toujours repris par le droit d'une autre juridiction. Ainsi, lorsqu'une loi sur l'enrichissement illicite peut exiger d'un État qu'il fasse la preuve du « train de vie » d'un « agent public » qui ne peut pas être « expliqué », une autre loi en matière d'enrichissement illicite peut exiger de l'État qu'il démontre qu'une « personne » a « acquis des biens » qui sont « disproportionnés » par rapport à ses revenus légitimes.

Par ailleurs, du fait des différentes approches retenues par rapport aux mécanismes de renversement du fardeau de la preuve, la partie placée dans l'obligation de traiter d'un élément particulier peut également varier d'une juridiction à l'autre. Par exemple, il se peut que dans une juridiction le fardeau de la preuve concernant le montant total des revenus légitimes d'une personne vienne peser sur l'État, mais que dans une autre juridiction il pèse sur la personne poursuivie ou le défendeur (par souci de simplicité, la personne poursuivie ou le défendeur sera qualifié de « personne visée » par cette publication).

À la lumière de ces différences, cette Partie n'a pas pour but d'établir une liste exhaustive et d'application universelle des éléments dont la preuve doit être rapportée pour obliger une cour à prononcer une sanction judiciaire en cas d'enrichissement illicite. Il s'agit d'une mission impossible. En revanche, cette Partie se focalisera sur la mise en exergue des points suivants :

- les deux éléments communs prévus, sous une forme ou une autre, par toutes les lois sur l'enrichissement illicite qui exigent la production de preuves afin de déterminer le patrimoine total d'une personne et le total des revenus légitimes perçus au cours d'une période considérée ;
- les charges de la preuve concernant les deux éléments communs, ainsi que les différentes mises en œuvre des mécanismes de renversement du fardeau de la preuve dans les procédures pour enrichissement illicite ;
- la simple formule que les cours de justice utiliseront pour examiner l'existence d'un décalage entre le patrimoine d'une personne et ses revenus ;

- ce qui pourrait constituer une « explication satisfaisante » ;
- les types de preuves qui peuvent être rapportés pour démontrer le patrimoine total dont une personne a disposé et le total des revenus légitimes qu'elle a perçus ; et
- les autres éléments précis qui figurent souvent dans les lois spécifiques sur l'enrichissement illicite, comme les seuils de valeur, l'élément intentionnel, et la nécessité de prouver la qualité d'agent public d'une personne.

3.1 Qui doit prouver quoi ? Les deux éléments communs qui doivent être abordés par une procédure pour enrichissement illicite

Comme l'expliquent les sections précédentes, cette publication définit une loi sur l'enrichissement illicite comme une loi imposant une sanction judiciaire si une personne s'est illicitement enrichie ou, plus précisément, a **disposé d'un patrimoine** dont le **niveau n'est pas justifié par rapport à des revenus légitimes**.

Eu égard à cette définition, il peut être déduit que toutes les lois pénales et de droit civil placées par cette publication dans la catégorie des « lois sur l'enrichissement illicite » ont, au strict minimum, deux éléments communs, qui doivent être examinés dans le cadre d'une procédure pour déterminer si une personne s'est enrichie illicitement et encourt une peine prévue par le droit, à savoir :

L'élément Patrimoine	Une personne a disposé d'un patrimoine
L'élément Revenus insuffisants	L'origine légitime du patrimoine démontré par l'élément Patrimoine n'est pas justifiée ou expliquée par les revenus légitimes de cette personne

3.1.1 Comme l'élément Patrimoine est-il exprimé par les lois sur l'enrichissement illicite ?

L'élément Patrimoine est le plus simple des deux éléments décrits ci-dessus. Il désigne l'exigence générale posée par toutes les lois en matière d'enrichissement illicite pour contraindre l'État à prouver que la personne visée a disposé d'un « patrimoine » d'un certain montant (ou alors en a « acquis » un, en a « contrôlé » un ou en a « tiré parti ») au cours la période décrite comme celle de l'enrichissement illicite.

Comme les parties figurant ci-dessus l'indiquent déjà, cet élément est exprimé par une multitude d'approches différentes prévues par les lois sur l'enrichissement illicite, en fonction du mode de classement ou de désignation spécifique utilisé par un pays pour la question du « patrimoine », et des moyens par lesquels il peut être utilisé. Par exemple, les lois sur l'enrichissement illicite du

Nicaragua²⁶⁵ et de l’Afghanistan²⁶⁶ présentent cet élément comme une exigence obligeant l’État à faire la preuve d’un « accroissement » des « avoirs ». Tant la loi pénale sur l’enrichissement illicite de Hong Kong²⁶⁷ que les lois de droit pénal et de droit civil des Fidji en matière d’enrichissement illicite²⁶⁸ présentent cet élément comme la nécessité de prouver qu’une personne a « mené » un « train de vie » ou « contrôle des ressources pécuniaires ou des biens ». La loi de droit civil sur l’enrichissement illicite d’Australie-Occidentale²⁶⁹ pose cet élément comme une exigence en vertu de laquelle il convient de faire la preuve de la « valeur totale du patrimoine du défendeur », qui comprend « le total de la valeur de tous les biens et de l’ensemble des services, des avantages et des prestations qui, collectivement, représentent le patrimoine d’une personne ».

3.1.2 Comment l’élément Revenus insuffisants est-il exprimé par les lois sur l’enrichissement illicite ?

Le mode de présentation de l’élément Revenus insuffisants d’une loi sur l’enrichissement illicite dépendra principalement de la ou des parties devant en rapporter la preuve. En principe, cet élément exigera d’une cour qu’elle juge, eu égard aux revenus légitimes de la personne en cause, que la valeur du patrimoine établie par l’élément Patrimoine n’a pas été expliquée car :

- A. soit l’État a démontré que le total du patrimoine de la personne visée, qui a été dévoilé par l’élément Patrimoine, est disproportionné par rapport aux revenus « officiels » ou « connus » de la personne visée, et la **personne visée** n’a pas expliqué ou ne peut pas expliquer cette disproportion (même lorsque la loi la place expressément dans l’obligation de le faire) ;
- B. soit l’État a démontré à lui seul qu’il n’est pas possible que le total du patrimoine de la personne visée tel que présenté par l’élément Patrimoine puisse être expliqué par les revenus totaux de la personne visée ;
- C. soit la **personne visée**, telle qu’envisagée seule, n’a pas proposé d’explications ou donné d’explications adéquates sur le patrimoine établi par l’élément Patrimoine en se référant à ses revenus légitimes (même lorsque la loi la place expressément dans l’obligation de le faire).

265 [Traduction non officielle] *Código Penal, Ley N.º 641, Aprobado el 13 de Noviembre de 2007 (Nicaragua), Artículo 448* (texte original : « La autoridad, funcionario o empleado público, que sin incurrir en un delito más severamente penado, obtenga un incremento de su patrimonio con significativo exceso, respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente su procedencia, al ser requerido por el órgano competente señalado en la ley, será sancionado de tres a seis años de prisión e inhabilitación por el mismo período para ejercer cargo o empleo público »).

266 Code pénal (Afghanistan), article 419(1).

267 [Traduction non officielle] Ch. 201, ordonnance de 1971 relative à la prévention de la corruption (*Prevention of Bribery Ordinance 1971*) (Chine - Hong Kong), section 10.

268 Loi sur la prévention des paiements frauduleux (Promulgation n° 12 de 2007) (*Prevention of Bribery Act (Promulgation No. 12 of 2007)*)(Fidji), section 10 ; loi de 1997 sur les produits du crime (telle qu’amendée par la loi d’amendement n° 7 de 2005, et par le décret (amendement) de 2012 sur les produits du crime (décret n° 61 de 2012)) (*Proceeds of Crime Act 1997 (as amended by the Proceeds of Crime Amendment Act No. 7 of 2005 and by the Proceeds of Crime (Amendment) Decree 2012 (Decree No. 61 of 2012)*) (Fidji), section 71F.

269 Loi de 2000 sur la confiscation des biens d’origine criminelle (*Criminal Property Confiscation Act 2000*) (Australie - Australie-Occidentale), section 12 et 144.

Comme les propositions figurant ci-dessus permettent de l'apprécier, les lois sur l'enrichissement illicite peuvent attribuer le traitement de l'élément Revenus insuffisants partiellement à l'État et à la personne visée (exemple A figurant ci-dessus), exclusivement à l'État (exemple B figurant ci-dessus), ou exclusivement à la personne visée (exemple C figurant ci-dessus).

Compte tenu de cette situation, la formulation concrète de l'élément Revenus insuffisants de la législation sur l'enrichissement illicite correspondra, en fonction de la personne tenue par la loi de traiter de cet élément, à l'un des trois modèles suivants :

Modèle A : L'État est tenu de démontrer que le patrimoine de l'élément Patrimoine est disproportionné (ou « supérieur aux », « démesuré par rapport aux » ou « n'aurait pas pu être acquis avec ») par rapport à certains aspects des revenus légitimes de la personne visée (par exemple, ses revenus « officiels » ou « connus » uniquement) avant la mise en marche d'un mécanisme exprès de renversement du fardeau de la preuve, qui oblige la personne visée à fournir une « explication » ou « justification » sur le décalage établi.

Modèle B : L'État est tenu de démontrer que le patrimoine de l'élément Patrimoine est « disproportionné par rapport à » (ou « supérieur aux », « démesuré par rapport aux » ou « n'aurait pas pu être acquis avec ») l'ensemble des revenus légitimes de la personne visée, et la personne visée n'est pas expressément placée dans l'obligation de fournir des preuves quelconques de revenus pour justifier de son patrimoine (encore que, si elle le souhaite, elle peut assurer sa défense).

Modèle C : La personne visée est tenue de prouver qu'elle dispose de revenus légitimes suffisants pour expliquer le montant total du patrimoine établi par l'État dans le cadre de l'élément Patrimoine (en vertu de cette proposition, le mécanisme exprès de renversement du fardeau de la preuve est mis en œuvre dès que l'État fait la preuve de l'élément Patrimoine et celui-ci n'est pas obligé d'apporter des preuves de revenus légitimes). La formulation de la loi inclura souvent une disposition expresse qui prévoit que la charge de la preuve de revenus légitimes suffisants pèse exclusivement sur la personne visée.

Indépendamment du point de savoir si l'élément Revenus insuffisants est formulé par une loi spécifique sur l'enrichissement illicite conformément au modèle A, B, ou C, si une cour estime, après avoir considéré les revenus légitimes de la personne visée, **qu'aucune explication adéquate n'a été fournie** par rapport au patrimoine total révélé par l'élément Patrimoine, elle prononcera alors une sanction.

**Les charges de la preuve expressément attribuées par les trois propositions sur
« l'élément Revenus insuffisants »**

	Partie à laquelle il incombe de présenter l'élément Patrimoine (et de fournir des preuves sur le patrimoine de la personne visée)	Partie à laquelle il incombe de présenter l'élément Revenus insuffisants (et de fournir des preuves sur les revenus légitimes de la personne visée)
Modèle A	l'État	l'État et la personne visée
Modèle B	l'État	l'État
Modèle C	l'État	la personne visée

3.2 Comparaison des éléments et des charges de la preuve des trois modèles de lois sur l'enrichissement illicite

3.2.1 Exemples de législations conformes au « Modèle A » (lois attribuant une charge de la preuve partagée)

Ce modèle d'éléments est de loin le plus fréquent dans les lois sur l'enrichissement illicite ; il peut être cité plusieurs exemples de lois à la fois pénales et de droit civil ayant adopté cette approche en matière d'enrichissement illicite.

Les lois contenant ce modèle d'éléments commenceront par exiger de l'État qu'il prouve que la personne visée a disposé d'un patrimoine d'un certain niveau (l'élément Patrimoine). Après cette étape, la loi exigera également de l'État qu'il présente partiellement l'élément Revenus insuffisants et démontre la différence relevée (ou la « disproportion » ou « démesure ») entre les revenus légitimes « officiels » ou « connus » de la personne visée et la valeur du patrimoine total ayant été identifié. Le seuil d'admissibilité de preuve devant être atteint pour la prouver dépendra du point de savoir si la loi sur l'enrichissement illicite a une nature pénale ou civile. De plus, le niveau à concurrence duquel un État devra prouver les revenus perçus par une personne visée au cours d'une période considérée dépendra de la formulation d'une loi particulière. Par exemple, bien que la loi de Hong Kong se borne à exiger d'un État qu'il fasse la preuve du montant total des « revenus officiels » perçus par une personne visée au cours d'une période considérée, la loi en vigueur en Inde exige de l'État qu'il prouve les « sources connues de revenus » de la personne visée.²⁷⁰ La première catégorie de revenus désigne généralement le salaire et les indemnités perçus par une personne dans le cadre de son emploi d'agent public. La deuxième catégorie de revenus est, en revanche, plus vaste et désigne les « sources [de revenus] découvertes par l'accusation grâce à une minutieuse enquête sur l'affaire ».²⁷¹

Dès que l'État a établi le montant des revenus à indiquer et a prouvé l'existence d'une différence entre ces revenus et la valeur du patrimoine révélée par l'élément Patrimoine, un mécanisme de renversement du fardeau de la preuve est actionné pour que la personne visée soit alors contrainte de réfuter efficacement l'élément Revenus insuffisants en « expliquant » ou « justifiant » de manière satisfaisante cette différence à l'aide de preuves sur des revenus légitimes supplémentaires.

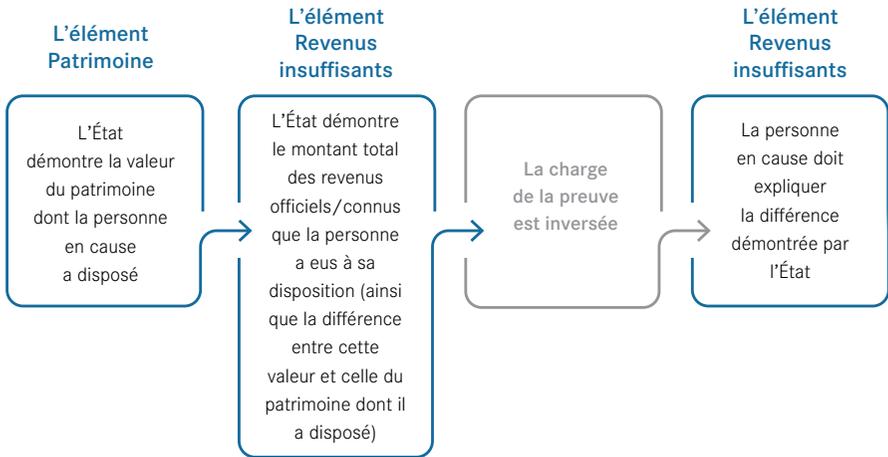
Cette charge supplémentaire distingue cet ensemble d'éléments de l'enrichissement illicite de ceux du Modèle B qui, dans de telles circonstances, n'attribuent pas à la personne visée la charge

270 Ch. 201, ordonnance de 1971 relative à la prévention de la corruption (*Cap. 201 Prevention of Bribery Ordinance 1971*) (Chine - Hong Kong), section 10 ; loi de 1988 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 1988*) (telle qu'amendée par la loi (d'amendement) de 2018 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption (Amendment) Act 2018*)) (Inde), section 13.

271 Arrêt *N. Pasupathy v State* 2018 (1) MLJ (CrI) 745 citant, point [44], l'arrêt *C.S.D. Arrêt Swami v The State*, 1960 CrI.L.J. 131, point [6] ; veuillez noter que bien que l'accusation soit contrainte de prouver les revenus perçus par une personne au-delà de son salaire officiel, l'accusation n'est pas également tenue de tout savoir sur « les affaires d'une personne poursuivie ».

de fournir une telle explication, et du Modèle C, dans lequel il appartient exclusivement à la personne visée par la loi de traiter de l'élément Revenus insuffisants.

Modèle A : L'élément Patrimoine (l'État) et l'élément Revenus insuffisants (l'État/la personne visée)



À titre d'illustration, la loi prévoyant cet ensemble d'éléments et pouvant être citée est celle de Hong Kong :²⁷²

10 (1) Toute personne exerçant ou ayant exercé en qualité de Directeur général ou d'agent rémunéré, et -

(a) qui mène un train de vie dépassant ce qui correspond à ses émoluments officiels actuels ou antérieurs, ou

(b) qui contrôle des ressources pécuniaires ou biens disproportionnés par rapport à ses émoluments officiels actuels ou antérieurs,

est coupable d'une infraction, sauf si elle présente à la cour une explication satisfaisante sur les moyens lui ayant permis de mener ce train de vie ou d'acquérir le contrôle de ces biens ou ressources pécuniaires.

Comme ce passage permet de le comprendre, l'élément Patrimoine est clairement présenté comme une exigence contraignant l'État à prouver que la personne visée « mène un train de vie » d'une certaine valeur ou « contrôle ou détient des ressources pécuniaires ou des biens » d'une certaine valeur.

²⁷² [Traduction non officielle] Ch. 201, ordonnance de 1971 relative à la prévention de la corruption (*Prevention of Bribery Ordinance 1971*) (Chine - Hong Kong), section 10.

Cependant, l'élément Revenus insuffisants est moins clair, et est présenté de la manière suivante :

- en premier lieu, par une exigence en vertu de laquelle l'État est tenu d'établir que le « train de vie » ou « les ressources pécuniaires ou les biens » sont « démesurés » ou « disproportionnés » par rapport aux « revenus officiels qu'elle perçoit ou qu'elle a perçus » ; et
- en second lieu, si l'État parvient à ses fins, par un renversement du fardeau de la preuve contraignant la personne visée à fournir « une explication jugée satisfaisante par la cour sur les moyens lui ayant permis de mener un tel train de vie ou d'obtenir le contrôle de telles ressources pécuniaires ou de tels biens ».

L'application concrète de cette loi a été examinée par l'affaire *Ernest Percival Max Hunt v the Queen*, dans laquelle la Cour suprême de Hong Kong a analysé une allégation en vertu de la section 10(1)(b) sur le train de vie d'un agent public. La cour a estimé que l'État est d'abord tenu de « prouver au-delà de tout doute raisonnable qu'une personne poursuivie a mené un train de vie dépassant ce qui correspond à ses émoluments officiels actuels ou antérieurs ». ²⁷³ Ensuite, si l'accusation y parvient, une « explication incombant à la personne accusée devient nécessaire », étant précisé que sa présentation doit être évaluée « selon la prépondérance des probabilités ». ²⁷⁴

S'agissant de ce qui doit être prouvé par les parties pour pouvoir s'affranchir de ces charges, l'arrêt *Attorney General v Hui Kin-hong*²⁷⁵ a souligné que pour être en mesure de prouver que le train de vie d'une personne « surpasse ce qui correspond » à ses revenus, l'État doit démontrer « qu'eu égard à toutes les circonstances, le train de vie mené par l'accusé n'aurait, dans les limites du raisonnable, pas pu être assuré par le total des revenus officiels qu'il a perçus pendant cette période ». ²⁷⁶ S'agissant de ce qui est exigé pour que l'explication de la personne visée soit jugée satisfaisante, l'arrêt *Ernest Percival Max Hunt v the Queen* a indiqué que l'explication doit démontrer que la différence prouvée entre, d'une part, le train de vie d'une personne et, d'autre part, ses revenus officiels, a été payée, par la personne visée, à l'aide des fonds non constitutifs de recettes du crime :

Ainsi, aux fins de la présente affaire, une « explication satisfaisante » désigne une explication démontrant, selon la prépondérance des probabilités, que la différence entre le train de vie mené par une personne accusée au cours d'une période précise et celui qui aurait correspondu à ses revenus officiels actuels ou antérieurs a, si celui qu'elle a réellement mené est le plus fastueux de ces deux trains de vie, été payée avec des fonds dont l'ultime origine n'a pas été entachée par une quelconque corruption de la part de l'accusé. ²⁷⁷

L'approche retenue par Hong Kong dans l'application de sa loi sur l'enrichissement illicite a été reprise par d'autres juridictions dotées de lois dont la formulation est similaire. Par exemple,

²⁷³ Arrêt *Ernest Percival Max Hunt v the Queen* [1974] HKCA 111.

²⁷⁴ Ibid.

²⁷⁵ Arrêt *Attorney General v Hui Kin-hong* [1995] 1 HKCLR 227.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ Arrêt *Ernest Percival Max Hunt v the Queen* [1974] HKCA 111.

en Inde, lorsque les cours de justice appliquent la loi,²⁷⁸ elles ont toujours considéré que, dans la conduite d'une procédure, la charge de la preuve initiale commence toujours par peser sur l'accusation, à laquelle il appartient de prouver, au-delà de tout doute raisonnable, que le fonctionnaire a « été en possession de ressources pécuniaires ou de biens disproportionnés par rapport à ses sources connues de revenus », et qu'une fois cette charge satisfaite, une charge de la preuve est alors attribuée à la personne visée, qui devra expliquer de manière satisfaisante cette disproportion selon la prépondérance des probabilités.²⁷⁹

Au Malawi, le président d'une cour de première instance a choisi de respecter cette interprétation. Dans l'arrêt *Republic v Wesley Mzumara*,²⁸⁰ la cour a estimé que dans la procédure conduite en vue de l'établissement d'un enrichissement illicite, « l'État a le devoir de prouver, qu'à première vue, l'accusé a le contrôle ou est en possession de ressources pécuniaires et de biens détenus en son nom ou sous un nom d'emprunt et pour son bénéfice apparent » et qu'il doit être accompli en atteignant un seuil « hors de tout doute raisonnable ». ²⁸¹ De plus, si l'État parvient à franchir cette étape, alors « il incombe à l'accusé la charge de convaincre cette honorable cour, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe une explication satisfaisante concernant chacune de ces ressources pécuniaires et chacun de ses biens et indiquant que ceux-ci peuvent être obtenus grâce aux revenus officiels qu'il perçoit ou a perçus et à ses autres sources connues de revenus ». ²⁸²

Des applications analogues ont également été choisies par les procédures pénales pour enrichissement illicite menées au Pakistan²⁸³ et en Sierra Leone.²⁸⁴

En procédure civile, l'application de cet ensemble d'éléments est similaire, mais des seuils d'admissibilité des preuves différents doivent être atteints. Par exemple, la loi particulière de droit

278 Loi de 1988 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 1988*) (telle qu'amendée par la loi (d'amendement) de 2018 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption (Amendment) Act 2018*)) (Inde), section 13 ; veuillez noter qu'avant l'amendement de 2018, le phrasé de la disposition relative à l'enrichissement illicite était presque identique et était le suivant : « 13(1) Il est considéré qu'un fonctionnaire a commis une infraction d'inconduite criminelle...(e) s'il est en possession, ou si une personne intervenant en son nom est en possession, à un moment quelconque de la période d'exercice de ses fonctions, de sources pécuniaires ou de biens qu'il ne peut pas expliquer de manière satisfaisante et qui sont disproportionnés par rapport à ses sources connues de revenus ». Explications : aux fins de la présente section, des « sources connues de revenus » désigne des revenus dont la source est légitime et dont le bénéfice a été prévu conformément à des dispositions législatives, des règles ou des ordonnances actuellement applicables à un fonctionnaire ». Avant l'introduction de la loi de 1988 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 1988*), la loi sur l'enrichissement illicite figurait dans la section 5(1)(e) de la loi de 1947 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 1947*), dont la formulation était la même que celle de la version de la loi de 1988 sur la prévention de la corruption avant son amendement.

279 Arrêt *Vasant Rao Guhe v State of Madhya Pradesh* (AIR 2017 SC 3713) ; voir également l'arrêt *N. Pasupathy v State 2018* (1) MLJ (Cri) 745 et l'arrêt *State Of Maharashtra vs Wasudeo Ramchandra Kaidalwar* 1981 AIR 1186.

280 Arrêt *Republic v Wesley Mzumara* (Criminal Case No. 47 of 2010).

281 Ibid.

282 Ibid.

283 Arrêt *Khalid Aziz v the State* 2011 SCMR 136 ; arrêt *Ghani-Ur-Rehman v National Accountability Bureau and others*, PLD 2011 Supreme Court 1144.

284 Arrêt *The State v Solomon Katta, Idrissa Fornah, Elizabeth King, Momoh Turay, Emmanuel Sesay, Catherine Katta, Santigie Kargbo* soumis à M. le juge M.A. Paul (3 avril 2014).

civil sur l'enrichissement illicite en vigueur au Kenya définit la richesse inexplicquée comme les avoirs « dont la valeur est disproportionnée par rapport à ses sources de revenus connues...et pour lesquels il n'existe pas d'explication satisfaisante » et habilite les cours de justice à prononcer une sanction civile, à savoir une ordonnance de confiscation basée sur une valeur et visant une personne dans les cas suivants :²⁸⁵

55(5) Si, après la présentation par la Commission de preuves démontrant que la personne en cause dispose d'avoirs d'origine inexplicquée, la cour estime, selon la prépondérance des probabilités et compte tenu des preuves apportées jusqu'à ce moment-là, que cette personne dispose effectivement d'avoirs d'origine inexplicquée, elle peut exiger de cette personne qu'elle lui prouve, par une déposition et d'autres preuves jugées suffisantes par la cour, que ces avoirs ont été acquis autrement que par un comportement constitutif de corruption.

Dans l'application de la loi visée ci-dessus, la cour a confirmé que si l'État lui prouve qu'une personne dispose d'une richesse inexplicquée, alors « la charge de la preuve est transférée afin que la cour puisse exiger du défendeur qu'il lui prouve que les avoirs en cause ont été acquis autrement que par un comportement constitutif de corruption ». ²⁸⁶

3.2.2 Exemples de législations conformes au « Modèle B » (lois attribuant exclusivement à l'État la charge de prouver les deux éléments communs)

Ces types de lois sur l'enrichissement illicite attribuent toute la charge de la preuve à l'État, auquel il appartient de prouver le montant total du patrimoine dont dispose la personne (l'élément Patrimoine), et l'absence des revenus légitimes suffisants qui auraient permis à la personne visée de justifier du fait qu'elle dispose d'un patrimoine de ce niveau (l'élément Revenus insuffisants). Dans ce cas de figure, la personne visée n'est pas tenue par une quelconque obligation expresse

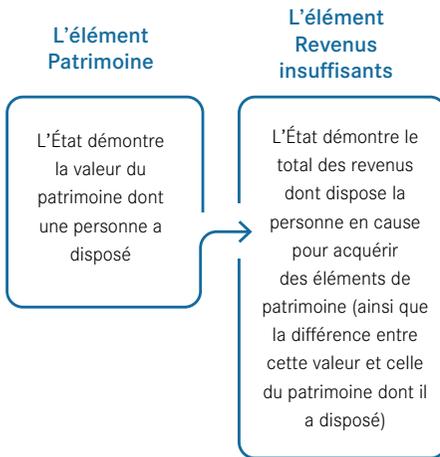
285 Loi de 2003 sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2003*) (Kenya), sections 2 et 55(5) ; veuillez également noter que la loi du Kenya est une loi particulière sur l'enrichissement illicite et que, conformément à la section 2(b), il doit également être démontré que la richesse inexplicquée correspond à des avoirs qui ont été « acquis à une époque ou autour d'une époque où la personne était raisonnablement soupçonnée de corruption ou de criminalité économique... ».

286 Arrêt *Kenya Anti-Corruption Commission v Stanley Mombo Amuti* [2017] eKLR, point [95]. Curieusement, bien que la jurisprudence précise que l'État est uniquement tenu d'étoffer son dossier avec des preuves envisagées selon la prépondérance des probabilités, si une personne doit convaincre la cour de l'acquisition légitime de ses avoirs, la jurisprudence kenyane indique que cette personne devra le faire en atteignant un « seuil plus élevé que celui de [la] prépondérance des probabilités » (voir : Arrêt *Ethics and Anti-Corruption Commission (The legal successor of Kenya Anti - Corruption Commission) v Stanley Mombo Amuti* [2015] eKLR, point [34]). Plus précisément, les instances judiciaires ont estimé à plusieurs reprises que la « quantité de preuves jugée satisfaisante par la cour doit être telle qu'elle libère la cour de tout doute raisonnable ». (voir : arrêt *Kenya Anti-Corruption Commission v Stanley Mombo Amuti* [2017] eKLR, point [95], qui se réfère à l'arrêt *Ethics and Anti-Corruption Commission (The legal successor of Kenya Anti - Corruption Commission) v Stanley Mombo Amuti* [2015] eKLR, point [34], qui, quant à lui, se réfère à l'arrêt *Col. Dr. Besigye Kiiza v Museveni Yoweri Kaguta*, Election Petition No. 1 of 2001).

de présentation de preuves, et il n'existe pas de mécanisme exprès de renversement du fardeau de la preuve similaire à celui que prévoient les lois correspondant au « Modèle A » et au « Modèle C ».

Ce modèle n'a été adopté que par les lois pénales sur l'enrichissement illicite ; lorsque cet ouvrage a été rédigé, il n'existait pas de lois de droit civil sur l'enrichissement illicite correspondant à ce format. En conséquence, le seuil d'admissibilité des preuves à atteindre en vertu de ces types de lois est le niveau de preuve prévu en matière pénale (c'est-à-dire, au-delà de tout doute raisonnable).

Modèle B : l'élément Patrimoine (l'État) et l'élément Revenus insuffisants (l'État)



Un exemple de cette proposition est donné par la loi pénale sur l'enrichissement illicite en vigueur en Lituanie :²⁸⁷

189-1(1) Une personne qui détient, en vertu d'un droit de propriété, un bien dont la valeur est supérieure à 500 fois le niveau de vie minimum, et qui sait ou est tenue et susceptible de savoir que ce bien n'aurait pas pu être acquis avec des revenus légitimes, encourt une amende, une arrestation ou une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à quatre ans.

Comme le démontre le passage figurant ci-dessus, cette loi présente l'élément Patrimoine comme une exigence en vertu de laquelle l'État doit prouver qu'une personne « détient, en vertu d'un droit de propriété, un bien dont la valeur est supérieure à 500 fois le niveau de vie minimum » et décrit l'élément Revenus insuffisants comme une exigence contraignant l'État à démontrer que ce patrimoine, dont la preuve a été apportée, « n'aurait pas pu avoir été acquis avec des revenus légitimes » (d'autres éléments sont prévus ci-dessus, incluent un seuil de valeur et l'exigence d'une

²⁸⁷ Loi n° VIII-1968 (telle qu'amendée le 21 novembre 2017 par le texte n° XIII-791) (Lituanie) du 26 septembre 2000 sur l'approbation et l'entrée en vigueur du Code pénal, article 189(1).

preuve sur la prise de conscience, et constituent des questions dont l'analyse sera poursuivie par la section 3.4). Autrement dit, en vertu de cette loi, si la cour estime que la totalité du patrimoine (dont l'État a fait la démonstration) de la personne visée n'a pas été convenablement expliquée ou justifiée par l'ensemble des revenus légitimes dont le versement à cette dernière est prouvé (dans une mesure devant également être établie par l'État), elle prononcera alors une sanction (en supposant, bien entendu, que la preuve des autres éléments ait également été faite).

Le mode d'application de cette loi a été exposé de fond en comble par la Cour constitutionnelle de Lituanie qui, dans *la décision n° KT4-N3/2017*,²⁸⁸ a confirmé que, dans le cadre d'une procédure basée sur cette disposition, aucune charge de la preuve ne vient peser sur la personne visée. Dans cette affaire, la cour a considéré que « le procureur est dans l'obligation de prouver que le crime...a été perpétré, notamment, que les biens détenus par la personne en cause en vertu d'un droit de propriété, et dont la valeur est supérieure à 500 fois le niveau de vie minimum, n'auraient pas pu être acquis avec des revenus légitimes ».²⁸⁹ Elle a également donné des éclaircissements supplémentaires en précisant que la loi « ne transfère pas la charge de la preuve à une personne soupçonnée d'enrichissement illicite (et mise en examen) » et que « [l]e suspect/l'accusé n'est pas dans l'obligation de fournir des preuves et de prouver que l'acte criminel ...n'a pas été perpétré et qu'il n'est pas l'auteur de sa perpétration, mais a le droit de le faire dans l'exercice des droits de la défense dont il est titulaire... ».²⁹⁰ En outre, la cour a indiqué que « les situations dans lesquelles le suspect/l'accusé décide de garder le silence ne peuvent pas, en procédure pénale, être considérées comme aggravant sa situation ».²⁹¹

Un autre exemple de loi prévoyant l'élément Revenus insuffisants dans l'ensemble décrit par le Modèle B, et ne comprenant pas non plus d'attribution expresse d'une charge quelconque à une personne visée, est donné par la loi pénale sur l'enrichissement illicite de l'Ouganda :²⁹²

31(1) L'inspecteur général du gouvernement ou le procureur général ou encore un agent autorisé peut soumettre ou faire soumettre une personne à une enquête lorsqu'un motif raisonnable permet de soupçonner que cette personne :

(a) mène un train de vie dépassant ce qui correspond aux sources connues des revenus qu'elle perçoit ou a perçus ou à ses avoirs ; ou

288 Affaire n° 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016 - La Cour constitutionnelle de la Lituanie se prononçant, au nom de la république de Lituanie, sur la conformité de l'article 1891, paragraphe 1, du Code pénal de la république de Lituanie à la Constitution de la république de Lituanie - décision n° KT4-N3/2017 du 15 mars 2017.

289 Ibid., points [22] et [39.3].

290 Ibid., points [20] et [39.3].

291 Ibid., point [39.3].

292 Loi de lutte contre la corruption de 2009 (*Anti Corruption Act 2009*) (Ouganda), section 31.

(b) a le contrôle ou est en possession de ressources pécuniaires ou de biens disproportionnés par rapport aux sources connues des revenus qu'elle perçoit ou a perçus ou à ses avoirs.

31(2) Une personne trouvée en possession de ressources pécuniaires ou de biens acquis illicitement commet une infraction et encourt, une fois sa culpabilité reconnue, une peine d'emprisonnement maximale de dix ans, ou une amende plafonnée à deux cent quarante unités de devise ou ces deux sanctions.

Le mode d'application de cette loi a été abordé par l'affaire *Uganda v B.D Wandera*,²⁹³ dans laquelle la Haute Cour d'Ouganda a indiqué qu'il incombe à l'État la responsabilité d'apporter la preuve des éléments constituant la disposition de l'alinéa 1(b) ci-dessus et correspondant à ce qui suit :

Les ingrédients de cette infraction...sont les suivants :

- (i) l'accusé doit avoir le contrôle ou être en possession de ressources pécuniaires ou de biens ;
- (ii) les ressources pécuniaires ou les biens doivent être disproportionnés par rapport aux sources connues des revenus qu'il perçoit ou a perçus ou à ses avoirs.²⁹⁴

Par cette approche, la cour a une nouvelle fois indiqué qu'« il pèse sur l'accusation ...la charge de faire de la preuve de son dossier au-delà de tout doute raisonnable », et que si elle y parvient, il pourrait être tiré une « conclusion » indiquant que l'accusé s'est illicitement enrichi si aucun moyen de défense plausible n'est avancé ».²⁹⁵

Bien entendu, comme les affaires ougandaise et lituanienne visées ci-dessus l'ont déjà montré, même si les lois de ces deux juridictions n'attribuent pas expressément la charge de la preuve à la personne visée, si l'État réussit à faire la démonstration des éléments exigés par la loi, il serait alors prudent pour une personne visée de présenter des preuves à l'appui de sa défense, faute de quoi elle risquera une condamnation.

3.2.3 Exemples de législations conformes au « Modèle C » (lois attribuant exclusivement à la personne visée la charge d'aborder l'élément Revenus insuffisants)

Les lois sur l'enrichissement illicite prévoyant ce modèle d'éléments se bornent à exiger de l'État qu'il prouve que la personne visée a tiré parti d'un patrimoine d'un certain montant, avant qu'une charge de la preuve ne soit ensuite automatiquement attribuée à la personne visée pour l'inviter à démontrer que des revenus légitimes d'un montant suffisant justifient le patrimoine dont la preuve a été apportée.

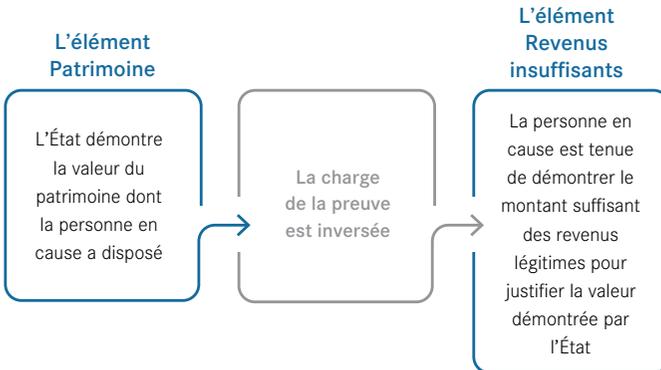
²⁹³ Arrêt *Uganda v B.D Wandera* HCT-00-AC-SC-0012/2014.

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ Ibid.

Il s'agit du modèle de choix utilisé par la majeure partie des lois de droit civil sur l'enrichissement illicite.²⁹⁶ En conséquence, les seuils d'admissibilité des preuves qui doivent être atteints en vertu de ces types de lois sont les niveaux de preuve prévus en matière civile (par exemple, selon la prépondérance des probabilités).

Modèle C L'élément Patrimoine (l'État) et l'élément Revenus insuffisants (la personne visée)



Un exemple de ce type de loi sur l'enrichissement illicite est donné par l'Australie-Occidentale :²⁹⁷

12(1) Lors de l'audition d'une demande relevant de la section 11(1), la cour doit déclarer que le défendeur dispose d'une richesse inexplicée s'il est plus probable qu'improbable que la valeur totale de sa richesse est supérieure à celle de la richesse qu'il a acquise légitimement.

12(2) Il est présumé qu'un bien, service, avantage ou bénéfice constituant une composante de la richesse du défendeur n'a pas été légitimement acquis, sauf si le défendeur démontre le contraire.

Comme le passage figurant ci-dessus permet de le comprendre, cette loi présente l'élément Patrimoine comme une exigence en vertu de laquelle l'État doit démontrer « la valeur totale de sa richesse (celle du défendeur) », et l'élément Revenus insuffisants comme une exigence en vertu de laquelle la personne visée doit démontrer le caractère suffisant de « la richesse qu'il (le défendeur) a acquise légitimement » pour expliquer le montant du patrimoine ayant été déterminé avec « ...

²⁹⁶ Il semble que la formulation de la loi pénale ivoirienne adopte également cette approche, car elle prévoit ce qui suit : « Il appartient à la personne poursuivie d'enrichissement illicite de prouver l'origine licite de son patrimoine » - voir l'ordonnance n° 2013-660 du 20 septembre 2013 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption et les infractions assimilées, article 56. Cependant, veuillez noter que les décisions de justice publiées et confirmant les moyens par lesquels les charges de la preuve sont concrètement attribuées en vertu de cette loi spécifique n'ont pas pu être retrouvées dans le cadre des recherches menées pour cette publication.

²⁹⁷ [Traduction non officielle] Loi de 2000 sur la confiscation des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Confiscation Act 2000*) (Australie - Australie-Occidentale), section 12.

un bien, service, avantage ou bénéfice constituant une composante de la richesse du défendeur », dont il est présumé « qu'il n'a pas été légitimement acquis, sauf si le défendeur démontre le contraire ». ²⁹⁸ En raison de la nature de la disposition de renversement du fardeau de la preuve prévue par la section 12(2), cette loi n'attribue pas à l'État la responsabilité consistant à faire la preuve du « patrimoine légitimement acquis » d'une personne mais, au contraire, fait peser toute cette charge sur la personne visée.

Le mode d'application de cette loi a été abordé dans l'affaire *Director of Public Prosecutions v Morris*, ²⁹⁹ dont la *District Court* d'Australie-Occidentale a été saisie, et qui a confirmé que, dans une procédure menée en vertu de cette disposition, la charge de prouver les sources légitimes des biens en cause pèse sur le défendeur.

Dans la justification avancée par rapport à son application de la loi, la juge Wager, qui siège à la *District Court*, a cité les notes explicatives de cette loi, qui indiquent que :

...il est plus facile pour une personne de prouver que sa richesse a été acquise par des moyens légitimes que pour l'État d'établir le contraire...Le fait de ne pas inclure une telle disposition attribuerait de lourdes obligations en termes de ressources à l'État s'efforçant de prouver que le patrimoine d'une personne n'a pas été acquis légitimement. ³⁰⁰

3.2.4 Lois qui adoptent un modèle d'éléments, mais dont l'application judiciaire est conforme à un autre modèle d'éléments

Il est également important de souligner que même si la formulation d'une loi semble choisir une méthode particulière pour attribuer les charges de la preuve des deux éléments communs, les cours de justice peuvent les attribuer différemment lorsqu'elles appliquent la loi.

Par exemple, une lecture littérale de la loi pénale sur l'enrichissement illicite en vigueur en Argentine suggérerait qu'il incombe au moins à une personne la charge partielle de justifier de la source de son patrimoine : ³⁰¹

268(2) Toute personne qui, après avoir été dûment sollicitée, ne justifie pas de l'origine de l'enrichissement appréciable de son propre patrimoine, ou de celui d'un tiers qui cherche à le dissimuler...doit être punie...

298 Ibid.

299 Arrêt *Director of Public Prosecutions v Morris* [No2] [2010] WADC 148.

300 Notes explicatives, avant-projet de loi pénale de 2000 sur la confiscation (*Criminal Confiscation Bill 2000*) (Australie - Australie-Occidentale), auquel il est fait référence par l'arrêt *Director of Public Prosecutions v Morris* [No2] [2010] WADC 148.

301 *Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179, Artículo 268(2)* (texte original : « Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño »).

Cependant, les cours de justice argentines ont interprété cette disposition différemment, et ont estimé au contraire qu'elle n'attribue en fait pas à l'accusé la charge d'expliquer son patrimoine. Ainsi, dans l'affaire *Alsogaray*,³⁰² la Cour nationale de Cassation pénale (*Cámara Nacional de Casación Penal*) a indiqué ce qui suit :

...il convient de noter que quand l'article 268(2) du Code pénal confie au suspect la charge de prouver son innocence en justifiant de l'origine de son enrichissement, il ne prévoit pas tacitement ou ne définit pas un renversement de la charge de la preuve car, en vérité et dans ce sens injustifié, la responsabilité consistant à apporter la preuve de l'enrichissement pèse sur la cour et le bureau du procureur, qui ne sont pas remplacés par le défendeur.³⁰³

En outre, la cour a également précisé que l'exigence d'une « justification », qui est prévue par la loi, ne peut être logiquement comprise que comme une « ...occasion permettant au défendeur de prouver la légitimité de son enrichissement » et que « [s]i l'accusé exerce son droit au silence, la charge de la preuve pèse également sur les organes judiciaires dans cette situation ».³⁰⁴

Cette interprétation a été confirmée par un appel supplémentaire qui, en 2008, a été interjeté dans le cadre de cette affaire auprès de la Cour suprême et,³⁰⁵ plus récemment, par la Cour pénale et correctionnelle fédérale qui, en 2017, saisie de l'affaire *César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani*,³⁰⁶ a également estimé que la charge de la preuve n'était pas inversée et qu'« [e]n substance, la charge de prouver l'augmentation appréciable et injustifiée du patrimoine d'un agent public ou salarié pesait sur l'État ».³⁰⁷ Au lieu de renverser la charge de la preuve, la loi donne à la

302 *Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 'Alsogaray', causa n.º 4787 (2005)*.

303 *Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 'Alsogaray', causa n.º 4787 (2005)* (texte original : « Teniendo en cuenta todo lo antes referido, no se advierte que el artículo 268 (2) del Código Penal implique o defina una inversión de la carga de la prueba poniendo en cabeza del sospechado el deber de demostrar su inocencia mediante la justificación de la procedencia del enriquecimiento, porque lo cierto es que la prueba del enriquecimiento en tal sentido injustificado corresponde al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público Fiscal, quienes no son sustituidos en esa carga por el imputado »).

304 *Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 'Alsogaray', causa n.º 4787 (2005)* (texte original : « En similar sentido se ha sostenido que el requerimiento de 'justificación', usado por el legislador, sólo puede ser entendido lógicamente como una notificación para que el acusado pueda hacer uso de una oportunidad formal de probar la licitud de su enriquecimiento; que se ha mal interpretado ese concepto, confundiéndoselo con la noción procesal de 'prueba positiva'; y que el tipo es avalorado, neutro y respeta plenamente el derecho de abstención que se deriva, en materia procesal, de la presunción de inocencia. Si el imputado hiciera uso de su derecho a callar, también en este caso serán las instancias judiciales las que tendrán la carga de probar -idéntica a la de otros tipos penales en los casos en que los imputados se abstienen de declarar- (cfr.: C.N.C. y C.C.F., Sala I, voto del doctor Elbert en el precedente 'Cullota', ya citado) »).

305 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 'Alsogaray', Fallos 331:2799 (2008).

306 *Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, 'César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani', CFP 6734/2013 (2017/09)*.

307 [Traduction non officielle] *Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, 'César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani', CFP 6734/2013 (2017/09)* (texte original : « En definitiva, es el Estado quien tiene a su cargo acreditar el aumento apreciable y no justificado del patrimonio del funcionario o del empleado »).

personne visée « la possibilité de justifier de l'origine de son enrichissement, ainsi que le pouvoir de ne pas faire de déposition ». ³⁰⁸

Il peut être cité, à titre d'illustration du contraire, la loi pénale péruvienne sur l'enrichissement illicite qui indique ce qui suit : ³⁰⁹

401 ... Il est considéré qu'un enrichissement illicite existe lorsque l'augmentation du patrimoine ou des dépenses personnelles économiques d'un fonctionnaire ou agent public est, eu égard à la déclaration sous serment qu'il a effectuée par rapport à ses avoirs et revenus, notoirement supérieure à celle dont il aurait normalement bénéficié compte tenu du salaire ou des émoluments qu'il a reçus ou des augmentations de son capital ou de ses revenus dues à tout autre motif légitime.

Comme l'indique le passage figurant ci-dessus, il ne semble pas que la loi fasse expressément peser sur la personne visée, à un moment quelconque d'une procédure potentielle, la charge d'apporter des preuves par rapport à la source légitime de ses fonds. Néanmoins, les cours de justice péruviennes ont interprété cette loi comme incluant un mécanisme de renversement de la charge de la preuve. Dans l'affaire soumise à la Cour suprême et concernant *Manuel Enrique Cárdenas Valseca*, ³¹⁰ les juges se sont référés à des instruments juridiques internationaux, y compris les dispositions sur l'enrichissement illicite de la CICC et de la CNUCC, pour estimer qu'une application de la loi péruvienne sur l'enrichissement illicite est en fait assortie d'un mécanisme de renversement de la charge de la preuve. Plus particulièrement, les juges ont considéré qu'il incombe uniquement au procureur de prouver l'augmentation du patrimoine de la personne visée eu égard à ses revenus légitimes et, qu'une fois cette preuve apportée, la charge

308 [Traduction non officielle] *Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, 'César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani', CFP 6734/2013 (2017/09)* (texte original : « De esta forma, con el llamamiento efectuado, no se invirtió la carga de la prueba ni fue violatorio de la prohibición de declarar en contra de uno mismo, sino que, con dicha convocatoria, se le brindó a Milani la posibilidad de justificar el origen de su enriquecimiento como así también la facultad de negarse a declarar (cfr. C.N.C.P., in re: 'Alsogaray', ya citado) ». Cependant, comme l'indique la note de bas de page n° 171, cette position s'est révélée controversée parmi les théoriciens du droit.

309 [Traduction non officielle] *Código Penal del Estado Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, Artículo 401 ° Enriquecimiento ilícito* (texte original : « Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita) ».

310 *Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria Casación, Manuel Enrique Cárdenas Valseca, n.º 953-2017 (2018)*.

de la preuve bascule sur la personne visée, en ce que « l'agent en cause est tenu de prouver que cette augmentation disproportionnée a eu une juste cause ». ³¹¹

3.2.5 Présentation d'une explication satisfaisante

Comme la partie figurant ci-dessus y fait allusion, un grand nombre de lois sur l'enrichissement illicite exigent souvent d'une personne visée qu'elle fournisse une explication par rapport au montant total de son patrimoine ou à l'écart démontré entre le montant total de son patrimoine et les sources connues ou officielles de ses revenus, soit en l'obligeant à la fournir, soit en lui permettant de la fournir volontairement dans le cadre de sa défense.

De manière générale, cette approche exigera d'une personne qu'elle prouve, traditionnellement en respectant le niveau de preuve prévu en matière civile (par exemple, selon la prépondérance des probabilités), que le montant du patrimoine en cause n'a pas d'origine criminelle, mais que ses sources sont légitimes.

Dans le monde entier, les personnes soumises à une procédure pour enrichissement illicite ont souvent cherché à expliquer la disproportion alléguée de leur patrimoine en prétendant que des revenus leur étaient parvenus de sources comme des activités complémentaires, des dons de la famille ou d'importants gains issus de jeux d'argent. Cependant, ces explications n'ont été jugées satisfaisantes que si elles sont corroborées par des preuves solides.

Par exemple, dans *L., C. y otro*,³¹² une affaire pénale jugée en Argentine, les déclarations du défendeur, selon lesquelles la différence entre les revenus et le patrimoine s'expliquerait en fait par les dons reçus de membres de la famille, ont été écartées au motif qu'aucun document n'avait été présenté pour le prouver. De la même manière, dans l'affaire argentine *Omar Daniel Carreiras*,³¹³ les affirmations du défendeur, d'après lesquelles il aurait perçu des revenus supplémentaires venant d'un élevage de bétail, ont été rejetées au motif d'une absence de preuves écrites sur les revenus. Dans *Stanley Mombo Amuti v Kenya Anti-Corruption Commission*,³¹⁴ une affaire kenyane de droit civil, la déclaration faite par le défendeur, afin d'expliquer qu'un dépôt en espèces effectué sur son compte bancaire concernait des honoraires professionnels versés par un ressortissant soudanais décédé, n'a pas été jugée satisfaisante, car le défendeur ne pouvait pas prouver la

311 [Traduction non officielle] *Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria Casación, Manuel Enrique Cárdenas Valseca*, n.º 953-2017 (2018) (texte original : « 5.5. Las fuentes internacionales antes citadas, hacen mención a la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, y nos muestra de un modo relativo la inversión de la carga de la prueba. En donde la carga de probar, está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público, cuando son muy superiores a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos; y es a partir de ese instante, en que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita »).

312 *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VII, 'L., C. Y otros', Fallos 45793 (2017)*.

313 *Tribunal en lo Criminal n.º 4 de La Plata, Omar Daniel Carreiras, causa n.º 4618 (2017)*.

314 *Arrêt Kenya Anti-Corruption Commission v Stanley Mombo Amuti* (appel n° 184 interjeté en 2018 devant une juridiction de droit civil).

nature des services professionnels fournis, ni la durée des travaux réalisés, et n'a pas non plus fourni de preuves d'une note d'honoraires concernant ces travaux.³¹⁵

En revanche, les explications convenablement étayées sont souvent acceptées par les cours de justice. Ainsi, dans l'affaire pénale *Kedari Lal v State of M.P. and Ors*,³¹⁶ la Cour suprême de l'Inde a estimé que la disproportion alléguée entre, d'une part, la valeur totale du patrimoine du défendeur et, d'autre part, les sources de ses revenus, avait en fait été justifiée par la mention des dons, des héritages et des prêts qui, selon ce dernier, lui auraient été accordés par des amis et sa famille. Cette décision était fondée sur le fait que le défendeur avait fourni, de manière testimoniale et par écrit, des preuves solides corroborant « chaque montant reçu ».³¹⁷

Par ailleurs, dans *Director of Public Prosecutions v Morris*, une affaire de droit civil jugée en Australie-Occidentale, le défendeur a pu expliquer de manière satisfaisante l'origine légitime de la somme en espèces de 108 390 dollars australiens trouvée par la police à l'occasion d'une fouille de son véhicule. Lorsqu'il s'est expliqué, le défendeur a fait état d'une quantité suffisante de justificatifs de revenus venant de sa salle de sport et d'autres sources, a fourni une excuse plausible sur la somme en espèces qui se trouvait dans sa voiture quand elle a été fouillée, et a également justifié le fait qu'il ait pour habitude de conserver ses économies en espèces en mentionnant un incident passé dans lequel il avait perdu les fonds déposés sur son compte d'épargne en raison du dépôt de bilan d'une banque.³¹⁸

315 Ibid.

316 Arrêt *Kedari Lal v State of M.P. and Ors* MANU/SC/0343/2015.

317 Ibid., point [12].

318 Arrêt *Director of Public Prosecutions v Morris* [No 2][2010] WADC 148, point [41].

3.3 Mode d'évaluation par les cours de justice des éléments indiquant si un enrichissement illicite a eu lieu

3.3.1 Une question de « calcul mathématique »

Dans l'évaluation du point de savoir si l'élément Patrimoine et l'élément Revenus insuffisants ont été établis, et si un enrichissement illicite a eu lieu, les cours de justice réaliseront souvent un calcul mathématique. Par ce moyen, ils évalueront les preuves fournies et tenteront de déterminer les deux chiffres précis qui peuvent être utilisés dans une formule simple pour déterminer si la personne visée s'est illicitement enrichie ou non. Ces deux chiffres viennent directement des preuves rapportées pour faire la démonstration des deux éléments communs et sont les suivants :

Chiffre n° 1 : le **montant total du patrimoine** dont la personne en cause a disposé au cours d'une période déterminée (tel que calculé à partir des preuves rapportées par l'État pour l'élément Patrimoine) ; et

Chiffre n° 2 : le **montant total des revenus légitimes** perçus par la personne en cause au cours de la même période (tel que calculé à partir des preuves de revenus rapportées par l'État et/ou cette personne au sujet de l'élément Revenus insuffisants).

Une fois ces chiffres obtenus, la cour peut ensuite réaliser un simple calcul mathématique pour établir si les éléments concernés ont été prouvés et le fait :

- qu'une personne a disposé d'un patrimoine d'un certain montant ; et
- que l'origine légitime du patrimoine de ce montant n'a pas été justifiée ou expliquée par les revenus légitimes de cette personne.

Cet exercice mathématique peut être résumé à l'aide de la simple formule suivante :

CHIFFRE 1	<p>Le montant total du patrimoine (dont la personne en cause a disposé pendant une période donnée)</p>
	— (moins)
CHIFFRE 2	<p>Le montant total des revenus légitimes (perçus par la personne en cause et/ou placés à sa disposition pendant la même période)</p>
	= (est égal à)
<p>L'ENRICHISSEMENT ILLICITE TOTAL</p>	

Si le montant total du patrimoine (Chiffre n° 1) est supérieur au montant total des revenus légitimes (Chiffre n° 2), le résultat sera un chiffre positif signifiant que les éléments ont été prouvés et qu'un enrichissement illicite a eu lieu. À la condition, bien entendu, que les autres éléments exigés par une loi particulière (par exemple, le fait qu'une personne ait la qualité d'agent public) aient également été prouvés, la cour prononcera alors une sanction.

En plus du fait que le résultat correspondant à un chiffre positif démontre qu'un enrichissement illicite a eu lieu, il représente également la valeur précise de cet enrichissement illicite.

Si le résultat de la formule est égal à zéro ou un chiffre négatif, il est alors évident que l'enrichissement illicite n'a pas été établi. Cette idée consistant à assurer le traitement mathématique des preuves a été mise en lumière par la jurisprudence du monde entier. Dans l'affaire *Queen v Mok Wei-Tak and Another*,³¹⁹ la Cour d'appel de Hong Kong a décrit l'analyse des preuves d'un enrichissement illicite comme des « exercices de comptabilité » et un « calcul des chiffres ». ³²⁰ Par ailleurs, dans l'affaire *Uganda v B.D Wandera*, qui a déjà été mentionnée par cette section, le juge Keitirima a décrit la loi pénale sur l'enrichissement illicite de l'Ouganda comme une « infraction de calcul mathématique » en vertu de laquelle il convient de déterminer la valeur des biens ou ressources pécuniaires de l'accusé (c'est-à-dire, le Chiffre n° 1) et, ensuite, les revenus de l'accusé (c'est-à-dire, le Chiffre n° 2) et, finalement, dans le cadre de laquelle la valeur du premier chiffre est disproportionnée par rapport à la valeur du deuxième.³²¹

Même dans les juridictions où il n'existe pas de jurisprudence, la nécessité de réalisation d'une forme de calcul est intrinsèquement exigée par la formulation de la législation en tant que telle sur l'enrichissement illicite, qui exige expressément l'établissement d'une forme quelconque de disparité, de disproportion ou de démesure. Prenons, par exemple, la loi de droit civil sur l'enrichissement illicite des Fidji, qui habilite une cour à prononcer une sanction civile, si la « valeur du patrimoine total de la personne en cause est supérieure à celle du patrimoine légitimement acquis de cette personne ». ³²² Une cour est dans l'impossibilité de répondre avec précision et de manière positive ou négative sans réaliser une forme de calcul et de comparaison des deux valeurs mentionnées.

3.3.2 Définition de la « période suspecte » servant de base au calcul d'un enrichissement illicite potentiel

Afin d'être en mesure de réaliser un calcul déterminant si un enrichissement illicite a eu lieu en vertu de la formule figurant ci-dessus, une cour sera généralement tenue de fixer les paramètres

319 Arrêt *Queen v Mok Wei-Tak and Another* [1985] HKLR 1054.

320 Ibid., point [1059].

321 Arrêt *Uganda v B.D Wandera* HCT-00-AC-SC-0012/2014.

322 Loi de 1997 sur les produits du crime (telle qu'amendée par la loi d'amendement n° 7 de 2005, relative aux produits du crime et par le décret (amendement) de 2012 sur les produits du crime (décret n° 61 de 2012)) (*Proceeds of Crime Act 1997 (as amended by the Proceeds of Crime Amendment Act No. 7 of 2005 and by the Proceeds of Crime (Amendment) Decree 2012 (Decree No. 61 of 2012)*) (Fidji), section 71H.

temporels de son analyse. La période s'écoulant entre deux dates déterminées est souvent appelée la « période suspecte », la « période de vérification » ou la « période de référence », et est nécessaire pour effectuer avec précision le calcul et la comparaison du patrimoine total et des revenus d'une personne. Si ces paramètres n'existaient pas, la voie serait alors ouverte aux possibilités suivantes :

- 1) la personne visée pourrait alléguer qu'elle a payé un certain patrimoine, dont elle a disposé pendant la période suspecte, à l'aide de revenus qu'elle a perçus avant et après la période suspecte, et dont elle ne bénéficiait pas réellement à l'époque ; ou
- 2) l'État pourrait alléguer qu'avant ou après la période suspecte, une personne a acquis un patrimoine supplémentaire disproportionné par rapport aux revenus d'un certain niveau qui ont été perçus pendant la période suspecte.

La période suspecte ne désigne pas nécessairement la période totale pendant laquelle une personne pourrait être visée par une loi sur l'enrichissement illicite (par exemple, la période totale pendant laquelle une personne a été agent public ou alors le délai couvert par la période de prescription d'une législation). Elle cible, en revanche, la période durant laquelle l'enrichissement illicite invoqué aurait eu lieu (par exemple, l'année où un agent public a acquis un patrimoine conséquent de manière inexplicable).

Ainsi, bien que la loi de l'Inde sur l'enrichissement illicite exige que les personnes qui se sont illicitement enrichies soient elles-mêmes des agents publics, cette exigence ne signifie pas que la période suspecte utilisée par la cour, pour calculer une disproportion alléguée entre un patrimoine et des revenus, doit s'étendre sur toute la période pendant laquelle une personne a été agent public. Comme l'a expliqué l'arrêt *State of Marashtra v Pollonji Darabshaw Daruwalla* :

...il n'est pas impératif que la période de référence s'étale sur tout le délai pendant lequel le fonctionnaire a été en fonction...Cependant, la période doit être telle qu'elle permet de dresser un tableau véridique et complet des sources connues de revenus ainsi que des ressources pécuniaires et des biens dont le fonctionnaire est en possession, personnellement ou par l'intermédiaire d'une autre personne intervenant en son nom, et dont la disproportion est alléguée.³²³

Bien entendu, si la loi pénale sur l'enrichissement illicite d'une juridiction donnée place spécifiquement dans son viseur les agents publics, la période suspecte qui sera souvent utilisée par la cour correspondra directement à la période courant du jour où cette personne a intégré le service public pour la première fois au jour du lancement de l'enquête ou de l'abandon de son poste.

En pratique, la période en cause sera généralement fixée par l'accusation dans les précisions de l'allégation ou de la demande avancée contre la personne visée.

323 Arrêt *State of Marashtra v Pollonji Darabshaw Daruwalla*, 1988 AIR 88 (affaire à laquelle se sont initialement référés L. Muzila et al. dans *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, La Banque mondiale, Washington, 2012, p.17).

3.3.3 Mode de détermination par une cour du montant total du patrimoine d'une personne (Chiffre n° 1)

Comme l'indique la Section 2.2.2.2, différentes lois sur l'enrichissement illicite ciblent différents types de patrimoine. Tandis que certaines lois ne ciblent que les avoirs et les ressources pécuniaires existant réellement, d'autres adoptent une approche bien plus large et ciblent tout avantage dont une personne pourrait avoir bénéficié et ayant contribué à son train de vie global.

En pratique, les types spécifiques d'éléments qui peuvent potentiellement être considérés par les cours de justice comme contribuant au patrimoine d'une personne pendant une période suspecte sont presque illimités, à condition, bien entendu, qu'ils entrent dans le périmètre général du type de patrimoine visé par une loi particulière.

À titre d'exemple, dans la détermination du montant total de la valeur des ressources pécuniaires du demandeur en appel dans l'affaire indienne *Krishnanand v The State of Madhya Pradesh*,³²⁴ la Cour suprême de l'Inde a comptabilisé les valeurs totales des soldes bancaires, des instruments d'investissement, de la voiture, des armes à feu, et même du poste radio et des meubles du demandeur en appel. Afin de déterminer la valeur des dépenses quotidiennes effectuées par le demandeur en appel au cours de la période en cause, la Cour suprême a également tenu compte des dépenses qu'il a effectuées pour le paiement d'éléments comme des primes d'assurance, des frais d'inscription dans un établissement d'enseignement, un loyer, l'entretien d'une voiture, des factures d'électricité, des factures de téléphone, des vacances, de la nourriture, des vêtements et des adhésions à des clubs, et même des dépenses effectuées pour fumer et consommer de l'alcool.³²⁵

À titre d'exemple supplémentaire, dans l'affaire sénégalaise *Karim Meïssa Wade*,³²⁶ lorsque la Cour de Répression de l'Enrichissement illicite a procédé à un calcul pour savoir si le fils de l'ancien président s'était illicitement enrichi, elle a comptabilisé la valeur d'un certain nombre d'avoirs significatifs dans le patrimoine total du défendeur. Cette approche a inclus la valeur d'un certain nombre de voitures de luxe, de larges sommes déposées sur des comptes bancaires étrangers, de divers articles de bijouterie, de montres fabriquées en Suisse, et de plusieurs biens immobiliers.

Bien entendu, comme l'indique la partie figurant ci-dessus, les éléments précis pouvant être inclus, par une juridiction, dans la valeur totale du patrimoine disponible, peuvent ne pas être pris en considération par une autre juridiction. Ainsi, alors que les cours de justice de l'Inde tiendront

324 Arrêt *Krishnanand v The State of Madhya Pradesh* MANU/SC/0134/1976.

325 Ibid., points [9] et [20].

326 Dans la mesure où la décision originale n'a pas pu être obtenue, il a été accédé à une reproduction non officielle de cette décision de la Cour de Répression de l'Enrichissement illicite sur « Condamnation de Karim Wade : l'arrêt de la Cour de Répression de l'Enrichissement illicite », aDakar, 27 mars 2015, <http://news.adakar.com/d/14066.asp>, tel qu'accédé le 10 mars 2021. Veuillez également noter que des passages de cette décision figurent également dans une autre décision rendue en France, par la Cour d'appel de Paris : CA Paris, 14 mars 2018, n° 17/03650.

compte des achats quotidiens de nourriture et de vêtements ou d'autres dépenses ménagères,³²⁷ il est légalement interdit aux cours de justice de plusieurs juridictions australiennes d'inclure « l'alimentation et les vêtements nécessaires, et les autres biens raisonnablement nécessaires pour répondre aux besoins ordinaires et quotidiens de la vie » lorsqu'elles réalisent des calculs similaires.

L'Annexe 2 présente une analyse plus approfondie des types d'éléments auxquels les enquêteurs et procureurs pourraient s'intéresser.

Remarque de l'auteur : système de déclaration des avoirs et lois sur l'enrichissement illicite

Dans le contexte des lois sur l'enrichissement illicite ciblant les agents publics, les lois sur la déclaration des avoirs peuvent jouer un rôle fondamental dans l'établissement d'un patrimoine disproportionné à l'occasion des enquêtes et des procédures en matière d'enrichissement illicite. Des instruments législatifs prévoient en fait des dispositions sur l'enrichissement illicite stipulées parallèlement à celles sur la déclaration des avoirs. Bien que la fiabilité des informations indiquées dans de telles déclarations des avoirs doive toujours être vérifiée, ces déclarations peuvent souvent servir de point de départ utile dans l'évaluation du patrimoine d'une personne. La valeur probatoire de telles déclarations est abordée par l'Annexe 2 (Section 2.5.1).

3.3.3.1 Questions juridiques risquant d'être soulevées par rapport à l'établissement du patrimoine total dont dispose une personne

Des questions juridiques courantes ont été abordées par les cours de justice se prononçant sur le point de savoir si certains éléments peuvent être comptabilisés dans le montant total du patrimoine dont une personne dispose.

Avoirs détenus par d'autres personnes ou placés à leur disposition

Les personnes qui cherchent à dissimuler le fait qu'elles soient propriétaires d'avoirs mal acquis mettent souvent la propriété de ces avoirs aux noms d'autres parties. Dans une telle situation, des désaccords surviennent souvent pendant les procédures de recouvrement des avoirs, lorsque l'État tente de prouver que les éléments d'un patrimoine détenus par une autre personne ou placés à sa disposition sont en fait des éléments de patrimoine qui devraient être examinés dans le cadre du patrimoine total de la personne visée. Comme l'indique la Section 2.2.2.2, un grand nombre de lois sur l'enrichissement illicite s'efforcent d'aborder cette question, avant qu'elle ne soit soulevée devant les cours de justice, en précisant expressément que les avoirs qui, d'après les preuves recueillies, sont détenus « dans une fiducie ou autrement » par des proches d'une personne visée

³²⁷ Arrêt *Vasant Rao Guhe v the State Of Madhya Pradesh* AIR 2017 SC 3713.

peuvent être pris en considération dans les calculs sur son patrimoine. Par exemple, la loi pénale sur l'enrichissement illicite de Hong Kong prévoit ce qui suit :

Lorsqu'une cour considère, à l'occasion d'une procédure conduite pour une infraction relevant de l'alinéa (1)(b) que, compte tenu de l'étroitesse des liens unissant à l'accusé et d'autres circonstances, un motif permet d'estimer qu'une personne était en possession de ressources pécuniaires ou de biens dans le cadre d'une fiducie prévue pour l'accusé ou par un autre moyen et au nom de l'accusé ou a acquis ces ressources ou des biens grâce à un don de l'accusé, alors et en l'absence de preuves du contraire, il sera présumé que ces ressources ou ces biens ont été sous le contrôle de l'accusé.³²⁸

La disposition figurant ci-dessus permet à une cour de présumer que, dans certains cas, des ressources ou biens détenus par une partie distincte sont sous le contrôle de la personne visée. Bien que dans l'affaire *Ho Shing Tuen v R*³²⁹ la cour ait précisé par la suite que l'« étroitesse des liens » unissant la personne visée et l'autre partie n'est pas suffisante à elle-même pour poser une présomption de contrôle, d'autres affaires ont démontré que cette présomption peut être avancée si des circonstances supplémentaires sont également relevées. Par exemple, dans l'affaire *Queen v Chung Cheong*,³³⁰ la cour a estimé que des preuves irréfutables démontraient que des actions enregistrées au nom du frère de l'accusé étaient en fait sous le contrôle de l'accusé, en partie en raison de la trace des paiements effectués au titre des actions, qui permettait de remonter jusqu'au compte bancaire de l'accusé.³³¹

Le traitement de cette question a également été assuré par d'autres juridictions. Par exemple, dans l'affaire pakistanaise *Muhammad Yaqub v The State*,³³² la cour a estimé que les terres agricoles inscrites au nom du frère de l'accusé pouvaient en fait être associées à l'accusé, car ce dernier en avait payé le prix d'achat en personne. En outre, cet arrêt a également jugé que les terres inscrites au nom de l'épouse de l'accusé pouvaient également être associées à l'accusé, car son épouse ne disposait pas de sources indépendantes de revenus justifiant le fait que la parcelle de terre soit à son nom.³³³

De la même manière, dans l'affaire *K. Poonuswamy v State of Tamilnadu*,³³⁴ qui est entendue par la Cour suprême de l'Inde, il a été considéré que les avoirs considérables détenus par l'épouse et la fille de l'accusé, y compris les importantes sommes d'argent déposées dans une banque,

328 [Traduction non officielle] Ch. 201, ordonnance de 1971 relative à la prévention de la corruption (*Prevention of Bribery Ordinance 1971*) (Chine - Hong Kong), section 10(2).

329 Arrêt *Ho Shing Tuen v R* [1980] HKC 289 (auquel s'est référé I. McWalters SC et al. dans *Bribery and Corruption Law in Hong Kong*, LexisNexis, Hong Kong, 2015, p.413).

330 Arrêt *Queen v Chung Cheong* DCCC000137/1977.

331 Il est intéressant de noter que, même si la cour a indiqué, dans cette affaire, que les conditions préalables au recours à une présomption de contrôle avaient été respectées, elle a également précisé que les preuves du « contrôle » étaient si accablantes que les procureurs avaient prouvé le « contrôle » que l'accusé exerçait sur les avoirs au-delà de tout doute raisonnable et, par conséquent, qu'il n'était même pas nécessaire d'utiliser une présomption dans cette affaire.

332 Arrêt *Muhammad Yaqub v The State* 1988 SCMR 282.

333 Ibid.

334 Arrêt *K. Poonuswamy v State of Tamilnadu* AIR 2001 SC 2464.

faisaient partie du patrimoine total de l'accusé, car ni son épouse ni sa fille ne disposait de revenus suffisants ou n'avait une autre explication probable pour justifier de l'acquisition de ces avoirs.

Remarque de l'auteur : considérations au sujet des droits des tiers sur les avoirs d'origine inexplicée

Des problèmes peuvent survenir si un tiers de bonne foi a perçu les recettes de l'enrichissement illicite d'une autre personne, et quand l'État cherche à recouvrer ces avoirs. Par exemple, si une personne fait l'acquisition d'une maison dont les origines sont obscures, et l'utilise ensuite pour obtenir un crédit immobilier auprès d'une banque, il se peut que des questions soient soulevées par rapport aux droits dont cette banque dispose face aux efforts réalisés par l'État pour saisir cette maison. Des questions similaires pourraient également se poser si cette personne avait acquis une voiture par le biais de sources inconnues, pour ensuite la revendre à une partie innocente. Certaines lois de droit pénal et de droit civil sur l'enrichissement illicite prévoient des garanties, qui permettent à un tiers de bonne foi de déclarer, pendant une procédure d'exécution, les intérêts dont il est titulaire par rapport à des biens (par exemple, la section 179S de la loi australienne (fédérale) de 2002 sur les produits du crime (*Australian (Federal) Proceeds of Crime Act 2002*), les sections 12AA(3)-(4) de l'ordonnance de Hong Kong de 1971 relative à la prévention de la corruption (*Hong Kong's Prevention of Bribery Ordinance 1971*) et la section 12AA de la loi des Fidji sur la prévention de la corruption (*Prevention of Bribery Act*) (Promulgation n° 12 de 2007)). Cependant, nombre de lois n'abordent pas ce thème.

Quand et comment évaluer les avoirs ?

De temps à autre, des questions ont également été soulevées sur la date à laquelle un élément donné du patrimoine devrait être évalué.

En règle générale, lorsque les cours de justice procèdent, pendant une procédure, au calcul du patrimoine total d'une personne visée, elles se réfèrent à la valeur de l'élément considéré au moment où elle l'a acquis ou l'a eu à sa disposition. Par exemple, dans *Uganda v B.D Wandera*, la cour a explicitement indiqué qu'une évaluation appropriée des avoirs doit se référer au « coût au jour de leur acquisition ».³³⁵

Pourtant, dans la détermination de la valeur d'une ordonnance de recouvrement à caractère pécuniaire envisagée par la suite, la valeur des avoirs à la date de présentation des charges (pour les lois pénales sur l'enrichissement illicite) ou à la date de demande de prononcé d'une ordonnance civile (pour les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite) a également été utilisée pour déterminer le montant approprié d'une telle ordonnance.³³⁶ Cette approche se justifie par

335 Arrêt *Uganda v B.D Wandera* HCT-00-AC-SC-0012/2014.

336 Par exemple, voir l'affaire Hong Kong illustrée par l'arrêt *Chung Cheong v The Queen CACC001364/1977*. Veuillez également noter que les lois des juridictions australiennes du Territoire du Nord, de l'Australie-Occidentale et de la Tasmanie indiquent également, de manière spécifique, que la valeur à utiliser devrait être la plus importante des valeurs suivantes : la valeur d'un élément au moment de son acquisition ou sa valeur le jour du dépôt, par l'État, d'une demande relevant du droit civil.

la volonté de priver la personne en cause de la valeur totale des recettes dégagées par son enrichissement illicite (par exemple, lorsqu'une maison dont les origines sont obscures a été acquise et a pris de la valeur pendant la période courant jusqu'à la procédure judiciaire).

3.3.4 Mode de détermination par une cour du montant total des revenus légitimes d'une personne (Chiffre n° 2)

Pendant les procédures pour enrichissement illicite, il appartiendra à l'État ou à la personne visée de présenter des preuves censées indiquer le total des revenus légitimes perçus par la personne visée pendant la période suspecte. Comme cette Partie l'a déjà expliqué, le but poursuivi sera le suivant :

- fournir une explication satisfaisante sur les moyens à l'aide desquels certains éléments d'un patrimoine ont été légitimement acquis ou sont devenus disponibles (par exemple, lorsque la charge de la preuve est attribuée à la personne visée par une loi correspondant au Modèle C) ; ou
- procéder à l'établissement d'une différence entre la valeur totale de ces revenus et la valeur totale du patrimoine dont dispose la personne en cause (par exemple, lorsque la charge de la preuve est attribuée à l'État par une loi correspondant au Modèle B) ; ou
- la prise de ces deux mesures (par exemple, lorsqu'une charge de la preuve est partagée en vertu d'une loi correspondant au Modèle A).

Dans le sens le plus large, les revenus d'une personne incluront toute entrée en possession, avec une légitimité démontrable, d'un patrimoine. Dans la plupart des cas, le salaire reçu découlant d'un emploi sera englobé mais, comme pour les éléments du patrimoine, les sources légitimes de revenus d'une personne peuvent être pratiquement illimitées.

Par exemple, dans l'affaire *Krishnanand v The State of Madhya Pradesh*, lors du calcul des revenus totaux du défendeur, la Cour suprême de l'Inde a également tenu compte des indemnités liées à son emploi, des intérêts dégagés par des comptes bancaires, des demandes d'indemnisation formées auprès de l'assurance, des remboursements de l'impôt sur le revenu, des paiements effectués par des membres de la famille, et des fonds reçus suite à la vente d'une obligation.³³⁷ Dans l'affaire *Director of Public Prosecutions v Morris*, qui a déjà été mentionnée, la *District Court* d'Australie-Occidentale a tenu compte du montant total des revenus gagnés par M. Morris grâce à l'activité de sa salle de sport et ses services de coaching sportif individuel, des fonds qu'il a reçus en vendant une voiture, une motocyclette et des actions et, également, d'une somme supplémentaire lui ayant été versée par un prêt bancaire.³³⁸ Dans l'affaire n° *KT4-N3/2017*, la Cour constitutionnelle de Lituanie a noté que, dans la détermination de la légitimité de l'enrichissement

337 Arrêt *Krishnanand v The State of Madhya Pradesh* MANU/SC/0134/1976.

338 Arrêt *Director of Public Prosecutions v Morris* [No2][2010] WADC 148.

d'une personne, la cour pourrait également envisager de prendre en considération les revenus des membres de la famille, y compris les prêts ou héritages dont ils pourraient avoir bénéficié.³³⁹

Les revenus légitimes gagnés avant une période suspecte définie et correspondant à des économies pourraient également être ajoutés au calcul des revenus totaux d'une personne si, pendant cette période suspecte, la personne visée a utilisé ces économies pour l'acquisition d'éléments d'un patrimoine. Dans *Uganda v B.D Wandera*, l'accusé a affirmé qu'il avait réussi à acquérir certains avoirs avec les économies réalisées grâce à des revenus perçus avant la période suspecte, et la cour a estimé, qu'au strict minimum, l'accusation aurait dû s'efforcer de le vérifier. La cour a précisé qu'il était « impératif que l'accusation détermine le point de savoir si l'accusé disposait réellement ou non des économies qu'il avait déclarées... » et que « des preuves auraient facilement pu être obtenues grâce aux relevés bancaires qu'il a reçus pendant cette période ou en interrogeant l'accusé ». ³⁴⁰

3.3.5 Dernière étape - Évaluation de la différence entre le chiffre n° 1 et le chiffre n° 2

La résolution, en dernier lieu, du point de savoir s'il existe une différence (ou une disproportion ou encore une démesure) entre, d'une part, le patrimoine total dont dispose une personne et, d'autre part, le total des revenus placés à sa disposition pendant la période suspecte est un processus simple mené à bien à l'aide de la formule mathématique déjà présentée par cette Partie.

En pratique, l'État réalisera ses propres calculs mathématiques dans le cadre du dossier qu'il présente à la cour. Cependant, au terme de la procédure, la cour réalisera également ses propres calculs indépendants en s'appuyant sur les preuves présentées par les deux parties.³⁴¹ Dans la prise de telles mesures, la cour tombe parfois sur un chiffre ne correspondant pas à celui qui a été trouvé par l'État, car elle peut ajuster ses calculs pour tenir compte d'éléments du patrimoine n'ayant pas été adéquatement prouvés par l'État ou de revenus supplémentaires ayant été prouvés par la personne visée.

339 Affaire n° 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016 - La Cour constitutionnelle de la Lituanie se prononçant, au nom de la république de Lituanie, sur la conformité de l'article 1891, paragraphe 1, du Code pénal de la république de Lituanie à la Constitution de la république de Lituanie - décision n° KT4-N3/2017, du 15 mars 2017, point [20].

340 Arrêt *Uganda v B.D Wandera* HCT-00-AC-SC-0012/2014 ; dans cette affaire, le fait que ces preuves n'aient pas été vérifiées au nom de l'accusation a été un élément fondamental de l'acquittement de l'accusé.

341 En pratique, à la condition que la procédure d'une juridiction autorise la conclusion d'un accord préalable au procès sur certains faits, l'État et la personne visée peuvent tenter, avant le procès, de convenir de certaines valeurs par rapport à des revenus et aux éléments d'un patrimoine, afin de réduire les délais s'imposant pour la conduite concrète d'une procédure judiciaire.

3.4 Autres éléments prévus par les lois sur l'enrichissement illicite et complétant l'élément Patrimoine et l'élément Revenus insuffisants

Bien que l'élément Patrimoine et l'élément Revenus insuffisants constituent des éléments fondamentaux, qui doivent être abordés sous une forme ou une autre dans le cadre de toutes les lois pénales et de droit civil sur l'enrichissement illicite, il se peut qu'ils ne soient pas les seuls éléments dont l'établissement s'impose, pendant une procédure, pour inciter une cour à infliger une sanction judiciaire.

3.4.1 Exigence d'une preuve du dépassement, par l'enrichissement, d'une valeur définie ou de son caractère « substantiel »

Comme l'indique la Section 2.2.2.3, certaines lois sur l'enrichissement illicite prévoient des seuils forçant l'État à établir une valeur minimale suivante :

- celle du patrimoine global de la personne visée ;
- celle de l'augmentation du patrimoine global d'une personne au cours d'une période donnée ; ou
- celle de l'augmentation du patrimoine d'une personne au-delà de ses revenus légitimes.

Ces seuils peuvent être clairement définis par des valeurs monétaires stipulées ou alors être moins précis.

Seuils de valeur définis

Les seuils de valeur s'accompagnant d'un montant défini sont souvent indiqués, de manière explicite, par une loi sur l'enrichissement illicite et, en tant que tels, se prêtent particulièrement mal à une interprétation des cours de justice. Les exemples de ces types de lois incluent la loi particulière de droit civil sur l'enrichissement illicite de Trinité-et-Tobago,³⁴² ainsi que les lois pénales sur l'enrichissement illicite d'Afghanistan³⁴³ et du Honduras³⁴⁴, qui indiquent toutes dans leurs formulations législatives les montants précis des valeurs monétaires à établir par l'État avant que des sanctions puissent être infligées.

342 Loi de 2019 sur le régime civil de recouvrement et de gestion des avoirs et la richesse inexpliquée (*Civil Asset Recovery and Management and Unexplained Wealth Act 2019*) (Trinité-et-Tobago), section 58.

343 Code pénal (Afghanistan), article 419(2).

344 *Código Penal (Decreto No. 130-2017)*(Honduras), Artículo 484.

Seuils de valeur non définis

Des seuils de valeur sont également prévus par d'autres lois, mais ne sont pas aussi précis. Au lieu d'indiquer avec précision la valeur monétaire minimale devant être prouvée, ces lois exigent de l'État, au contraire, qu'il démontre que l'enrichissement dont une personne a bénéficié au cours d'une période donnée a été « substantiel » ou « appréciable ».

Par exemple, la loi sur l'enrichissement illicite en vigueur en Argentine exige la preuve d'un « enrichissement appréciable » ; elle n'a pas donné de définition précise et basée sur une valeur. Dans l'affaire *Alsogaray*, la cour a estimé, en revanche, qu'il convient répondre à la question de savoir si l'enrichissement est ou non « appréciable » au cas par cas, en se référant à la situation économique particulière de la personne visée, pour déterminer si un enrichissement prouvé pouvait être « jugé normal ou non », eu égard aux revenus légitimes de cette personne.³⁴⁵

Seuils de valeur arrêtés par la jurisprudence

Même lorsqu'un seuil de valeur défini ou non défini ne figure pas dans la loi, la jurisprudence de certaines juridictions a introduit une exigence en vertu de laquelle le montant plancher de l'enrichissement illicite doit être fixé. Dans l'affaire indienne *Krishnanand v The State of Madhya Pradesh*, la Cour suprême de l'Inde a estimé que le surplus des avoirs détenu par le demandeur en appel était « comparativement modeste » et « inférieur à 10 pour cent du total de ses revenus » et, en conséquence, a cassé la décision sur la culpabilité, en dépit du fait que la loi en tant que telle ne prévoit pas de seuils exprès devant être examinés.³⁴⁶ La réaffirmation de cette notion a été poursuivie par *Kedari Lal v State of M.P. and Ors*, une affaire tranchée par la suite et dans laquelle il a été fait référence au même seuil de dix pour cent pour justifier un acquittement.³⁴⁷ De la même manière, la loi pénale de Hong Kong sur l'enrichissement illicite ne se réfère pas à des seuils de valeur, mais les cours de justice ont tout de même tenté de souligner, en s'appuyant sur l'adage juridique *de minimis non curat lex* (la loi ne se soucie pas des petites choses), qu'une exigence contraignant une personne poursuivie à expliquer la différence entre un patrimoine et des revenus n'est pas « mise en œuvre par un souci sur la démesure ou la disproportion ». ³⁴⁸

345 *Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 'Alsogaray', causa n.º 4787 (2005)* (texte original : « Este adjetivo está tomado del Proyecto de 1941 -el de 1960 dice incremento 'considerable' y el Decreto-Ley 4778/63 incremento 'importante'-, y por tal debe entenderse el que 'resulta considerable con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquélla durante el tiempo del desempeño de la función' o después de haber cesado en la función 'pero vinculado antes a ese ejercicio' (cfr.: Creus : 'Delitos contra la Administración Pública', ya citado, pág. 420, y Núñez : 'Tratado de Derecho Penal', Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba, Bs. As., junio de 1992, pág. 145). Coincide con esa idea Fontán Balestra, quien ha sostenido con meridiana claridad que dicha palabra es de significado relativo, como lo son sus sinónimos, por lo que una guía aceptable para determinar ese carácter apreciable del enriquecimiento 'la constituiría el análisis de la proporción que resulte al relacionar el volumen del enriquecimiento con las entradas y bienes de fortuna que se le conocen al funcionario; de modo que el aumento pueda ser considerado como normal o no en la evaluación económica de ese patrimonio', por lo que sólo la apreciación de cada caso particular podrá dar la pauta'. Ese aumento patrimonial, entonces, debe ser el desproporcionado respecto de sus ingresos legítimos (cfr. : 'Tratado de Derecho Penal', T. VII, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990, pág. 357) »).

346 Arrêt *Krishnanand v The State of Madhya Pradesh* MANU/SC/0134/1976.

347 Arrêt *Kedari Lal v State of M.P. and Ors* MANU/SC/0343/2015.

348 Arrêt *Attorney General v Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227, point [235] (auquel il est fait référence par I. McWalters SC et al. dans, *Bribery and Corruption Law in Hong Kong*, LexisNexis, Hong Kong, 2015, p.397).

3.4.2 Exigence d'une preuve de la qualité d'agent public de la personne visée

La majeure partie des lois sur l'enrichissement illicite s'efforcent spécifiquement de cibler les recettes de la corruption. Par conséquent et comme le démontre la Section 2.2.2.1, plusieurs lois sur l'enrichissement illicite ne peuvent être appliquées qu'à des agents publics ou personnes ayant un lien direct avec un agent public (par exemple, la famille proche).

En pratique, la question de savoir si une personne est ou non un agent public est rarement litigieuse, et la plupart des instruments législatifs à portée générale contenant des lois sur l'enrichissement illicite donnent une définition précise des types de fonctions couvertes par l'intitulé « agent public ».

En outre, les lois s'appliqueront généralement aux personnes ayant quitté le service public, pour veiller à ce qu'une personne qui s'est illicitement enrichie ne puisse pas échapper à des poursuites en abandonnant ses fonctions. Cette application élargie de la loi est souvent prévue de manière expresse par la formulation de la loi en tant que telle, comme celle du Guatemala,³⁴⁹ où il peut être prouvé qu'un agent public s'est illicitement enrichi pendant les cinq premières années courant après le moment où il a quitté son poste, ou celle du Burkina Faso,³⁵⁰ où l'acte d'enrichissement illicite est considéré comme une infraction « continue ».

Il est intéressant de noter que les lois sur l'enrichissement illicite peuvent même être appliquées aux personnes ayant été des agents publics, mais parties en retraite avant la promulgation de la loi. Ainsi, dans *Lai Man-Yau v Attorney General (No. 2)*,³⁵¹ une affaire jugée à Hong Kong, le Comité judiciaire du Conseil privé (Privy Council) s'est penché sur le point de savoir si la loi de Hong Kong en matière d'enrichissement illicite pouvait être appliquée à un ancien agent de police qui a pris sa retraite presque deux ans avant l'entrée en vigueur de la loi, mais qui, après la date de sa promulgation, exerçait toujours un contrôle sur des avoirs mal acquis. Dans son jugement, le juge Salmon a fait remarquer que la formulation de la disposition en cause élargissait l'application de la loi à toute personne qui, « exerçant ou ayant exercé en tant qu'agent de la Couronne », contrôlait des avoirs disproportionnés, et a interprété cette phrase à la lumière de son sens en langage clair. Il a rejeté les arguments avancés par le demandeur en appel pour qu'il puisse être considéré que la phrase « depuis l'entrée en vigueur de cette ordonnance » fait partie de la disposition, car « la lecture d'une loi du Parlement ou d'une ordonnance y intégrant des dispositions qui ne s'y trouvent pas serait une mesure hautement significative ; en l'absence de nécessité évidente, une telle approche est erronée ».³⁵² Par conséquent, la cour a estimé que la loi de Hong Kong sur

349 *Código Penal, Decreto Número 17-73 (modificado por Ley Contra La Corrupción, Decreto Número 31-2012) (Guatemala), Artículo 448 bis.*

350 Loi n° 004-2015/CNT portant prévention et répression de la corruption au Burkina Faso, article 63 (texte original : « Le délit d'apparence, ainsi visé, est une infraction continue caractérisée par la détention des biens illicites ou leur emploi d'une manière directe ou indirecte »).

351 Arrêt *Lai Man-Yau v Attorney General (No.2)* [1978] HKCU 79.

352 Ibid.

l'enrichissement illicite pouvait être appliquée à une personne qui occupe un poste public, et ce même avant l'entrée en vigueur de cette loi mais, bien entendu, à la condition qu'après la date de promulgation cette personne ait toujours le contrôle des avoirs acquis. La question de l'application rétroactive potentielle des lois sur l'enrichissement illicite fait l'objet d'une analyse détaillée dans la Partie IV.

3.4.3 Exigence d'une preuve de l'enrichissement pendant une période déterminée

Comme la partie figurant ci-dessus l'indique indirectement, plusieurs lois sur l'enrichissement illicite exigent de l'État qu'il prouve que l'enrichissement illicite a eu lieu au cours d'un délai déterminé. Ce délai aura souvent un lien direct avec la période pendant laquelle la personne visée a été agent public, et courra souvent pendant un certain nombre d'années après la date de son départ en retraite.

3.4.4 Exigence d'une preuve d'un soupçon raisonnable de criminalité

Comme les Sections 1.4.2 et 2.2.5 l'expliquent de manière détaillée, certaines lois sur l'enrichissement illicite (qualifiées par cette publication de lois particulières sur l'enrichissement illicite) comprennent un élément supplémentaire exigeant de l'État qu'il apporte la preuve d'un soupçon ou d'une croyance raisonnable que le patrimoine en cause a pour origine une infraction ou qu'une criminalité d'un genre quelconque a été perpétrée.

3.4.5 La preuve de la connaissance ou de l'intention ne s'impose pas

En dernier lieu, il peut être ajouté, au sujet des éléments en cause, que même si l'article 20 de la CNUCC, lequel porte sur l'enrichissement illicite, exige une preuve du fait que l'infraction a été perpétrée « intentionnellement », des éléments rédigés avec autant de précision sur l'« intention » ou la « connaissance » ne sont pas d'usage courant dans les lois nationales sur l'enrichissement illicite.

Même lorsque l'« intention » est mentionnée par une loi, elle n'est pas présentée comme un élément distinctif, mais comme celui pouvant être présumé sur le fondement des faits qui doivent être prouvés dans le cadre des autres éléments.

Par exemple, bien que la loi indienne dispose qu'un fonctionnaire est l'auteur d'une infraction s'« il s'enrichit illicitement et intentionnellement pendant la période d'exercice de ses fonctions », cette loi indique également ce qui suit :

Il est présumé qu'une personne s'est illicitement et intentionnellement enrichie si elle, ou une personne intervenant en son nom, est en possession, ou l'a été, à un moment quelconque de la période d'exercice de ses fonctions, de ressources pécuniaires ou de biens qu'elle ne peut pas, en sa qualité de fonctionnaire, expliquer de manière satisfaisante et qui sont disproportionnés par rapport à ses sources connues de revenus.³⁵³

En conséquence, si l'élément Patrimoine et l'élément Revenus insuffisants de cette loi particulière sont établis, la cour présumera alors que la personne visée avait l'intention de s'enrichir illicitement.

De la même manière, en pratique, les exigences concernant la preuve d'une « connaissance » sont également limitées. Par exemple, bien que la loi lituanienne exige qu'une personne visée « sache » ou soit « susceptible de savoir que ce bien n'aurait pas pu être acquis avec des revenus légitimes », la Cour constitutionnelle a donné des éclaircissements supplémentaires en indiquant que l'infraction peut tout de même être perpétrée du fait d'une « négligence » ou « insouciance criminelle ». ³⁵⁴

Bien que la quasi-totalité des lois sur l'enrichissement illicite n'aborde pas la question de l'intention coupable, des défenseurs ont occasionnellement tenté de la faire examiner à la loupe par les cours de justice. Ainsi, dans l'affaire *Roy Sturgeon v the Queen*,³⁵⁵ qui a été jugée à Hong Kong, le défendeur s'est efforcé de faire valoir qu'afin de pouvoir prouver qu'il avait acquis des biens disproportionnés, l'État devait démontrer qu'il avait connaissance des biens dont il avait supposément le contrôle. La cour a balayé cet argument en indiquant qu'un « commencement de preuve sur une intention coupable est totalement inutile » et que si une accusation prouve le contrôle de certains biens, le fait de ne rien savoir à leur sujet constituerait une question à aborder dans l'explication ou la défense incombant au défendeur.³⁵⁶

353 Loi de 1988 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 1988*) (telle qu'amendée par la loi (d'amendement) de 2018 sur la prévention de la corruption (*the Prevention of Corruption (Amendment) Act 2018*) (Inde), section 13(1)(b).

354 Affaire n° 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016 - La Cour constitutionnelle de la Lituanie se prononçant, au nom de la république de Lituanie, sur la conformité de l'article 1891, paragraphe 1, du Code pénal de la république de Lituanie à la Constitution de la république de Lituanie - décision n° KT4-N3/2017, du 15 mars 2017, point [22].

355 Arrêt *Roy Sturgeon v the Queen* [1975] HKLR 677 (auquel s'est référé I. McWalters SC et al. dans *Bribery and Corruption Law in Hong Kong*, LexisNexis, Hong Kong, 2015, p. 409).

356 Arrêt *Roy Sturgeon v the Queen* [1975] HKLR 677, point [683].

Partie IV

Recours judiciaires
classiques contre
les lois sur
l'enrichissement
illicite

Partie IV - Résumé

Les lois sur l'enrichissement illicite suscitent souvent des préoccupations quant à leur compatibilité avec des principes juridiques reconnus en matière de procès équitable.

La majeure partie de ces préoccupations porte sur le fait que, pendant une procédure, ces lois fassent habituellement peser (ou semblent faire peser) sur une personne la charge de présenter des preuves. Les auteurs de recours contre des lois sur l'enrichissement illicite affirment que ces charges de la preuve portent atteinte à la présomption d'innocence, privent une personne du droit au silence dont elle dispose pendant une procédure, et lui font courir le risque de s'incriminer elle-même.

D'autres préoccupations concernent le fait que certaines lois sur l'enrichissement illicite peuvent être potentiellement applicables de manière rétroactive, et même être utilisées pour cibler le patrimoine qu'une personne a acquis avant l'entrée en vigueur de la loi en tant que telle.

Cette Partie passera au crible la jurisprudence actuelle sur trois des principales questions juridiques abordées dans ce contexte, c'est-à-dire :

- la question de savoir si les lois sur l'enrichissement illicite inversent injustement la charge de la preuve et portent atteinte au principe de la présomption d'innocence ;
- la question de savoir si les lois sur l'enrichissement illicite sont compatibles avec le droit au silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ; et
- la question de savoir si les lois sur l'enrichissement illicite peuvent être appliquées rétroactivement.

4.1 Lois sur l'enrichissement illicite, renversement de la charge de la preuve et présomption d'innocence

Contrairement à d'autres mécanismes juridiques de traitement des recettes du crime, comme les dispositions relatives aux infractions de blanchiment de capitaux ou à la saisie en l'absence de condamnation pénale, les lois sur l'enrichissement illicite n'exigent même pas d'une partie accusatrice qu'elle établisse un lien probable entre les avoirs en question et une infraction « dégageant des recettes ». À l'opposé, la législation sur l'enrichissement illicite permet généralement à une cour de présumer que certains éléments d'un patrimoine ne viennent pas de sources légitimes, si elle n'a pas reçu suffisamment de preuves des revenus dont l'origine est légitime et justifiant du montant total du patrimoine dont l'existence est prouvée.

En outre, un grand nombre de lois sur l'enrichissement illicite exigent expressément d'une personne qu'elle « explique » de manière satisfaisante les moyens par lesquels certains éléments de patrimoine ont été obtenus auprès de sources légales, une fois que l'État a fait la preuve de leur disproportion par rapport aux sources connues de revenus de cette personne. Par exemple, en vertu de la loi de Hong Kong sur l'enrichissement illicite, une personne qui mène un train de vie ou contrôle des ressources sans commune mesure avec les revenus officiels qu'elle perçoit ou a perçus sera coupable d'une infraction « sauf si elle fournit une explication jugée satisfaisante par la cour sur les moyens lui ayant permis de mener un tel train de vie ou d'obtenir le contrôle de telles ressources pécuniaires ou de tels biens ». ³⁵⁷ De la même manière, en vertu de la loi du Kenya sur l'enrichissement illicite, si une cour estime que l'État a démontré qu'une personne contrôle des avoirs d'origine inexpliquée, cette personne peut alors être tenue « de lui prouver que ces avoirs ont été acquis autrement que par un comportement constitutif de corruption ». ³⁵⁸

Ces présomptions de fait concernant l'origine du patrimoine d'une personne, ainsi que ces obligations légales de présentation d'« explications » ont souvent servi de base aux recours s'attaquant à la légitimité de plusieurs lois sur l'enrichissement illicite. Ces recours allèguent que ces obligations légales font injustement basculer la charge de la preuve sur la personne visée par une procédure et, s'agissant des lois pénales en matière d'enrichissement illicite, qu'elles vont à l'encontre du principe de la présomption d'innocence.

En règle générale, les cours de justice du monde entier ont très largement fait part de leur désaccord avec ces recours, et ont toujours estimé que les lois tant de droit pénal que de droit civil sur l'enrichissement illicite n'attribuent pas de charges de la preuve injustes aux personnes visées par une procédure judiciaire. La partie figurant ci-dessous examinera ce qui suit :

357 [Traduction non officielle] Ch. 201, Ordonnance de 1971 relative à la prévention de la corruption (*Prevention of Bribery Ordinance 1971*) (Chine - Hong Kong), section 10.

358 [Traduction non officielle] Loi de 2003 sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2003*) (Kenya), section 55.

- la jurisprudence abordant le point de savoir si les lois pénales sur l'enrichissement illicite entraînent ou non un renversement injuste de la charge de la preuve et une violation du principe de la présomption d'innocence ; et
- la jurisprudence abordant le point de savoir si les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite entraînent ou non un renversement injuste de la charge de la preuve la faisant peser sur les défendeurs pour qu'ils justifient des sources légitimes de leurs revenus.

4.1.1 Les lois sur l'enrichissement illicite violent-elles le principe de la présomption d'innocence en renversant injustement la charge de la preuve ?

Le principe de la présomption d'innocence garantit que « toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». ³⁵⁹ En effet, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a donné l'explication suivante :

La présomption d'innocence, qui est fondamentale à la protection des droits de l'homme, attribuée au procureur la charge de prouver le chef d'accusation, garantit qu'aucune culpabilité ne peut être présumée avant que l'accusation ne soit prouvée au-delà de tout doute raisonnable, veille à ce que le doute bénéficie à l'accusé, et exige que les personnes accusées d'un acte criminel soient traitées dans le respect de ce principe. ³⁶⁰

Ce principe a été consacré par de nombreux instruments juridiques, y compris la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), ³⁶¹ le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), ³⁶² la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP), ³⁶³ la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH), ³⁶⁴ la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), ³⁶⁵ la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ³⁶⁶ et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. ³⁶⁷ Il s'agit d'un principe de droit quasi universel, qui a été institué à la fois par les juridictions de droit civil et de *common law*, et qui a été expressément intégré dans plusieurs constitutions nationales.

359 Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 14(2).

360 Commentaire général n° 32 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies (concernant l'article 14 sur le droit à l'égalité devant les tribunaux et cours de justice et à un procès équitable, que stipule le Pacte international relatif aux droits civils et politiques) CCPR/C/GC/32, 23 août 2007.

361 Déclaration universelle des droits de l'homme, article 11(1).

362 Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 14(2).

363 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 7(1)(b).

364 Convention américaine relative aux droits de l'homme, article 8(2).

365 Convention européenne des droits de l'homme, article 6(2).

366 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 48.

367 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, article 66.

4.1.1.1 Fond des recours sur cette question

Il est régulièrement affirmé que la législation pénale sur l'enrichissement illicite viole le principe de la présomption d'innocence. Les recours s'appuyant sur ce fondement s'accompagnent habituellement d'un argumentaire similaire : la formulation de la disposition sur l'enrichissement illicite pourrait créer une présomption selon laquelle certains éléments d'un patrimoine viennent de sources illégitimes, et fait injustement basculer la charge de la preuve sur un accusé, en exigeant de ce dernier qu'il présente des preuves atteignant un certain seuil d'admissibilité et prouvant l'origine non criminelle de son patrimoine.

Afin de fonder ces prétentions, les auteurs de recours contre la législation sur l'enrichissement illicite pointent souvent du doigt les obligations légales posées par ces lois pour exiger d'une personne poursuivie qu'elle fournisse, avant le prononcé d'un verdict (voir l'exemple de législation de Hong Kong donné ci-dessus), une forme quelconque d'« explication » satisfaisante sur la source de son patrimoine. Ils font valoir que ces obligations expresses contreviennent à l'une des exigences fondamentales du principe de la présomption d'innocence, à savoir que la responsabilité consistant à prouver les éléments-clés d'une infraction doit peser sur l'accusation.

Des recours ont également été lancés contre des lois pénales en matière d'enrichissement illicite, même si elles ne posent pas d'obligation expresse de présentation d'« explications ». Dans de telles situations, leurs adversaires ont allégué que même si la loi ne contient pas de mécanisme littéral de renversement du fardeau de la preuve, sa formulation indique tacitement que des suppositions peuvent découler de la nature illicite de certains biens, qui entraînent, de la même manière, un glissement injuste de la charge de la preuve sur leur propriétaire, qui doit prouver le contraire.³⁶⁸

4.1.1.2 Point de vue judiciaire majoritaire avancé en réponse à ces recours : le principe de la présomption d'innocence n'est pas absolu

La plupart des cours de justice reconnaissent que la loi sur l'enrichissement illicite de leur juridiction peut créer une présomption indiquant que certains éléments d'un patrimoine n'ont pas été obtenus auprès de sources légitimes, et qu'il est confié à la personne poursuivie la charge

368 Par exemple, dans l'affaire n° 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016 - La Cour constitutionnelle de la Lituanie se prononçant, au nom de la république de Lituanie, sur la conformité de l'article 1891, paragraphe 1, du Code pénal de la république de Lituanie à la Constitution de la république de Lituanie - décision n° KT4-N3/2017, les requérants ont indiqué, au point [7.3.1], que : « par un recours à une déclaration négative (« bien n'aurait pas pu être acquis avec des revenus légitimes »), la formulation de l'objet de l'infraction crée inévitablement une situation où l'illégalité des revenus est établie en raison de l'absence de revenus perçus officiellement et de l'incapacité de l'accusé à fournir une explication crédible sur le caractère suffisant des revenus qu'il perçoit officiellement et qui lui permettraient d'acquérir les biens qu'il a en sa possession. La conclusion sur l'illégalité des revenus prend appui sur l'hypothèse d'après laquelle tout ce qui n'aurait pas pu être acquis par des moyens légitimes a été acquis illégalement. Dans la justice pénale, il peut être considéré qu'un tel mode d'établissement des faits place la charge de la preuve sur la personne poursuivie et, dans la détermination de sa culpabilité, avance des hypothèses. Cette approche risque de porter atteinte au principe de la présomption d'innocence consacré par l'article 31, paragraphe 1, de la Constitution, et à l'interdiction, intégrée dans le paragraphe 3 de cet article, de l'auto-incrimination ».

de renverser cette présomption. La plupart des cours de justice reconnaissent également que cette présomption, ainsi que le reversement de la charge de la preuve qu'elle entraîne, vont à l'encontre du principe de la présomption d'innocence. Cependant, l'écrasante majorité de ces cours de justice estiment également que le principe de la présomption d'innocence n'a pas de nature absolue, et que la dérogation à ce principe prévue par les lois sur l'enrichissement illicite est admissible à plusieurs égards.

Ce point de vue correspond à la jurisprudence plus vaste sur cette question (en dehors du contexte de l'enrichissement illicite), qui a reconnu que, dans certains cas, le principe de la présomption d'innocence peut être assorti de limites.

La décision *Salabiaku c. France*³⁶⁹, qui a été rendue par la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH), a posé un précédent majeur sur ce point de droit. Dans cette affaire, la cour s'est penchée sur une disposition du Code des douanes français qui présume qu'une personne en possession d'une valise importée est légalement responsable de son contenu non déclaré, et a examiné la question de savoir si la présomption prévue par cette loi était incompatible avec le principe de la présomption d'innocence institué par l'article 6(2) de la CEDH. En jugeant la présomption légale compatible, la cour a estimé que le principe de la présomption d'innocence n'est pas un droit absolu, et qu'il ne doit pas être vu comme interdisant aux systèmes juridiques individuels de mettre en œuvre une législation qui énonce des présomptions légales ou de fait réfragables, à la condition que ces présomptions soient posées dans des « limites raisonnables » et « préservent les droits de la défense ».³⁷⁰

Cette position a été à nouveau réaffirmée par les décisions *Phillips c. Royaume-Uni*,³⁷¹ *Falk c. Pays-Bas*³⁷² et *Krumpholz c. Autriche*, qui ont été récemment rendues par la CrEDH.³⁷³ Elle a également été constamment reprise par des cours de justice nationales du monde entier.³⁷⁴

L'affaire *Salabiaku c. France* a été fréquemment citée pendant les procédures judiciaires examinant le point de savoir si les mécanismes de renversement du fardeau de la preuve explicitement prévus par les lois pénales sur l'enrichissement illicite sont compatibles avec le principe de la présomption d'innocence.³⁷⁵ Par exemple, dans l'affaire *Attorney General v Hui Kin-hong*, la Cour d'appel de Hong Kong a tenté de trancher la question de savoir si l'infraction d'enrichissement

369 Arrêt *Salabiaku c. France* (Requête n° 10519/83), CrEDH, le 7 octobre 1988.

370 Ibid., point [28].

371 Arrêt *Phillips c. Royaume-Uni* (Requête n° 41087/98) CrEDH, le 5 juillet 2001.

372 Arrêt *Falk c. Pays-Bas* (Requête n° 66273/01) CrEDH, le 19 octobre 2004.

373 Arrêt *Krumpholz c. Autriche* (Requête n° 13201/05), CrEDH, le 18 mars 2010, point [34].

374 Par exemple, dans l'arrêt *R v Lambert* [2001] UKHL 37, l'arrêt *Attorney General v Lee Kwong-kut* [1993] AC 951 et l'arrêt *R v Johnstone* [2003] 1 WLR 1736.

375 *Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 'Alsogaray', causa n.º 4787* (2005), *Republic v Wesley Mzumara* (affaire pénale n° 47 de 2010), *Attorney General v Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227, affaire n° 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016 - La Cour constitutionnelle de la Lituanie se prononçant, au nom de la république de Lituanie, sur la conformité de l'article 1891, paragraphe 1, du Code pénal de la république de Lituanie à la Constitution de la république de Lituanie, 15 mars 2017, décision n° KT4-N3/2017.

illicite interdite par cette juridiction pouvait être considérée comme une exception légitime au droit à la présomption d'innocence prévu par l'ordonnance de Hong Kong sur la charte des droits (*Hong Kong Bill of Rights Ordinance*).³⁷⁶ En jugeant la loi compatible, la cour a plus particulièrement pris note de l'arrêt *Salabiaku c. France* et a reconnu ce qui suit :

Des situations exceptionnelles permettent de justifier, d'une manière compatible avec les droits de l'homme, qu'il soit dérogé, dans une certaine mesure, au principe normal selon lequel il appartient à l'accusation de prouver la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable.³⁷⁷

4.1.1.3 Critères justifiant une dérogation au principe de la présomption d'innocence

Bien que l'affaire *Salabiaku c. France* et d'autres affaires aient clairement démontré que certaines lois peuvent réellement aller à l'encontre du principe de la présomption d'innocence, à ce jour, la jurisprudence n'a pas posé de manière concluante de critère universel permettant de déterminer comment et quand ces « dérogations » ou « exceptions » peuvent être jugées « raisonnables ». En revanche, une palette de méthodes et de critères variés a été utilisée dans le monde entier afin d'évaluer l'admissibilité des exceptions légales potentielles, en ayant recours à un ou plusieurs éléments d'une série usuelle de considérations.³⁷⁸

Cependant, dans le contexte précis de l'enrichissement illicite, les cours de justice ont généralement limité leurs considérations à quatre questions-clés. Ainsi, dans la détermination du point de savoir si les renversements de la charge de la preuve explicitement prévus par ces lois représentent une exception justifiable au principe de la présomption d'innocence, les cours de justice ont communément examiné une ou plusieurs des questions suivantes :

- la question de savoir (désignée « évaluation de la charge de la preuve principale » dans les présentes) si, à l'occasion d'une procédure prévue par la loi, la partie accusatrice demeure tenue de faire la preuve des éléments factuels fondamentaux de son accusation ;

376 Ordonnance de Hong Kong sur la charte des droits (*Hong Kong Bill of Rights Ordinance*), chapitre 383, section 8, article 11(1), qui stipule que : « Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ».

377 Arrêt *Attorney General v Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227.

378 Par exemple, comme l'explique N. Kofele-Kale dans *Combating Economic Crimes – Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting the Crime of Illicit Enrichment*, Routledge, Milton Park, 2013, les cours de justice se prononçant dans ce contexte ont utilisé différents « critères ». Dans l'arrêt *Falk c. Pays-Bas* (Requête n° 66273/01), CrEDH, 19 octobre 2004, la Cour européenne des droits de l'homme a adopté un critère en deux étapes, en vertu duquel une limite à la présomption d'innocence peut être jugée compatible si, en premier lieu, elle poursuit un objectif légitime, et si, en deuxième lieu, il existe un lien raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés (qui portent atteinte à ce droit) et le but dont la réalisation est recherchée. Dans une optique similaire, d'autres versions du critère de « proportionnalité » ont été retenues au Canada (voir l'arrêt *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103) et en Afrique du Sud (arrêt *S v Manamela* [2000] 5 LRC 65). Comme cette section l'explique ci-dessous, un autre critère d'évaluation des violations potentielles de droits par des présomptions légales a également été posé par le Comité judiciaire du Conseil privé (Privy Council) dans sa décision *Attorney General v Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227.

- la question de savoir (désignée « évaluation du lien rationnel » dans les présentes) si les faits démontrés par la partie accusatrice pendant une procédure prévue par la loi prouvent le fait présumé de manière rationnelle ;
- la question de savoir (désignée « évaluation de l'intérêt général » dans les présentes) si l'atteinte portée par la loi au principe de la présomption d'innocence est dans l'intérêt général ; et
- la question de savoir (désignée « évaluation des connaissances spécifiques » dans les présentes) si les faits qui doivent être prouvés pour renverser la présomption avancée doivent être spécifiquement connus par l'accusé.

L'approche retenue par les cours de justice dans l'évaluation de ces considérations est expliquée par les sections figurant ci-après.³⁷⁹

4.1.1.3.1 Évaluation de la charge de la preuve principale

Dans l'évaluation de la légitimité des lois sur l'enrichissement illicite, les cours de justice se penchent souvent sur la question de savoir si l'État demeure, à titre principal, tenu de prouver la culpabilité pendant une procédure prévue par la loi et ce, en dépit de l'existence d'un mécanisme de renversement de la charge de la preuve. Si la cour estime que l'État demeure tenu de faire la preuve des « ingrédients fondamentaux » ou des « éléments factuels de base » du chef d'accusation avant la mise en marche de tels mécanismes, cette approche sera souvent considérée comme une justification majeure permettant de considérer la loi en cause comme une dérogation acceptable au principe de la présomption d'innocence.

Par exemple, cette considération a été prise très au sérieux par la Cour d'appel de Hong Kong, dans l'affaire *Attorney General v Hui Kin-hong*, lorsqu'elle a évalué l'admissibilité du mécanisme de renversement de la charge de la preuve prévu par les dispositions sur l'enrichissement illicite

379 Il convient de noter qu'elles constituent les considérations dont la prise en considération est la plus courante dans le contexte des lois sur l'enrichissement illicite, et qu'elles ne sont pas les seules considérations dont les cours de justice ont tenu compte dans l'évaluation de l'admissibilité d'autres dispositions sur le renversement de la charge de la preuve face au principe de la présomption d'innocence. Par exemple, certaines cours de justice ont envisagé d'autres considérations qui, d'une certaine manière, se recoupent, et qui incluent celle de savoir si le renversement de la charge de la preuve porte sur un élément de l'infraction essentiel à la « culpabilité » ; cette approche est considérée comme une grave entorse à la présomption d'innocence. Pour en savoir plus sur l'analyse de cette question, voir Commission australienne de réforme des lois (Australian Law Reform Commission), *Traditional Rights and Freedoms—Encroachments by Commonwealth Laws*, ALRC Report 129, prévu le 2 mars 2016, point [9.42], ainsi que l'arrêt *R v Whyte* (1988) 51 DLR 4th 481 et l'arrêt *R v Lambert* [2002] 2 AC 545. Par ailleurs, des universitaires ont débattu du point de savoir si les atteintes potentielles des lois sur l'enrichissement illicite à la présomption d'innocence seraient plus admissibles si les charges de la preuve attribuées à un défendeur pendant une procédure pour enrichissement illicite étaient des charges de présentation de preuves sur une question litigieuse à aborder, et non pas des charges de la preuve de l'existence d'un fait. Dans la mesure où les charges de présentation de preuves sur une question litigieuse à aborder sont moins contraignantes pour un défendeur, il a été suggéré par certains que les cours de justice devraient faire une « lecture indulgente » des charges de la preuve de l'existence d'un fait apparemment prévues par les lois sur l'enrichissement illicite afin de limiter les atteintes potentielles à la présomption d'innocence. Pour en savoir plus sur l'analyse de cette question, voir N. Kofele-Kale, *Combating Economic Crimes – Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting the Crime of Illicit Enrichment*, Routledge, Milton Park, 2013, p.13 et la Commission australienne de réforme des lois (Australian Law Reform Commission), *Traditional Rights and Freedoms—Encroachments by Commonwealth Laws*, ALRC Report 129, prévu le 2 mars 2016, point [9.12].

de l'ordonnance relative à la prévention de la corruption.³⁸⁰ Afin de trancher cette question, la cour a utilisé un critère déjà souligné par l'affaire *Attorney General v Lee Kwong-kut*,³⁸¹ dans laquelle le Comité judiciaire du Conseil privé (Privy Council) avait évalué le point de savoir si les présomptions posées par l'ordonnance de Hong Kong sur les délits (*Hong Kong's Summary Offences Ordinance*)³⁸² constituaient des exceptions justifiables au principe de la présomption d'innocence, et indiqué ce qui suit :

Le point de savoir si [ces exceptions] sont justifiables dépendra finalement de la question de savoir si l'accusation demeure, à titre principal, tenue de prouver la culpabilité d'un accusé en respectant le niveau exigé et de celle de savoir si l'exception a été imposée raisonnablement... Moins le tempérament au principe normal est important, plus la justification d'une exception est aisée. Si l'accusation demeure tenue de prouver les ingrédients fondamentaux de l'infraction, il est alors moins probable qu'une exception soit jugée inadmissible. Dans l'identification des ingrédients fondamentaux, le langage utilisé par la disposition légale en cause sera important. Cependant, les éléments décisifs seront le fond et les termes du langage créant l'infraction, et non pas sa forme.³⁸³

En évaluant ces considérations dans le contexte de la loi de Hong Kong sur l'enrichissement illicite, la cour d'appel a essayé d'identifier les « ingrédients fondamentaux » que, conformément à cette loi, le procureur était dans l'obligation de prouver pour faire jouer une présomption contre l'accusé, et de répondre au point de savoir si ces obligations correspondaient au raisonnement figurant ci-dessus.

Par cette approche, la cour a suivi la décision *Attorney General v Ho Pui-yiu*,³⁸⁴ une autre affaire dont le Comité judiciaire du Conseil privé (Privy Council) a été saisi, et a estimé que la loi sur l'enrichissement illicite obligeait un procureur à prouver ce qui suit :

Dans la mesure où l'accusation a prouvé le montant des ressources pécuniaires et des autres avoirs dont l'accusé avait le contrôle à la date [de présentation du chef d'accusation], elle doit maintenant prouver le total des émoluments officiels qu'il a reçus jusqu'à cette date et, finalement, la disproportion existant entre ces deux éléments. Les termes « disproportionnés par rapport à » transmettent l'idée selon laquelle l'acquisition du total des avoirs, dont l'accusé avait le contrôle, n'a pas pu, dans les limites du raisonnable et eu égard à toutes les circonstances, être réalisée avec le montant total des émoluments officiels perçus à ce jour.³⁸⁵

En tenant compte de cette analyse, la cour a déduit que les ingrédients que le procureur était tenu de prouver pour actionner le mécanisme de renversement de la charge de la preuve allaient

380 [Traduction non officielle] Ch. 201, Ordonnance de 1971 relative à la prévention de la corruption (*Prevention of Bribery Ordinance 1971*) (Chine - Hong Kong), section 10.

381 Arrêt *Attorney General v Lee Kwong-kut* [1993] AC 951.

382 Ordonnance sur les délits (*Summary Offences Ordinance*), chapitre 228 (1933) (Chine - Hong Kong).

383 Arrêt *Attorney General v Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227, point [232], citant l'arrêt *Attorney General v Lee Kwong-kut* [1993] AC 951, points [969G] à [970B].

384 Arrêt *Attorney General v Ho Pui-yiu* [1981] HKLR 110.

385 Arrêt *Attorney General v Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227, points 233 et 234, faisant référence à l'arrêt *Attorney General v Ho Pui-yiu* [1981] HKLR 110, p. 112 F-H.

au-delà de ce qui constituerait probablement une « formalité dans la plupart des affaires » et, également, qu'ils avaient une nature suffisamment complexe pour justifier une exception.³⁸⁶

Le concours apporté par l'Inde à cette question a également été très significatif. Dans un contexte plus large, la Cour suprême de l'Inde a estimé, à plusieurs reprises, que le principe de la présomption d'innocence peut faire l'objet d'exceptions, et que, dans certains cas, les charges de la preuve peuvent, dans une mesure autorisée, être attribuées à l'accusé.³⁸⁷ Cependant, la condition cruciale à ces renversements de la charge de la preuve est le fait que l'accusation demeure tenue de prouver les « éléments factuels de base » concernant le chef d'accusation.³⁸⁸

Ce raisonnement a également été explicitement appliqué aux renversements de la charge de la preuve prévus par les dispositions sur l'enrichissement illicite de la loi de l'Inde relative à la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act*). Par exemple, dans l'affaire *Vasant Rao Guhe vs The State Of Madhya Pradesh*,³⁸⁹ le juge Amitava Roy a indiqué que « ...même dans une affaire où la charge de la preuve pèse sur l'accusé, l'accusation doit d'abord prouver les éléments factuels de base », et que la preuve de ces faits doit être apportée « au-delà de tout doute raisonnable ».³⁹⁰

La Cour suprême du Pakistan a également repris ce type d'interprétation dans l'application des dispositions sur l'enrichissement illicite de l'ordonnance nationale sur la responsabilité (*National Accountability Ordinance*) adoptée par cette juridiction.³⁹¹

Dans l'arrêt *Syed Qasim Shah v the State*,³⁹² la cour a reconnu que la présomption et l'inversion de la charge de la preuve figurant dans la formulation de ces dispositions constituaient une « exception » à la présomption d'innocence. La cour a cependant estimé que cette exception était justifiable, car le renversement de la charge de la preuve n'intervient qu'après le moment où l'accusation satisfait une « charge de la preuve *prima facie* » pour présenter un dossier « raisonnable » contre l'accusé.³⁹³ La cour a cité le raisonnement de *Rehmat v the State*,³⁹⁴ une affaire antérieure qui a indiqué ce qui suit :

386 Arrêt *Attorney General v Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227, point 234 ; bien entendu, il convient de noter qu'il a également été tenu compte d'autres considérations, qui sont également abordées par cette section.

387 Voir, par exemple, l'arrêt *Noor Aga vs State Of Punjab & Anr* du 9 juillet 2008, et l'arrêt *Krishna Janardhan Bhat vs Dattatraya G. Hegde* du 11 janvier 2008.

388 Arrêt *State Of Maharashtra vs Dnyaneshwar Laxman Rao Wankhede* du 29 juillet 2009, et arrêt *Noor Aga vs State Of Punjab & Anr* du 9 juillet 2008.

389 Arrêt *Vasant Rao Guhe vs The State Of Madhya Pradesh* (appel n° 1279 interjeté devant une juridiction pénale en 2017).

390 Ibid., point [21].

391 Ordonnance nationale sur la responsabilité (XVIII de 1999) (*National Accountability Ordinance*) (Pakistan), Sections 9(a)(v) et 14.

392 Arrêt *Syed Qasim Shah v the State* 2009 SCMR 790.

393 Arrêt *Syed Qasim Shah v the State* 2009 SCMR 790, faisant référence à l'arrêt *Khan Asfandyar Wali v Federation of Pakistan* PLD 2001 SC 607.

394 Arrêt *Rehmat v the State* PLD 1977 SC 515.

Ce n'est qu'après le moment où l'accusation a réussi, avec les preuves qu'elle a apportées, à tirer une conclusion raisonnable sur la culpabilité de l'accusé, sauf si celle-ci est rejetée, que cette section, quand elle est applicable, est appliquée, et que l'accusé peut réfuter cette conclusion en faisant la preuve des faits par rapport auxquels il dispose de connaissances spécifiques. Cependant, si l'accusation ne parvient pas à prouver les ingrédients fondamentaux de l'infraction, l'accusé n'est pas tenu de prouver son innocence.³⁹⁵

Republic v Wesley Mzumara, une affaire malawite, s'est également prononcée en faveur de l'admissibilité des mécanismes de renversement de la charge de la preuve institués par les dispositions en matière d'enrichissement illicite de la loi du Malawi sur les pratiques constitutives de corruption (*Corrupt Practices Act*).³⁹⁶ Dans sa décision, le juge Usiwa Usiwa a indiqué que, dans des cas exceptionnels, la notion de transfert de la charge de la preuve avait déjà été reconnue au Malawi par la décision *Malombe v Rep*, qui a été rendue par la Cour suprême.³⁹⁷ Dans cette optique, il a estimé que la disposition sur l'enrichissement illicite pouvait également être considérée comme une exception légitime, à la condition que l'accusation prouve, au-delà de tout doute raisonnable, que la personne poursuivie « avait, à première vue, le contrôle » de biens disproportionnés.³⁹⁸

4.1.1.3.2 Évaluation du lien rationnel

Un certain nombre de cours de justice ont également procédé à une évaluation du « lien rationnel » pour déterminer le point de savoir si certaines présomptions légales constituent des dérogations acceptables au principe de la présomption d'innocence.

Cette évaluation exige d'une cour qu'elle détermine si le fait présumé, qui entraîne le renversement de la charge de la preuve (par exemple, le fait que le patrimoine d'une personne ne vienne pas d'une source légitime), est une conclusion rationnelle pouvant être faite à partir de faits déjà établis (par exemple, le fait que la valeur de ce patrimoine soit disproportionnée par rapport aux revenus versés à une personne à partir d'une source légitime).

Ces évaluations ne sont pas exclusivement liées au contexte de l'enrichissement illicite, et sont utilisées par des cours de justice pour évaluer le caractère justifiable d'autres types de présomptions depuis plus d'un siècle. Par exemple, *Mobile, Jackson & Kansas City R. Co. v Turnipseed*,³⁹⁹ qui a été rendue par la Cour suprême américaine, a été l'une des premières décisions à mentionner ce type d'évaluation. Dans cette affaire de droit civil, il avait été demandé à la cour de répondre au point de savoir si la preuve d'un préjudice corporel subi en raison du fonctionnement d'une locomotive pouvait être considérée, dans une mesure acceptable, comme un commencement de preuve de

395 Arrêt *Syed Qasim Shah v the State* 2009 SCMR 790, faisant référence à l'arrêt *Rehmat v the State* PLD 1977 SC 515.

396 Loi de 1995 sur les pratiques constitutives de corruption (*Corrupt Practices Act 1995*) (telle qu'amendée en 2004) (Malawi), section 32.

397 Arrêt *Malombe v Rep* [1993] 16 (2) MLR 561.

398 Arrêt *Republic v Wesley Mzumara* (Affaire pénale n° 47 de 2010).

399 Arrêt *Mobile, Jackson & Kansas City R. Co. v Turnipseed*, 219 U.S. 35 (1910).

l'imprudence d'une société ferroviaire, du fait de ses préposés, sans porter atteinte aux garanties d'une procédure régulière. La cour a statué de la manière suivante :

Pour qu'une présomption légale portant sur un fait et découlant d'une preuve d'un autre fait ne puisse pas être constitutive d'un manquement aux garanties d'une procédure régulière ou d'un non-octroi de la protection équitable prévue par le droit, il est essentiel qu'il existe un lien rationnel entre le fait prouvé et le fait ultime présumé, et que la conclusion faite sur un fait à partir d'une preuve sur un autre fait ne vienne pas dépasser les limites du raisonnable et, ainsi, s'apparenter à un choix purement arbitraire.⁴⁰⁰

La notion analysée par l'affaire de droit civil mentionnée ci-dessus a été confirmée, par la suite, au pénal, par l'affaire *Tot v United States*,⁴⁰¹ dans laquelle la cour a examiné la prétention selon laquelle la possession non enregistrée, par une personne, d'une arme à feu dans un État (où la propriété d'une arme à feu était normalement enregistrée) pouvait conduire à une présomption indiquant que cette arme à feu a été acquise dans un autre État. Dans cette affaire, la cour a estimé que la présomption n'était pas admissible, car elle ne respectait pas le critère du lien rationnel, tout en faisant remarquer qu'il existait d'autres sources non interétatiques auprès desquelles une personne aurait pu se procurer l'arme en cause. En utilisant ce critère, la cour a souligné que la conclusion relative au lien rationnel et découlant de l'expérience acquise est la suivante :

Dans nos décisions, une présomption légale ne peut pas être validée, s'il n'existe pas de lien rationnel entre le fait prouvé et le fait ultime présumé, si eu égard à l'expérience acquise la conclusion portant sur un élément et découlant d'un autre élément est arbitraire en raison de l'absence de lien relevée entre eux.⁴⁰²

Cette décision a été à nouveau réaffirmée par la décision *Leary v the United States*,⁴⁰³ qui a également indiqué ce qui suit :

...une présomption pénale posée par la loi doit être jugée « irrationnelle » ou « arbitraire » et, par conséquent, inconstitutionnelle, sauf s'il peut au moins être affirmé avec une profonde assurance qu'il est plus probable qu'improbable que le fait présumé découle du fait prouvé et dont il dépendrait.⁴⁰⁴

Au-delà des frontières des États-Unis, les principes énoncés par ces affaires ont été confirmés, avec l'approbation du Comité judiciaire du Conseil privé (Privy Council), par l'arrêt *Attorney General v Lee Kwong-kut*, qui a été rendu à Hong Kong, et qui a cité le passage de l'arrêt *Leary v the United States* figurant ci-dessus, tout en évaluant l'admissibilité des présomptions prévues par l'ordonnance de Hong Kong sur les délits.⁴⁰⁵ Dans le contexte de l'enrichissement illicite, la citation, par le Conseil privé, de l'arrêt *Leary v the United States* a été un élément-clé de la décision

400 Ibid., point [43].

401 Arrêt *Tot v United States*, 319 U.S. 463 (1943).

402 Ibid., point [468].

403 Arrêt *Leary v the United States* 395 US 6 (1969).

404 Ibid., point [36].

405 Ordonnance sur les délits (*Summary Offences Ordinance*), chapitre 228 (1933) (Chine - Hong Kong).

Attorney General v Hui Kin-hong rendue par la suite et citée ci-dessus. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Hong Kong a suivi la recommandation avancée par la décision *Attorney General v Lee Kwong-kut*, et a confirmé que le principe du lien rationnel devait également être un élément-clé de l'évaluation du point de savoir si l'« exception » à la présomption d'innocence prévue par la loi de Hong Kong sur l'enrichissement illicite était justifiable :

...Si l'exception exige que certains éléments soient présumés jusqu'au moment où le contraire est démontré, il sera alors difficile de justifier cette présomption sauf si, comme l'a indiqué la Cour suprême des États-Unis dans sa décision *Leary v United States* (1969) 23 L Ed (2d) 57, 82, « il peut au moins être affirmé avec une profonde assurance qu'il est plus probable qu'improbable que le fait présumé découle du fait prouvé et dont il dépendrait ». ⁴⁰⁶

Conformément à ce principe, la cour a estimé que si l'État est en mesure de prouver qu'il existe, entre le patrimoine d'une personne poursuivie et ses revenus officiels, une disproportion d'un niveau « déraisonnable eu égard aux circonstances », cette situation suffira pour faire jouer une présomption acceptable à l'encontre de cette personne. ⁴⁰⁷

Le critère du lien rationnel a également été utilisé par d'autres juridictions pour évaluer leurs propres lois sur l'enrichissement illicite. Par exemple, dans la décision *Republic v Wesley Mzumara*, la cour a mis en évidence l'argument d'après lequel « il faut démontrer l'existence d'un lien rationnel entre, d'une part, le fait prouvé relatif à l'accumulation de biens par l'accusé, et, d'autre part, le fait présumé de leur acquisition dans le cadre d'une corruption ou, au moins, en violation générale de la loi sur les pratiques constitutives de corruption ». ⁴⁰⁸ De plus, bien qu'elle n'ait pas nommément cité cette évaluation, la Haute Cour d'Ouganda a adopté, dans sa décision *Uganda v B.D Wandera*, une logique similaire à celle de l'évaluation du lien rationnel, lorsqu'elle s'est prononcée en faveur de l'admissibilité d'une conclusion selon laquelle une personne se serait illicitement enrichie, s'il était prouvé que les avoirs qu'elle avait en sa possession étaient disproportionnés par rapport à ses revenus. ⁴⁰⁹

4.1.1.3.3 Évaluation de l'intérêt général

Lorsque les cours de justice statuent sur la légitimité des atteintes au principe de la présomption d'innocence, l'une des questions les plus importantes qu'elles se posent est vraisemblablement celle de savoir si la dérogation contribue ou non à la protection de l'intérêt de la société au sens large. Les cours de justice ont souvent mené de longs débats sur la difficulté de la tâche tentant de créer l'« équilibre », visé par l'arrêt *Salabiaku c. France*, entre la prise en considération de « l'importance de l'enjeu » et le « respect des droits de la défense ». ⁴¹⁰

406 Arrêt *Attorney General v Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227, point [232], se référant à l'arrêt *Attorney General v Lee Kwong-kut* [1993] AC 951, points 969G à 970B.

407 Arrêt *Attorney General v Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227, point [234].

408 Arrêt *Republic v Wesley Mzumara* (Affaire pénale n° 47 de 2010).

409 Arrêt *Uganda v B.D Wandera* HCT-00-AC-SC-0012/2014.

410 Arrêt *Salabiaku c. France* (Requête n° 10519/83), CrEDH, le 7 octobre 1988, point [28].

Par exemple, dans l'affaire *R v Johnstone*,⁴¹¹ la Chambre des Lords du Royaume-Uni a précisé ce qui suit :

L'identification des exigences d'un équilibre raisonnable n'est pas aussi facile qu'il n'y paraît. Il s'agit d'une tentative de mise en balance d'éléments incommensurables. Le cœur du problème est le paradoxe relevé par le juge Sachs dans l'affaire *State v Coetzee* [1997] 2 LRC 593, 677, § 220 : plus le crime est grave, plus l'intérêt général consistant à faire condamner le coupable est pertinent, et plus la protection constitutionnelle de l'accusé gagne en importance. Face à ce paradoxe, il ne peut être indiqué que pour qu'un renversement de la charge de la preuve soit admissible, il faut qu'il existe un motif impérieux en vertu duquel il serait juste et raisonnable de priver l'accusé de la protection normalement garantie à toute personne par la présomption d'innocence.⁴¹²

Conformément à cette réflexion, des cours de justice du monde entier ont essayé d'analyser la question de savoir si l'objectif sous-jacent d'une inversion de la charge de la preuve est suffisamment « impérieux », et correspond suffisamment à l'intérêt général pour justifier une atteinte au principe de la présomption d'innocence.

Par exemple, dans la célèbre affaire *R v Oakes*,⁴¹³ la Cour suprême canadienne a ouvert un débat sur la limite au principe de la présomption d'innocence posée par un renversement du fardeau de la preuve figurant dans la loi du Canada sur le contrôle des stupéfiants (*Narcotic Control Act*)⁴¹⁴, en vertu de laquelle une cour peut présumer qu'une personne ayant le contrôle d'un stupéfiant a eu cette substance en sa possession afin d'en faire le trafic. La cour a estimé que le critère-clé de l'évaluation du point de savoir si une présomption est « raisonnable et assortie d'une justification démontrée dans une société libre et démocratique » est celui de son objectif primordial :

...doit avoir une importance suffisante pour justifier sa prééminence par rapport à un droit ou une liberté dont la protection est assurée par la constitution. Son niveau doit être élevé pour veiller à ce que les objectifs négligeables ou ceux contraires aux principes d'une société libre et démocratique ne soient pas protégés. Avant qu'un objectif puisse être jugé suffisamment important, il doit au moins avoir un lien avec des préoccupations sociétales urgentes et réelles dans une société libre et démocratique.⁴¹⁵

Dans cette affaire, la cour a estimé que « protéger la société contre les graves calamités causées par le trafic de drogue » pourrait potentiellement justifier une limite au principe de la présomption d'innocence (encore que, dans cette affaire, cette limite n'a pas été jugée justifiable, car elle n'a pas respecté une autre considération-clé : le critère du lien rationnel).⁴¹⁶

411 Arrêt *R v Johnstone* [2003] 1 WLR 1736.

412 Ibid., point [49].

413 Arrêt *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103.

414 Loi de 1970 sur le contrôle des stupéfiants (*Narcotic Control Act RSC 1970*) (Canada), section 4(2).

415 Arrêt *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103, point [76].

416 La cour a estimé qu'il n'existait « pas de lien rationnel entre le simple fait d'être en possession d'une chose et le fait présumé d'en être en possession en vue d'un trafic » et que « [l]a possession d'une quantité modeste ou négligeable de stupéfiants ne permettait pas conclure à l'existence d'un trafic ».

Il existe d'autres affaires dans lesquelles les présomptions ont été jugées admissibles. Par exemple, dans l'affaire *R v Johnstone* visée ci-dessus, la Chambre des Lords a estimé que l'intérêt général consistant à protéger le système de protection des marques de commerce justifiait une limitation du principe de la présomption d'innocence. En outre, dans l'affaire *Sheldrake v the DPP*,⁴¹⁷ qui a été jugée par la suite, la Chambre des Lords a également estimé que les renversements de la charge de la preuve concernant la conduite en état d'ivresse pouvaient être justifiés par l'intérêt général primordial consistant à prévenir « tout décès, tout préjudice corporel et tout dommage causés par les conducteurs inaptes à la conduite ».⁴¹⁸

Dans le contexte des lois sur l'enrichissement illicite, et notamment de celles ciblant les agents publics, les cours de justice ont examiné la question de savoir si les renversements de la charge de la preuve prévus par ces lois sont justifiés par un intérêt général de lutte contre la corruption.

Par exemple, dans *Attorney General v Hui Kin-hong*, le juge Bokhary a examiné la nécessité de trouver un équilibre entre la protection des droits des personnes accusées de corruption et la protection des victimes de la corruption (à savoir le public) :

Si le droit n'accordait sa protection qu'aux personnes accusées de corruption, mais ne protégeait pas les citoyens ordinaires des démons et des périls de la corruption, il les priverait alors d'une protection égale.

Lorsque deux impératifs d'un système juridique sont en duel, le simple fait d'en sacrifier un au profit de l'autre n'est pas une vraie solution. Un compromis entre ces deux approches n'est pas non plus une solution. Il faut trouver un équilibre acceptable et fonctionnant concrètement. Une telle opération peut ne pas être facile. Elle doit tout de même être réalisée si une société a vocation à être réellement sûre : c'est-à-dire à la fois juste et libre.⁴¹⁹

Dans la suite de son raisonnement, le juge Bokhary a à nouveau mis à l'accent sur les difficultés spécifiques rencontrées par les personnes qui luttent contre la corruption pour justifier le renversement de la charge de la preuve prévu par la loi de Hong Kong en matière d'enrichissement illicite :

En présence d'une affaire de corruption, il est facile de comprendre la nécessité, envisagée naturellement dans les limites de la raison, des pouvoirs spéciaux d'investigation et des dispositions comme celles qui exigent d'un accusé qu'il fournisse une explication. Dans des conditions normales, les actes de corruption spécifiques sont intrinsèquement difficiles à repérer et encore plus à prouver. La vraie victime, à savoir la société dans son ensemble, n'a généralement pas conscience des situations particulières où elle en est victime. Par ailleurs, contrairement aux affaires concernant des drogues dangereuses par exemple, il n'existe évidemment pas de marchandises illégales, comme les drogues en possession desquelles des criminels peuvent être arrêtés...L'exigence qui, dans une telle situation, pèse sur un accusé, n'a rien de déraisonnable.⁴²⁰

417 Arrêt *Sheldrake v the DPP* [2004] UKHL 43.

418 Ibid., point [41].

419 Arrêt *Attorney General v Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227.

420 Ibid.

En conséquence, la cour a estimé que les dispositions de la loi de Hong Kong sur l'enrichissement illicite prévoyant un renversement de la charge de la preuve étaient admissibles compte tenu de l'intérêt général plus vaste et, notamment, de la nature indétectable des infractions de corruption en tant que telles.

La Haute Cour de Madras (en Inde), qui a été saisie de l'affaire *N. Pasupathy v State*⁴²¹, a également soumis à un bref examen la question relative au renversement de la charge de la preuve prévu par la loi de l'Inde sur l'enrichissement illicite. Après avoir cité le raisonnement utilisé dans *M. Narayanan Nambiar v State of Kerala*,⁴²² une affaire antérieure tranchée par la Cour suprême de l'Inde, la cour a souligné le fait que le renversement du fardeau de la preuve prévu par la (loi relative à la) Prévention de la Corruption pouvait être interprété comme une « mesure socialement utile et élaborée dans [l']intérêt général ».⁴²³

4.1.1.3.4 Évaluation des connaissances spécifiques

Dans l'évaluation de l'admissibilité des renversements de la charge de la preuve, certaines cours de justice de différentes régions de la planète ont également attribué un poids significatif à la question de savoir si un renversement de la charge de la preuve exige d'un accusé qu'il apporte la preuve d'éléments spécifiques dont il a personnellement connaissance.

Par exemple, dans *R v Johnstone*, la Chambre des Lords du Royaume-Uni a analysé la « mesure dans laquelle la charge de la preuve pesant sur l'accusé portait sur des faits » qu'« il peut facilement prouver, car il en a personnellement connaissance, ou auxquels il a facilement accès » dans son évaluation d'un renversement de la charge de la preuve prévu par la loi britannique sur les marques de fabrique (*Trade Marks Act*).⁴²⁴

En outre, dans *R v Oakes*, la Cour suprême canadienne a fait ressortir qu'il est difficile de justifier une présomption si elle attribue à l'accusé la charge de prouver un fait « par rapport auquel on ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce qu'il apporte des preuves, car il n'en a pas personnellement connaissance ou car ce fait va au-delà des éléments à l'égard desquels on pourrait raisonnablement s'attendre qu'il dispose de connaissances... ».⁴²⁵

Dans le contexte de l'enrichissement illicite, ce point a également fait l'objet d'une considération indiquée dans *Attorney General v Hui Kin-hong* :

421 Arrêt *N. Pasupathy v State* 2018 (1) MLJ (Cri) 745.

422 Arrêt *M. Narayanan Nambiar v State of Kerala* (1963) Suppl. 2 SCR 724.

423 Arrêt *N. Pasupathy v State* 2018 (1) MLJ (Cri) 745, point [212]. Veuillez noter que le texte législatif adopté par l'Inde en matière d'enrichissement illicite est la loi de 1988 sur la prévention de la corruption (*Prevention Of Corruption Act 1988*), qui a remplacé une disposition antérieure sur l'enrichissement illicite et figurant dans la loi de 1947 sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act 1947*).

424 Loi de 1994 sur les marques de fabrique (*Trade Marks Act 1994*) (Royaume-Uni), section 92.

425 Arrêt *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103, point [39], citant l'arrêt *R v Shelley* [1981] 2 S.C.R. 196.

Que doit faire un accusé pour présenter une explication satisfaisante sur les moyens lui ayant permis de mener un train de vie démesuré ou d'acquérir le contrôle de ressources pécuniaires ou de biens disproportionnés ? Dans des conditions normales, il devrait notamment avoir personnellement connaissance des principaux éléments factuels qui serviraient de base à l'explication de l'accusé, à savoir l'existence d'un capital ou de revenus découlant de ses émoluments indépendants et officiels. Et, bien entendu, il doit prouver ces faits selon la simple prépondérance des probabilités.

Lorsque des présomptions entrent en ligne de compte, ce point de vue est normal. Et, comme nous l'avons fait remarquer, les présomptions sont loin d'être invariablement incompatibles avec les droits de l'homme.⁴²⁶

Ce point a également été examiné par l'affaire *K. Veeraswami vs Union Of India And Others*,⁴²⁷ dans laquelle la Cour suprême de l'Inde a évalué la légitimité des renversements de la charge de la preuve prévus par les dispositions en matière d'enrichissement illicite de la loi sur la prévention de la corruption (*Prevention of Corruption Act*) :

Il se peut que cette procédure soit contraire au principe bien connu que la jurisprudence pénale a posé dans l'affaire *Woolmington v Director of Public Prosecution*, [1935] A.C. 462, et selon lequel la charge de la preuve pèse toujours sur l'accusation et ne bascule jamais sur l'accusé. Cependant, par rapport à certains aspects, le parlement est habilité à veiller à ce que la charge de la preuve pèse également sur l'accusé, et notamment en présence d'éléments « dont il a particulièrement connaissance »...Une savante analyse...dans la vraie nature des choses, il ne peut pas être attendu de l'accusation qu'elle connaisse les affaires d'un agent public trouvé en possession de ressources immobilières disproportionnées par rapport aux sources connues de ses revenus. Il lui appartient de s'expliquer. Un texte législatif de cette nature attribuant la charge de la preuve à l'accusé ne peut pas être considéré comme déraisonnable, injuste ou inéquitable.⁴²⁸

Cependant, il convient de noter que, dans un contexte plus large, certaines cours de justice ont également mis en avant les préoccupations les animant quand, en évaluant l'admissibilité d'une présomption légale dans des affaires pénales, elles s'appuient exclusivement sur une évaluation des connaissances spécifiques. Par exemple, dans l'affaire *Tot v United States*, qui a déjà été mentionnée, la Cour suprême des États-Unis a suggéré que même si la « commodité comparative liée à la présentation de preuves » devait être prise en considération, le fait que « le défendeur dispose de meilleurs modes d'information » ne peut pas à lui seul justifier la création d'une présomption :

Dans chaque affaire pénale, le défendeur dispose, par rapport aux faits, de connaissances au moins égales à celles de l'accusation et, dans la plupart des cas, dépassant celles de l'accusation. Il pourrait donc être jugé approprié d'attribuer à tous les défendeurs d'affaires pénales la charge d'apporter des preuves. Cet argument va trop loin. S'il était fondé, le législateur pourrait valablement déclarer que la conclusion d'une mise en examen ou que la simple preuve de

426 Arrêt *Attorney General v Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227.

427 Arrêt *K. Veeraswami vs Union Of India And Others* 1991 SCR (3) 189.

428 Ibid.

l'identité de l'accusé devrait créer une présomption concernant l'existence de tous les éléments essentiels à la culpabilité. Une telle approche n'est pas admissible.⁴²⁹

La cour a estimé, à l'opposé, que cette considération devrait représenter un critère « corollaire » au critère du lien rationnel mentionné ci-dessus.⁴³⁰

4.1.1.4 Autre point de vue : la charge de la preuve n'est jamais renversée, et donc aucun droit n'est violé

Les cours de justice de l'Argentine et de la Lituanie interprètent cette question sous un autre angle. Au lieu de justifier les présomptions énoncées par leurs lois sur l'enrichissement illicite en faisant valoir qu'elles constituent des limites admissibles au droit à la présomption d'innocence, ces cours de justice ont à l'inverse toutes les deux estimé que leurs lois n'entraînaient absolument pas la violation d'un tel droit, car elles ne prévoient d'inversion de la charge de la preuve à aucun moment.

Dans l'affaire *n° KT4-N3/2017*, la Cour constitutionnelle de Lituanie a été saisie pour qu'elle réponde à la question de savoir si l'infraction d'enrichissement illicite figurant dans l'article 189(1) du Code pénal (BK) violait le droit à la présomption d'innocence institué par la Constitution de la Lituanie.⁴³¹ En dépit du fait que la cour ait examiné la jurisprudence de la CrEDH sur la question (incluant la décision *Salabiaku c. France*), elle a choisi une approche totalement différente, et estimé que cette loi était en fait compatible avec le principe de la présomption d'innocence, car elle ne fait jamais réellement basculer la charge de la preuve sur une personne poursuivie. Pendant la procédure, les requérants avaient soutenu que les dispositions en cause étaient inconstitutionnelles pour les raisons suivantes :

...par un recours à une déclaration négative (« bien n'aurait pas pu être acquis avec des revenus légitimes »), la formulation de l'objet de l'infraction crée inévitablement une situation où l'illégalité des revenus est établie en raison de l'absence de revenus perçus officiellement et de l'incapacité de l'accusé à fournir une explication crédible sur le caractère suffisant des revenus qu'il perçoit officiellement et qui lui permettraient d'acquérir les biens qu'il a en sa possession. La conclusion sur l'illégalité des revenus prend appui sur l'hypothèse d'après laquelle tout ce qui n'aurait pas pu être acquis par des moyens légitimes a été acquis illégalement. Dans la justice pénale, il peut être considéré qu'un tel mode d'établissement des faits place la charge de la preuve sur la personne poursuivie et, dans la détermination de sa culpabilité, avance des hypothèses. Cette approche peut entraîner la violation du principe de la présomption d'innocence...⁴³²

429 Arrêt *Tot v United States*, 319 U.S. 463 (1943), points 467 à 469.

430 Ibid., point 467

431 Article 31 de la Constitution de la république de Lituanie (adoptée par les citoyens de la république de Lituanie lors du référendum tenu le 25 octobre 1992) : « Toute personne est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie selon une procédure déterminée par la loi et constatée par une décision définitive du tribunal ».

432 Affaire n° 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016 – La Cour constitutionnelle de la république de Lituanie se prononçant, au nom de la république de Lituanie, sur la conformité de l'article 189, paragraphe 1, du Code pénal de la république de Lituanie à la Constitution de la république de Lituanie – décision n° KT4-N3/2017, du 15 mars 2017, point [7.3.1].

Dans sa réponse, le représentant du Seimas de la république de Lituanie⁴³³ a indiqué que le droit à la présomption d'innocence n'est pas violé, car il n'incombe pas à la personne poursuivie de démontrer la légitimité des biens en cause. Au contraire, il appartient au procureur de prouver que la légalité des biens relève de l'impossible :

La formule « bien n'aurait pas pu être acquis avec des revenus légitimes »...ne signifie pas qu'une personne doit tenter de démontrer la légitimité caractérisant l'acquisition de biens, mais signifie plutôt que le procureur doit apporter des preuves pour prouver que la légalité de cette acquisition est impossible. Le simple fait que, dans l'application de l'article 189 du BK, les procureurs soient tenus d'apporter la preuve de circonstances sortant quelque peu de l'ordinaire (dans la plupart des cas, un procureur doit prouver que des faits ont eu lieu ou que des actes ont été perpétrés alors que, pour prouver un enrichissement illicite, il doit prouver que la légitimité de l'acquisition de biens est impossible) ne fournit pas de motifs permettant de soutenir que le principe de la présomption d'innocence a été violé.⁴³⁴

La cour a reconnu que l'infraction d'enrichissement illicite ne viole pas le principe de la présomption d'innocence, car elle « ne fait pas basculer la charge de la preuve sur une personne soupçonnée d'enrichissement illicite (et mise en examen) ». ⁴³⁵ Pour parvenir à cette décision, la cour a fait remarquer que les dispositions du Code de Procédure pénale de Lituanie disposaient explicitement que la responsabilité consistant à prouver une infraction d'enrichissement illicite pesait sur un procureur. En conséquence, la cour a conclu qu'un accusé « n'est pas dans l'obligation de prouver la légitimité de son enrichissement » et qu'« il n'est pas obligé de présenter des preuves et de prouver que l'acte criminel visé par le paragraphe 1 de l'article 189(1) du BK n'a pas été commis et qu'il n'est pas l'auteur de sa perpétration, mais a le droit de le faire dans l'exercice des droits de la défense dont il est titulaire ». ⁴³⁶

En Argentine, dans l'affaire *Alsogaray*, le point de savoir si la loi de l'Argentine sur l'enrichissement illicite violait un certain nombre de droits, y compris le principe de la présomption d'innocence, a été examiné, et il a été estimé que l'article concerné du Code pénal « ne suggère ni ne définit un renversement de la charge de la preuve lorsqu'il attribue au suspect la charge de prouver son innocence par la justification de l'origine de l'enrichissement » car « dans ce sens injustifié, la

433 La branche législative du gouvernement de la république de Lituanie.

434 Affaire n° 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016 - La Cour constitutionnelle de la Lituanie se prononçant, au nom de la république de Lituanie, sur la conformité de l'article 189(1), paragraphe 1, du Code pénal de la république de Lituanie à la Constitution de la république de Lituanie - décision n° KT4-N3/2017, du 15 mars 2017, point [8.3].

435 Ibid., point [39.3].

436 Ibid., points [20], [22] et [39.1].

responsabilité consistant à apporter la preuve de l'enrichissement pèse sur la cour et le bureau du procureur, qui ne sont pas remplacés par le défendeur ». ⁴³⁷

Dans les éléments présentés pour clarifier son point de vue, la Cour nationale de Cassation pénale a estimé que l'infraction d'enrichissement illicite devait être considérée comme un crime par « perpétration », et non pas par « omission », et que la responsabilité consistant à prouver les éléments du crime continue de peser sur le procureur.

... nous devons garder à l'esprit que nous traitons d'un crime par perpétration, avec lequel une personne s'enrichit de manière conséquente et injustifiée dans la fourniture d'un service public, et non pas, comme l'affirme la défense, d'un crime par omission, consistant à « ne pas présenter la justification d'un enrichissement considérable lorsqu'elle est dûment exigée ». ⁴³⁸

La cour a conclu ce qui suit :

Le principe de l'innocence...demeure intact, tant que l'accusé est innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie, et la preuve de la culpabilité doit toujours être apportée par le bureau du procureur qui, au moment de la demande, doit déjà disposer des éléments à charge démontrant l'existence d'un enrichissement appréciable qui, à première vue, n'est pas justifié par les revenus légitimes de l'agent public. ⁴³⁹

4.1.1.5 Avis divergent : les lois pénales sur l'enrichissement illicite portent atteinte à la présomption d'innocence

Au niveau international, un certain nombre de pays ont officiellement fait part de leurs inquiétudes liées à la présomption d'innocence et concernant la compatibilité des obligations en matière d'enrichissement illicite figurant dans les traités. Par exemple, s'agissant de la CICC, le Canada et les États-Unis se sont réservés le droit de ne pas mettre en œuvre l'Article IX sur la criminalisation

437 *Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 'Alsogaray', causa n.º 4787 (2005)* (9 juin 2005) (texte original : « Teniendo en cuenta todo lo antes referido, no se advierte que el artículo 268 (2) del Código Penal implique o defina una inversión de la carga de la prueba poniendo en cabeza del sospechado el deber de demostrar su inocencia mediante la justificación de la procedencia del enriquecimiento, porque lo cierto es que la prueba del enriquecimiento en tal sentido injustificado corresponde al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público Fiscal, quienes no son sustituidos en esa carga por el imputado »). Veuillez noter que cette décision a été confirmée en appel par la *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, affaire « Alsogaray », 331:2799 (2008).

438 *Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 'Alsogaray', causa n.º 4787 (2005)* (texte original : « Para aclarar este punto, debemos tener en cuenta que estamos ante un delito de comisión, consistente en enriquecerse de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública y no -como pretende la defensora- ante un delito de omisión, consistente en 'no justificar un enriquecimiento considerable al ser debidamente requerido »).

439 *Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 'Alsogaray', causa n.º 4787 (2005)* (texte original : « El principio de inocencia, y su importante correlato procesal -el *in dubio pro reo*-, quedan incólumes, en tanto el imputado es inocente mientras no se pruebe lo contrario y esa prueba de culpabilidad queda siempre en cabeza del Ministerio Público Fiscal, que al momento del requerimiento ya debe contar con los elementos de cargo que dan cuenta de la existencia de un enriquecimiento apreciable, que prima facie, no se encuentra justificado en los ingresos legítimos del funcionario ; »).

de l'enrichissement illicite, au motif qu'une telle loi violerait la présomption d'innocence garantie par leurs constitutions respectives.⁴⁴⁰

Cependant, au niveau national, la jurisprudence appuyant la thèse selon laquelle les lois sur l'enrichissement illicite violeraient la présomption d'innocence n'est pas abondante. Il peut être cité, à titre d'illustration, l'affaire n° 1-135/2018(5846/17),⁴⁴¹ dans laquelle la Cour constitutionnelle de l'Ukraine a déclaré que les dispositions sur l'enrichissement illicite de l'article 368.2 du Code pénal étaient inconstitutionnelles pour plusieurs raisons, incluant le fait qu'elles violaient le principe de la présomption d'innocence. Il convient toutefois d'observer que cette décision n'a pas échappé à une vive polémique, et qu'elle a même suscité des allégations de corruption judiciaire.⁴⁴²

Néanmoins, dans sa décision, la cour a jugé qu'il n'était pas possible de « restreindre » ou d'« annuler » la garantie accordée par le principe de la présomption d'innocence posé par la Constitution de l'Ukraine, et qu'en permettant un « transfert de responsabilités » de l'État à

440 Les États-Unis ont indiqué qu'ils apposeraient leur signature sous réserve des accords suivants : « ... Conformément au troisième paragraphe de l'Article IX de la Convention, les États-Unis d'Amérique ont l'intention d'accorder aux autres États parties une assistance et une coopération lorsque leur droit national les y autorise. Les États-Unis reconnaissent l'importance de la lutte contre les gains financiers inappropriés que perçoivent des agents publics, et disposent d'une législation pénale visant à dissuader ou sanctionner un tel comportement. Cette législation contraint les agents confirmés du gouvernement fédéral à déposer des déclarations sincères de situation financière, sous peine de sanctions pénales. Elle permet également l'engagement de poursuites contre les agents publics fédéraux qui se soustraient aux impôts sur le patrimoine mal acquis. Cependant, l'infraction d'enrichissement illicite, telle que prévue par l'Article IX de la Convention, fait peser la charge de la preuve sur le défendeur, ce qui est incompatible avec la Constitution des États-Unis et les principes fondamentaux du système juridique des États-Unis. Par conséquent, les États-Unis comprennent qu'ils ne sont pas dans l'obligation de créer une nouvelle infraction pénale d'enrichissement illicite relevant de l'Article IX de la Convention ». De la même manière, le Canada a précisé ce qui suit : « L'Article IX dispose que l'obligation faite à un État partie de créer une infraction d'enrichissement illicite doit « dépendre de sa Constitution et des principes fondamentaux de son système juridique ». Dans la mesure où l'infraction visée par l'Article IX irait à l'encontre de la présomption d'innocence garantie par la Constitution canadienne, le Canada n'exécutera pas l'Article IX, tel que stipulé par cette disposition ». (voir : OAS, *Signatories and Ratifications B-58, Inter-American Convention Against Corruption (B-58)*, http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption_signatories.asp, tel qu'accédé le 10 décembre 2020).

441 Affaire n° 1-135/2018(5846/17), décision de la Cour constitutionnelle de l'Ukraine dans l'affaire de la requête en constitutionnalité déposée par 59 députés ukrainiens sur la conformité de l'article 368.2 du Code pénal de l'Ukraine à la Constitution de l'Ukraine (26 février 2019) ; une traduction non officielle de la décision ayant été fournie par la Cour constitutionnelle de l'Ukraine est disponible sur : <http://web.ccu.gov.ua/en/docs/2541>.

442 La nature de cette décision a incité le propre organe anticorruption de l'Ukraine, c'est-à-dire le Bureau national ukrainien de lutte contre la corruption, à faire une déclaration alléguant que cette décision était « motivée par des raisons politiques » (voir l'analyse titrée *Abolition of 'Illegal enrichment' article is a step back in the Ukrainian anti-corruption reform* (dans le cadre de la réforme de l'Ukraine sur la lutte contre la corruption, l'abrogation de l'article sur l'« enrichissement illicite » constitue un pas en arrière), publiée par le Bureau national ukrainien de lutte contre la corruption le 27 février 2019, <https://nabu.gov.ua/en/novyny/abolition-illegal-enrichment-article-step-back-ukrainian-anti-corruption-reform>, et tel qu'accédée le 20 mars 2021). À l'époque de la publication, quatre magistrats de la cour faisaient également l'objet d'une enquête pénale, et suite au prononcé d'autres décisions de la cour sur les déclarations des avoirs et une version amendée de la loi sur l'enrichissement illicite, le pays a été plongé dans une crise constitutionnelle (voir : E. Channel-Justice, *The Nature of Ukraine's Constitutional Crisis Explained* (une explication sur la nature de la crise constitutionnelle en Ukraine), un article de la Harvard University Ukrainian Research Institute, <https://huri.harvard.edu/ukraine-constitutional-court-crisis-explained>, tel qu'accédé le 10 décembre 2020).

une personne poursuivie, les lois sur l'enrichissement illicite n'étaient pas compatibles avec la Constitution :⁴⁴³

La définition législative criminalisant l'enrichissement illégal prévoit que le fait, pour l'accusation, de ne pas honorer son obligation de recueil de preuves sur la légalité des raisons pour lesquelles une personne a acquis une importante quantité d'avoirs, permet de transférer cette responsabilité de l'accusation (l'État) à la défense (le suspect ou l'accusé), ce qui est inadmissible eu égard au principe constitutionnel de la présomption d'innocence...⁴⁴⁴

Il est intéressant de noter que, bien que la décision ait cité la jurisprudence de la ⁴⁴⁵CrEDH, qui a souligné l'importance du principe de la présomption d'innocence, la cour n'a pas tenu compte de *Salabiaku c. France*, une décision majeure de la CrEDH, et du raisonnement de cette affaire, en vertu duquel des exceptions peuvent tempérer ce principe dans le respect de limites raisonnables.

4.1.2 Les lois sur l'enrichissement illicite prévoient-elles injustement un renversement de la charge de la preuve ?

Des recours ont également été engagés contre l'inversion expresse de la charge de la preuve figurant dans certaines lois de droit civil sur l'enrichissement illicite.

Au Kenya, le caractère équitable du mécanisme d'inversion de la charge de la preuve présenté par les dispositions de droit civil sur l'enrichissement illicite énoncées par la loi relative à la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act* (ACECA)) a été examiné à la loupe par la cour d'appel dans l'affaire *Ethics and Anti-Corruption Commission (The legal successor of Kenya Anti - Corruption Commission) v Stanley Mombo Amuti*.⁴⁴⁶ Dans cette décision, la cour a fait remarquer que même si, en vertu de cette loi, la charge de la preuve pouvait, lors d'une procédure, faire l'objet d'un transfert, celui-ci n'aurait lieu que si cette charge est satisfaite par l'État selon la prépondérance des probabilités.⁴⁴⁷ La cour a expliqué que ce type de transfert n'était pas « un processus étranger à un contentieux civil » et qu'il a également lieu, en vertu de la législation sur la diffamation, lorsqu'une justification est avancée comme un moyen de défense.⁴⁴⁸

443 Affaire n° 1-135/2018(5846/17), décision de la Cour constitutionnelle de l'Ukraine dans l'affaire de la requête en constitutionnalité déposée par 59 députés ukrainiens sur la conformité de l'article 368.2 du Code pénal de l'Ukraine à la Constitution de l'Ukraine (26 février 2019). La traduction vers l'anglais de cette affaire a été obtenue sur le site Internet officiel de la Cour constitutionnelle de l'Ukraine, <https://web.ccu.gov.ua/en/docs/2541>, tel qu'accédé le 31 mars 2021.

444 Ibid.

445 La cour s'est référée au point [77] du jugement de l'affaire *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, du 6 décembre 1988, et au point [97] du jugement de l'affaire *Janosevic c. Suède*, du 23 juillet 2002, et a précisé que « [l]a jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme démontre que le principe de la présomption d'innocence exige, entre autres, qu'en remplissant leurs fonctions les membres du tribunal ne partent pas de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé ; la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé. En outre, il incombe à celle-ci d'indiquer à l'intéressé de quelles charges il fera l'objet ».

446 Arrêt *Ethics and Anti-Corruption Commission (The legal successor of Kenya Anti - Corruption Commission) v Stanley Mombo Amuti* [2015] eKLR.

447 Ibid., point [33].

448 Ibid.

Par la suite, cette décision a été confirmée par la cour d'appel, dans l'arrêt *Stanley Mombo Amuti v Kenya Anti-Corruption Commission*, qui a également estimé que le mécanisme était respectueux des règles actuelles en matière de preuve :

Les sections exigent de la Anti-Corruption Commission qu'elle prouve, selon la prépondérance des probabilités, qu'une personne dispose d'avoirs disproportionnés par rapport aux sources légitimes de ses revenus. La section 55(2) de la loi contient une disposition sur la charge probatoire, qui est attribuée à la personne visée par une enquête afin qu'elle fournisse une explication satisfaisante sur l'origine légitime de ses avoirs. Cette charge probatoire est une charge de la preuve dynamique exigeant de la personne la mieux à même de prouver un fait qu'elle soit celle devant le prouver. La section 55(2) du ACECA est en harmonie avec la section 112 de la loi sur la preuve (*Evidence Act*), qui figure au chapitre 80 des *Laws of Kenya*. La section 112 de la loi sur la preuve (chapitre 80 des *Laws of Kenya*) dispose ce qui suit : « Pendant une procédure civile, lorsqu'un fait relève clairement de la sphère des connaissances d'une partie à cette procédure, la charge de prouver ou réfuter ce fait doit alors lui incomber ». ⁴⁴⁹

En l'espèce, et dans une mesure similaire à la logique observée par certains cours de justice au sujet des lois pénales sur l'enrichissement illicite, la cour a également tenu compte du fait qu'une inversion de la charge de la preuve exige d'un défendeur qu'il fasse la preuve d'éléments sur lesquels il a des connaissances particulières. Sur cette question, la cour a donné l'avis suivant : « nous estimons, après mûre réflexion, qu'une personne percevant un revenu légitime n'a pas de difficultés à prouver l'origine légale de ses avoirs ». ⁴⁵⁰

En dernier lieu, afin de répondre aux inquiétudes selon lesquelles le renversement de la charge de la preuve pourrait entrer en conflit avec le principe de la présomption d'innocence institué par la Constitution du Kenya, la cour a complété sa décision de la manière suivante :

L'exigence d'explications sur les avoirs n'est pas une exigence contraignant une personne à fournir des explications sur son innocence. La présomption d'innocence est un droit fondamental qui ne peut pas être écarté par un avis exigeant une explication sur le mode d'acquisition des avoirs. ⁴⁵¹

Des questions ont également été soulevées sur le caractère équitable des renversements de la charge de la preuve des dispositions de droit civil sur l'enrichissement illicite énoncées par la loi sur la confiscation des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Confiscation Act*) de l'Australie-Occidentale. ⁴⁵² À l'instar de l'approche retenue au Kenya, la District Court d'Australie-Occidentale a également accordé un poids considérable au fait que les renversements de la charge de la preuve prévus par ces dispositions contraignaient une personne à prouver des faits susceptibles d'être considérés comme des éléments de la sphère de ses connaissances particulières.

449 *Stanley Mombo Amuti v Kenya Anti-Corruption Commission* (appel n° 184 interjeté en 2018 devant une juridiction de droit civil), point [78].

450 *Ibid.*, point [80].

451 *Ibid.*, point [79].

452 [Traduction non officielle] Loi de 2000 sur la confiscation des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Confiscation Act 2000*) (Australie - Australie-Occidentale).

Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v Morris*, la juge Wager a estimé que le mécanisme de renversement de la charge de la preuve prévu par la loi était raisonnable, car les preuves s'imposant pour permettre au défendeur de remplir cette charge devraient être faciles à obtenir.⁴⁵³ Dans son raisonnement, la juge Wager s'est référée à *Director of Public Prosecutions for Western Australia v Gypsy Jokers Motorcycle Club Inc*,⁴⁵⁴ une affaire antérieure portant sur une ordonnance de gel, et a examiné les éléments avancés par le juge Templeman de la manière suivante :

Selon moi, il pourrait être raisonnablement attendu d'une personne qui devient propriétaire d'un important patrimoine immobilier grâce à des moyens légitimes, qu'elle soit en mesure de prouver ce fait, selon la prépondérance des probabilités et sans grande difficulté. Si le moyen utilisé par l'auteur d'une objection pour devenir propriétaire d'un bien est légitime, cette situation sera habituellement documentée sous une forme ou une autre.⁴⁵⁵

La juge Wager a également tenu compte de la version originale de la note explicative accompagnant la législation en tant que telle, et a considéré qu'une « lourde obligation en termes de ressources » serait attribuée à l'État s'il était tenu d'apporter des preuves pour prouver que les avoirs du défendeur n'avaient pas été acquis de manière légitime :

J'ai estimé que la partie de l'avant-projet de loi pénale de 2000 sur la confiscation (*Criminal Confiscation Bill 2000*) contenant des notes explicatives était utile, par rapport à la section 12(2), car elle fait remarquer ce qui suit :

L'alinéa (2) fait peser un fardeau de la preuve sur le défendeur, qui doit démontrer que son patrimoine a été acquis légitimement. En effet, il est plus facile pour une personne de prouver l'acquisition légitime de son patrimoine, que pour l'État de faire la preuve du contraire. Cette disposition est la clé de voûte permettant la réalisation des objectifs de la loi. Le fait de ne pas inclure une telle disposition attribuerait de lourdes obligations en termes de ressources à l'État s'efforçant de prouver que le patrimoine d'une personne n'a pas été acquis légitimement.⁴⁵⁶

Au niveau fédéral, bien que le caractère raisonnable des renversements de la charge de la preuve figurant dans les dispositions de droit civil en matière d'enrichissement illicite énoncées par la loi

453 En Australie, notamment, l'idée selon laquelle des règles sur la charge de la preuve peuvent être assouplies par rapport à des questions relevant particulièrement de la sphère des connaissances d'une personne poursuivie est nouvelle. *Williamson v Ah On*, une décision phare rendue par la Haute Cour australienne il y a presque un siècle, a en fait déjà autorisé un tel assouplissement dans certains cas : « Les vastes principes fondamentaux orientant une cour dans l'administration de la justice prévoient que la personne qui présente en substance un fait doit en apporter la preuve. Cependant, à moins que des cas particuliers ne soient reconnus, la justice serait entravée, et l'objectif même des règles spécifiquement prévues pour assurer l'application de la loi échouerait. Parfois, la voie d'usage conduisant à la justice, si elle est scrupuleusement respectée dans toutes les affaires, ne s'avérerait être que la voie de l'infructueuse facilité empruntée par les malfaiteurs et irait à l'encontre de la défense du droit...la règle fondamentale doit être assouplie lorsque l'objet d'une allégation relève particulièrement de la sphère des connaissances de l'une des parties ». (voir l'arrêt *Williamson v Ah On* (1926) 39 LR 95 at 113-114, auquel fait référence Booz Allen Hamilton dans *Comparative Evaluation of Unexplained Wealth Orders*, 2012, p.116).

454 Arrêt *Director of Public Prosecutions for Western Australia v Gypsy Jokers Motorcycle Club Inc* (2005) WASC 61.

455 Arrêt *Director of Public Prosecutions for Western Australia v Gypsy Jokers Motorcycle Club Inc* (2005) WASC 61 at [68], auquel a fait référence l'arrêt *Director of Public Prosecutions v Morris* [No2][2010] WADC 148, au point [19].

456 Arrêt *Director of Public Prosecutions v Morris* [No2] [2010] WADC 148, point [6].

australienne sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act*)⁴⁵⁷ n'ait pas encore été examiné par les instances judiciaires, des préoccupations sur ce point ont été soulevées pendant les révisions parlementaires de la législation en tant que telle. Lorsqu'il a étudié le caractère approprié de ces mécanismes, le comité permanent du Sénat en charge du contrôle des avant-projets de loi (le Senate Standing Committee for the Scrutiny of Bills) a opté pour une approche similaire à celle présentée par l'arrêt *Director of Public Prosecutions v Morris* cité ci-dessus, et a justifié les renversements de la charge de la preuve par le fait que « [l]es précisions relatives à la source du patrimoine d'une personne relèverait particulièrement de la sphère de ses connaissances ».⁴⁵⁸ En 2012, la législation a également été révisée par le *Parliamentary Joint Committee on Law Enforcement*. Lorsque le comité a examiné la question, il a indiqué qu'« il est difficile d'imaginer des scénarios dans lesquels une personne dispose d'une importante richesse inexplicée sans être en mesure de justifier de son accumulation légitime, si elle a réellement été acquise de cette manière ».⁴⁵⁹ Il a poursuivi la justification de cet avis de cette manière :

Le comité a cherché à obtenir des preuves sur le point de savoir s'il existait un quelconque cas de figure dans lequel une personne pourrait légitimement accumuler une richesse sans être à même d'expliquer ou de documenter les moyens par lesquels elle l'a accumulée. Plusieurs témoins ont affirmé que de tels cas de figure ne leur semblaient pas envisageables. L'ACC a fait part d'un scénario possible, mais rare, dans lequel une raison légitime pourrait être avancée :

D'après les quelques exemples qui ont été portés à notre connaissance, le scénario est envisageable si une personne fuyant des persécutions a vendu ses avoirs et est arrivée en Australie en se prévalant du statut de réfugié avec ces avoirs. Ce cas de figure est possible.⁴⁶⁰

À la lumière de ces éléments, le comité a conclu qu'« avec des garanties appropriées, les lois sur la richesse inexplicée représentaient une réponse raisonnable et proportionnelle à la menace posée en Australie par les infractions graves et le crime organisé ».⁴⁶¹

457 Loi de 2002 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 2002*) (Australie - niveau fédéral).

458 Commission australienne de réforme des lois (Australian Law Reform Commission), *Traditional Rights and Freedoms—Encroachments by Commonwealth Laws*, ALRC Report 129, prévu le 2 mars 2016, point [9.118], faisant référence au comité permanent du Sénat en charge du contrôle des avant-projets de loi (Senate Standing Committee for the Scrutiny of Bills), Parlement d'Australie, dixième rapport de 2009 (septembre 2009).

459 Parliamentary Joint Committee on Law Enforcement, Parlement d'Australie, *Inquiry into Commonwealth Unexplained Wealth Legislation and Arrangements* (mars 2012), point [2.24].

460 Ibid., point [2.23].

461 Ibid., point [2.24].

4.2 Lois sur l'enrichissement illicite, droit au silence et droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination

Le droit au silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont deux principes bien établis, dont le but est de garantir une procédure judiciaire équitable. Ils s'appuient sur la même notion sous-jacente au principe de la présomption d'innocence qui prévoit, notamment, qu'il appartient à la partie accusatrice d'apporter la preuve de ses accusations.

Le droit au silence stipule, de manière générale, qu'une personne poursuivie ne peut pas être contrainte de fournir des preuves pendant la procédure préalable à un procès ou lors du déroulement de la procédure en tant que telle. Il peut également placer l'intéressé à l'abri des conclusions défavorables qui pourraient être tirées de sa décision de garder le silence.

Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination permet plus spécifiquement à une personne de ne pas fournir de réponses à des questions ou de ne pas présenter de preuves si elles sont susceptibles de démontrer qu'elle a joué un rôle dans l'acte en question ou de l'exposer à des procédures judiciaires supplémentaires concernant d'autres agissements.

Comme pour la présomption d'innocence, il a été soutenu que la législation sur l'enrichissement illicite porte potentiellement atteinte à ces deux principes lorsqu'elle autorise le basculement de la charge de la preuve sur la personne visée par la loi et, ainsi, la prive de la possibilité de garder le silence, et lui fait courir le risque d'être visée par une procédure judiciaire supplémentaire basée sur les preuves qu'elle a été obligée de fournir.

Ces deux principes étroitement liés sont très largement reconnus dans le monde entier. Le PIDCP garantit à toute personne le droit de « ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ». ⁴⁶² En outre, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale stipule que, pendant une procédure concernant une accusation faite devant la Cour pénale internationale, une personne « n'est pas obligée de témoigner contre elle-même ni de s'avouer coupable » et qu'elle peut « garder le silence, sans que ce silence soit pris en considération pour la détermination de sa culpabilité ou de son innocence ». ⁴⁶³ Il souligne également que pendant une enquête une personne doit « [g]arder le silence, sans que ce silence soit pris en considération pour la détermination de sa culpabilité ou de son innocence ». ⁴⁶⁴

Au niveau régional, ces principes ont également été ajoutés de manière expresse à la CADH, qui contient une garantie similaire prévoyant le « droit pour l'accusé de ne pas être obligé à témoigner contre lui-même ou à plaider coupable ». ⁴⁶⁵ Bien qu'ils ne soient pas expressément institués par la

⁴⁶² Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 14(3)(g).

⁴⁶³ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, article 67(1)(g).

⁴⁶⁴ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, article 55(1)(a).

⁴⁶⁵ Convention américaine relative aux droits de l'homme, article 8(2)(g).

CEDH ou la CADHP, il peut être soutenu que ces principes ont été réaffirmés à différents niveaux jurisprudentiels.⁴⁶⁶ Par exemple, en Europe, l'assemblée plénière de la Cour de Justice de l'Union européenne a confirmé que « même si l'article 6 de la CEDH ne mentionne pas expressément le droit au silence, celui-ci constitue une norme internationale généralement reconnue, qui est au cœur de la notion de procès équitable ».⁴⁶⁷

Finalement, au niveau national, nombre de juridictions étatiques ont formellement consacré ces principes par des dispositions constitutionnelles, d'autres instruments législatifs ou une jurisprudence.⁴⁶⁸

4.2.1 Les lois pénales sur l'enrichissement illicite portent-elles atteinte au droit au silence et au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ?

À ce jour, seul un faible nombre de cours de justice ont tranché la question de savoir si les lois pénales sur l'enrichissement illicite portent atteinte au droit au silence ou au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Néanmoins, quelques orientations particulières peuvent être déduites de la jurisprudence qui s'est actuellement développée sur la question dans le contexte de la législation sur l'enrichissement illicite, tandis que des orientations à portée plus générale peuvent être tirées de la jurisprudence plus vaste, qui a traité de la relation existant entre ces droits et d'autres lois.

4.2.1.1 Juridictions où la loi pénale en matière d'enrichissement illicite renverse la charge de la preuve

Comme l'analyse figurant ci-dessus l'a déjà indiqué, dans le contexte du principe de la présomption d'innocence, un certain nombre de cours de justice ont reconnu que les lois pénales de leurs juridictions sur l'enrichissement illicite autorisent en fait, dans quelques situations, le renversement de la charge de la preuve. À ce stade, il n'y a que peu ou pas de jurisprudence sur le point de savoir si ces mécanismes de renversement de la charge de la preuve empiètent, dans une mesure acceptable, sur le droit au silence et/ou le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Néanmoins, il existe des affaires qui ont débattu du point de savoir si, de manière générale, une atteinte à ces principes est possible.

466 Voir N. Kofele-Kale, *Combating Economic Crimes – Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting the Crime of Illicit Enrichment*, Routledge, Milton Park, 2013, pages 67 à 78.

467 Arrêt *DB v Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* (Affaire C-481/19), 2 février 2021, point [38].

468 Par exemple, au Malawi, ces droits ont été explicitement inscrits dans l'article 42 (2)(f)(3) de la Constitution tandis que, à l'inverse, en Australie, ces protections ont été encadrées par des instruments législatifs étatiques, tels que la section 89 de la loi de 1995 sur la preuve (*Evidence Act 1995*) (n° 25) (Australie - Nouvelle-Galles du Sud), et par la jurisprudence, comme celle prévue par la Haute Cour dans son arrêt *Petty and Maiden v R* (1991) 173 CLR 95.

Comme pour le principe de la présomption d'innocence, un certain nombre d'affaires ont affirmé que la nature de ces principes n'est pas absolue. Par exemple, dans *John Murray c. Royaume-Uni*,⁴⁶⁹ la CrEDH s'est interrogée sur le point de savoir si le fait, pour une personne poursuivie, de ne pas répondre aux questions de la police ou de ne pas faire de déposition pouvait donner lieu à des conclusions défavorables à son égard pendant une procédure. Tout en reconnaissant que « [i]l ne fait aucun doute que (...) le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable », la cour a également déclaré que ces principes ne sont pas absolus :

Se trouve en jeu ici la question de savoir si ces interdictions revêtent un caractère absolu en ce sens que l'exercice par un prévenu du droit de garder le silence ne pourrait jamais servir en sa défaveur au procès ou, à titre subsidiaire, qu'il y a toujours lieu de tenir pour une « coercition abusive » le fait de l'informer au préalable que, sous certaines conditions, son silence pourra être ainsi utilisé.

D'une part, il est manifestement incompatible avec les interdictions dont il s'agit de fonder une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre à des questions ou de déposer. D'autre part, il est tout aussi évident pour la Cour que ces interdictions ne peuvent et ne sauraient empêcher de prendre en compte le silence de l'intéressé, dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part, pour apprécier la force de persuasion des éléments à charge.

Où que se situe la ligne de démarcation entre ces deux extrêmes, il découle de cette interprétation du « droit de garder le silence » qu'il faut répondre par la négative à la question de savoir si ce droit est absolu.⁴⁷⁰

La cour a continué en précisant que même si des conclusions défavorables pouvaient être tirées d'un silence, une telle mesure ne pouvait être prise que dans les cas suivants :

- il faut « dûment avertir » le prévenu « des effets juridiques de son silence éventuel » ;⁴⁷¹
- l'accusation a établi « un commencement de preuve (*prima facie* case) contre l'accusé, c'est-à-dire des charges reposant sur des preuves directes qui, s'il y ajoute foi et les associe à des conclusions en découlant légitimement, peuvent amener un jury ayant reçu des instructions convenables à l'intime conviction, au-delà de tout doute raisonnable, de l'existence de chacun des éléments constitutifs de l'infraction » ;⁴⁷² et
- les « preuves à charge » appellent une explication que l'accusé devrait être en mesure de donner », et l'absence d'explication « peut permettre de conclure, par un

469 Arrêt *John Murray c. Royaume-Uni* (Requête n° 18731/91), le 8 février 1996.

470 Ibid., points [46] et [47].

471 Ibid., point [51].

472 Ibid.

simple raisonnement de bon sens, qu'il n'existe aucune explication possible et que l'accusé est coupable ». ⁴⁷³

Cette affaire n'est certainement pas la seule interprétation de cette question, et d'autres jurisprudences du monde entier ont choisi une interprétation plus stricte pour mettre en œuvre ces principes. ⁴⁷⁴ Néanmoins, des cours de justice de *common law* ont reconnu que, dans des circonstances similaires à celles présentées ci-dessus, le fait de tirer des conclusions du silence d'une personne est justifiable. ⁴⁷⁵

À ce jour, la question de savoir si les lois pénales sur l'enrichissement illicite prévoyant des renversements de la charge de la preuve portent atteinte au droit au silence ou au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination n'a pas été considérablement abordée par les cours de justice. Cependant, quelques rapprochements évidents peuvent être faits entre, d'une part, les considérations utilisées par les cours de justice lorsqu'elles évaluent le caractère justifiable des exceptions au principe de la présomption d'innocence et, d'autre part, le raisonnement présenté dans l'arrêt *John Murray c. Royaume-Uni* au sujet des exceptions aux droits traditionnels au silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Plus particulièrement, le niveau à concurrence duquel ces exceptions sont autorisées dans ces deux contextes peut dépendre du point de savoir si l'accusation est toujours tenue de faire la preuve des éléments constitutifs d'une infraction, et de celui de savoir si l'exception exige d'un accusé qu'il fournisse les informations spécifiques dont il a personnellement connaissance. Par conséquent, il convient d'apprécier le poids de l'argument selon lequel les cours de justice peuvent adopter une approche similaire par rapport à ces deux questions.

Cet argument a été réaffirmé par des affaires comme celle présentée par la décision *Vasant Rao Guhe vs The State Of Madhya Pradesh*, dans laquelle la Cour suprême de l'Inde a brièvement abordé le thème du renversement de la charge de la preuve dans une procédure pour enrichissement illicite, et a mentionné les conditions qui doivent être respectées pour contraindre une personne poursuivie à fournir une explication sur les sources de son patrimoine :

...au cas où l'accusation ne parvient pas à prouver que le fonctionnaire a été, par lui-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne, et à un moment quelconque de la période d'exercice de ses fonctions, en possession de ressources pécuniaires ou de biens disproportionnés par rapport aux sources connues de ses revenus, il ne serait pas légalement tenu de fournir une explication pour en rendre compte de manière satisfaisante. Un fonctionnaire ciblé par une telle accusation ne peut pas être considéré tenu de fournir une explication lorsqu'il n'existe pas de preuve sur l'allégation selon laquelle il serait, par lui-même ou par l'intermédiaire d'une autre personne, en

473 Ibid.

474 Les autres affaires de la CrEDH abordant cette question comprennent l'arrêt *Funke c. France* (Requête n° 10828/84), du 25 février 1993, l'arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* (Requête n° 19187/91), du 17 décembre 1996, et l'arrêt *Jalloh c. Allemagne* (Requête n° 54810/00), du 11 juillet 2006.

475 Voir N. Kofele-Kale, *Combating Economic Crimes – Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting the Crime of Illicit Enrichment*, Routledge, Milton Park, 2013, pages 122 à 125, abordant les décisions *Murray v Director of Public Prosecutions* (1992) 97 Cr App R 151 et *R v Cowan* [1995] 3 WLR, rendues au Royaume-Uni, la décision *Trompet v Police* [1985] NZLR 357, rendue en Nouvelle-Zélande, et l'affaire *R v Noble* [1997] 1 SCR 874, jugée au Canada.

possession de ressources pécuniaires ou de biens disproportionnés par rapport aux sources connues de ses revenus ». ⁴⁷⁶

Bien entendu, dans la mesure où les lois pénales sur l'enrichissement illicite assorties de mécanismes de renversement de la charge de la preuve sont de plus en plus passées au crible par des cours de justice de monde entier, ces dernières seront inéluctablement tenues de donner des éclaircissements supplémentaires sur le point de savoir si de tels mécanismes peuvent valablement porter atteinte au droit au silence et au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

4.2.1.2 Juridictions où la loi pénale en matière d'enrichissement illicite ne renverse pas la charge de la preuve

Dans les juridictions où les cours de justice ont estimé que leurs lois en matière d'enrichissement illicite ne font pas basculer la charge de la preuve sur une personne poursuivie, les cours de justice se sont fondées sur un raisonnement similaire à celui qui a été utilisé pour le principe de la présomption d'innocence. Plus particulièrement, les cours de justice de la Lituanie et de l'Argentine ont toutes les deux déclaré que leur législation sur l'enrichissement illicite n'avait pas d'incidence sur ces principes, car une personne poursuivie demeure toujours titulaire de son droit au silence pendant toute la procédure.

Dans sa décision n° KT4-N3/2017, la Cour constitutionnelle de Lituanie a précisé, qu'en vertu du Code de procédure pénale de la Lituanie, lors d'une procédure pour enrichissement illicite, « le procureur est dans l'obligation de prouver que l'infraction...a été perpétrée », et que dans « l'exercice des droits de la défense, le suspect/l'accusé a le droit de présenter des preuves et de contester les doutes (accusations) pesant sur lui ». ⁴⁷⁷ Bien que la cour ait noté qu'une personne poursuivie peut décider de présenter des preuves, elle a insisté sur le fait qu'elle n'est absolument pas « obligée de prouver le fait que l'acte criminel d'enrichissement illicite n'a pas été commis » et que « les situations dans lesquelles le suspect/l'accusé choisit de garder le silence ne peuvent pas être considérées comme une circonstance aggravant sa situation dans une procédure pénale ». ⁴⁷⁸

Dans *Alsogaray*, une affaire jugée en Argentine, la Cour nationale de Cassation pénale a adopté une position analogue à celle qu'elle avait retenue par rapport au principe de la présomption d'innocence :

... la défense part du postulat selon lequel « l'exigence contraignant l'accusé à justifier son augmentation de patrimoine signifie que l'autorité qui dépose la requête n'est pas tenue de prouver sa suspicion, mais qu'il appartient à l'agent [l'accusé] de prouver son innocence ; il en découle le besoin impératif, pour la personne soupçonnée, de « faire une déposition », car si elle

476 Arrêt *Vasant Rao Guhe vs The State Of Madhya Pradesh* (appel n° 1279 interjeté devant une juridiction pénale en 2017), point [21].

477 Affaire n° 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016 - La Cour constitutionnelle de la Lituanie se prononçant, au nom de la république de Lituanie, sur la conformité de l'article 1891, paragraphe 1, du Code pénal de la république de Lituanie à la Constitution de la république de Lituanie - décision n° KT4-N3/2017, du 15 mars 2017, point [39.3].

478 Ibid.

décide de garder le silence, elle devrait alors payer le prix très élevé d'une association automatique au crime en cause ». Comme nous l'avons déjà précisé ci-dessus, ce n'est pas le cas, car le crime que nous examinons est un crime par perpétration et, comme le soutient la défense, est commis non pas du fait d'une « absence de justification », mais par un enrichissement personnel opéré d'une manière appréciable et injustifiée par rapport à ses revenus légitimes de fonctionnaire et que, d'autre part, au moment où la requête est formulée, il appartient à l'organe étatique compétent de faire la preuve de ces extrêmes par un mode spécifique.⁴⁷⁹

La cour a également précisé que, dans cette affaire, l'apparente exigence d'une « justification », qui est prévue par la loi, devrait être uniquement interprétée comme une « ...occasion permettant au défendeur de prouver la légitimité de son enrichissement » et que « [s]i l'accusé exerce son droit au silence alors, dans ce cas également, la charge de la preuve pèse sur les organes judiciaires ».⁴⁸⁰

Comme l'a fait remarquer la Section 3.2.4, ce raisonnement a été confirmé par la suite, à l'occasion d'un appel interjeté dans cette affaire auprès de la Cour suprême⁴⁸¹ et, par la suite, dans *César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani*, une affaire de 2017 dans laquelle la cour a également estimé qu'« [e]n substance, la charge de prouver l'augmentation appréciable et injustifiée du patrimoine d'un agent public ou salarié pèse sur l'État »⁴⁸², et qu'au lieu de renverser la charge de la preuve, la loi donne à la personne visée « la possibilité de justifier de l'origine de son enrichissement, ainsi que le pouvoir de ne pas faire de déposition ».⁴⁸³

479 *Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 'Alsogaray', causa n.º 4787 (2005)* (texte original : « Asimismo, en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, la defensa parte, para formular su agravio de inconstitucionalidad, de la premisa por la cual « la exigencia de que el imputado justifique su incremento patrimonial significa que la autoridad que le formula el requerimiento no tiene que probar su sospecha, sino que el funcionario debe probar que es inocente ; implicando ello la imperiosa necesidad de que el sospechado « declare », pues si optara por guardar silencio debería pagar el altísimo costo de quedar automáticamente incurso en el delito que nos ocupa ». Ya dijimos arriba que ello no es así, en tanto el delito que estudiamos es de comisión y consiste, no en « no justificar » -como pretende la defensa-, sino en enriquecerse de manera apreciable e injustificada en sus ingresos legítimos como funcionario, y que, por otra parte, al momento de formular el requerimiento corresponde al órgano competente del Estado probar tales extremos de manera específica »).

480 *Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 'Alsogaray', causa n.º 4787 (2005)* (texte original : « En similar sentido se ha sostenido que el requerimiento de « justificación », usado por el legislador, sólo puede ser entendido lógicamente como una notificación para que el acusado pueda hacer uso de una oportunidad formal de probar la licitud de su enriquecimiento; que se ha mal interpretado ese concepto, confundiéndose con la noción procesal de « prueba positiva » ; y que el tipo es avalorado, neutro y respeta plenamente el derecho de abstención que se deriva, en materia procesal, de la presunción de inocencia. Si el imputado hiciera uso de su derecho a callar, también en este caso serán las instancias judiciales las que tendrán la carga de probar -idéntica a la de otros tipos penales en los casos en que los imputados se abstienen de declarar- (cfr.: C.N.C. y C.C.F., Sala I, voto del doctor Elbert en el precedente « Cullota », ya citado) »).

481 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 'Alsogaray', Fallos 331:2799 (2008).

482 *Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, « César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani », CFP 6734/2013 (2017/09)* (texte original : « En definitiva, es el Estado quien tiene a su cargo acreditar el aumento apreciable y no justificado del patrimonio del funcionario o del empleado) »).

483 *Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, « César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani », CFP 6734/2013 (2017/09)* (texte original : « De esta forma, con el llamamiento efectuado, no se invirtió la carga de la prueba ni fue violatorio de la prohibición de declarar en contra de uno mismo, sino que, con dicha convocatoria, se le brindó a Milani la posibilidad de justificar el origen de su enriquecimiento como así también la facultad de negarse a declarar (cfr. C.N.C.P., in re: « Alsogaray », ya citado) »).

4.2.2 Les lois de droit civil sur l'enrichissement illicite portent-elles atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ?

Il n'existe que peu ou pas de jurisprudence des cours de justice sur la compatibilité des lois de droit civil sur l'enrichissement illicite avec le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

Cependant, quelques orientations sur cette question peuvent être déduites de *National Crime Agency v Zamira Hajiyeva*⁴⁸⁴, une décision prononcée par la Haute Cour, et de *Zamira Hajiyeva v National Crime Agency*, une décision que la cour d'appel a rendue par la suite.⁴⁸⁵ Elles représentent la première série d'affaires ayant traité du mécanisme d'investigation prévu par l'ORI et introduit par la loi britannique sur les recettes du crime (*Proceeds of Crime Act*).⁴⁸⁶

Dans cette affaire, la Haute Cour du Royaume-Uni a prononcé, à l'encontre de Mme Hajiyeva, une ORI « sans notification » pour l'obliger à fournir des informations sur la source de fonds utilisés pour acheter un bien immobilier à Londres. Il était soupçonné que le bien en cause était le produit d'infractions de corruption commises par l'époux de Mme Hajiyeva, l'ancien président de la Banque international d'Azerbaïdjan, qui est détenue par l'État. Elle a tenté de faire annuler l'ordonnance pour plusieurs motifs, incluant celui selon lequel cette ordonnance porterait atteinte à son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, en dépit du fait que la loi dispose explicitement qu'« [u]ne déclaration faite par une personne en réponse à une exigence formulée par une ordonnance de richesse inexpliquée ne peut pas, à l'occasion d'une procédure pénale, être utilisée à son encontre comme un élément à charge ».⁴⁸⁷

La cour d'appel et la Haute Cour ont toutes les deux écarté l'argumentaire de Mme Hajiyeva, car elles ont estimé, à l'inverse, que dans le contexte d'une procédure concernant une ORI, le parlement avait souhaité que ce droit soit « abrogé ».⁴⁸⁸ Ces cours de justice ont poursuivi leur raisonnement en indiquant que si elles devaient respecter le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, une telle approche entraînerait, dans une large mesure, la « nullité » de cette procédure, car l'ordonnance a été créée pour que des informations puissent être exigées.⁴⁸⁹ En

484 Arrêt *National Crime Agency v Mrs Zamira Hajiyeva* [2018] EWHC 2534 (Admin).

485 Arrêt *Mrs Zamira Hajiyeva v National Crime Agency* [2020] EWCA Civ 108.

486 Comme l'explique la Section 2.6.1, ce mécanisme peut être distingué des lois pénales et de droit civil en matière d'enrichissement illicite, car il ne confère à une cour qu'un pouvoir lui permettant de prononcer une ordonnance civile enjoignant une personne à expliquer les sources de son patrimoine. Le mécanisme ne peut pas être utilisé seul pour prononcer une ordonnance de remboursement d'un montant inexpliqué, mais ne peut être utilisé que pour recueillir des preuves qui, ensuite, peuvent être présentées lors d'une procédure civile de recouvrement, dans le cadre de laquelle l'État demeure tenu de prouver que la richesse en cause représente un « bien récupérable » et est, d'une certaine manière, liée à une criminalité.

487 Loi de 2002 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 2002*) (Royaume-Uni), section 362F.

488 Arrêt *Mrs Zamira Hajiyeva v National Crime Agency* [2020] EWCA Civ 108, point [51] ; arrêt *National Crime Agency v Mrs Zamira Hajiyeva* [2018] EWHC 2534 (Admin), points [110] à [112].

489 Ibid.

outre, ces deux instances n'ont pas estimé que la défenderesse était exposée, au Royaume-Uni, à « un risque réel et sérieux » de poursuites lié à une infraction.⁴⁹⁰

Il convient de noter que certaines lois de droit civil sur l'enrichissement illicite abordent également cette question de manière expresse dans leurs textes législatifs, en y insérant des dispositions qui interdisent l'utilisation, dans une procédure pénale distincte, d'informations fournies dans une procédure pour enrichissement illicite. Par exemple, la loi particulière de droit civil sur l'enrichissement illicite adoptée aux Bahamas prévoit explicitement qu'une déclaration faite en exécution d'une ordonnance relevant de cette loi « n'est pas recevable dans une procédure pénale engagée contre la personne concernée, sauf s'il s'agit d'une procédure concernant la nature inexacte de la déclaration ».⁴⁹¹ Cependant, comme dans l'exemple britannique, de telles garanties légales demeurent susceptibles d'être testées par les instances judiciaires.

490 Arrêt *Mrs Zamira Hajiyeva v National Crime Agency* [2020] EWCA Civ 108, point [50] et arrêt *National Crime Agency v Mrs Zamira Hajiyeva* [2018] EWHC 2534 (Admin), point [115] ; les deux cours ont également fait remarquer Mme Hajiyeva n'avait pas réellement identifié les éléments des informations demandées qui donneraient lieu à un risque (voir, par exemple, l'arrêt *Mrs Zamira Hajiyeva v National Crime Agency* [2020] EWCA Civ 108, point [50] : « Bien que la demanderesse en appel ait invoqué les deux droits dans sa déposition, elle n'a pas identifié les éléments des informations demandées qui donneraient lieu au risque allégué. En résumé, elle n'a pas désigné les réponses et les questions risquant de l'incriminer. Le fait simple d'invoquer le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination n'a pas été suffisant (voir l'arrêt *JSC BTA Bank v Ablyasov* [2009] EWCA Civ 1125, point [39], rendu par le juge Sedley). Bien qu'elle ait affirmé avoir reçu des conseils indiquant que ses réponses aux questions figurant dans l'Annexe 3 de l'ORI et que l'exigence de présentation de documents figurant dans l'Annexe 4 de l'ORI pourraient être utilisées pour l'incriminer elle et/ou son époux pendant une procédure pénale pouvant être conduite au Royaume-Uni ou en Azerbaïdjan, la cour devait être convaincue qu'il existait un risque d'engagement de poursuites (voir l'arrêt *R (CPS) v Bolton Magistrates' Court* [2004] 1 WLR 835), mais le juge ne l'a pas été »).

491 Loi de 2018 sur les recettes du crime (*Proceeds of Crime Act 2018*) (Bahamas), section 75(3).

4.3 Lois sur l'enrichissement illicite et principe contre leur application rétroactive

Le principe interdisant les lois rétroactives (ou « *ex post facto* ») est une norme de droit largement reconnue. De manière générale, ce principe prohibe la promulgation d'une loi qui modifie les conséquences juridiques de faits qui ont eu lieu avant son adoption. Cependant, la possession d'un patrimoine mal acquis est souvent considérée comme un fait continu et, par conséquent, ces lois peuvent être utilisées pour cibler la possession continue d'un patrimoine initialement acquis avant leur adoption. Les cours de justice de nombreuses juridictions ont abordé cette question en analysant le point de savoir si les lois sur l'enrichissement illicite peuvent être appliquées de cette manière sans faire injustement une entorse à la norme traditionnelle contre l'application rétroactive.

4.3.1 Lois pénales sur l'enrichissement illicite et rétroactivité

Dans un contexte pénal, le principe de non-rétroactivité interdit d'infliger une peine à une personne en raison d'un fait pour lequel aucune qualification criminelle n'était retenue au moment où il a été commis. Les interdictions visant ces lois ont été consacrées par des instruments juridiques internationaux applicables tant au niveau mondial qu'au niveau régional. La DUDH et le PIDCP stipulent tous les deux que « [n]ul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international... ». ⁴⁹² Des articles similaires figurent dans la CEDH, ⁴⁹³ la CADH, ⁴⁹⁴ la CADHP ⁴⁹⁵, et la Charte arabe des droits de l'homme. ⁴⁹⁶ Les dispositions s'opposant à de telles lois ont également fait l'objet d'un usage courant dans nombre d'instruments juridiques nationaux et, parfois, sont même explicitement prévues par la Constitution d'un pays.

En dépit de cette situation, les prohibitions visant les lois rétroactives ne sont pas toujours strictement appliquées, et ces lois sont en fait régulièrement utilisées par des systèmes juridiques du monde entier, notamment dans le domaine de l'évasion et de la fraude fiscales. ⁴⁹⁷

492 Déclaration universelle des droits de l'homme, article 11 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 15(1).

493 Convention européenne des droits de l'homme, article 7.

494 Convention américaine relative aux droits de l'homme, article 9.

495 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 2.

496 Charte arabe des droits de l'homme, article 15.

497 Par exemple, le 29 juin 2013, l'Australie a introduit la loi d'amendement (de lutte contre la fraude fiscale et le transfert multinational de bénéfices) de 2013 relative aux lois fiscales (*Tax Laws Amendment (Countering Tax Avoidance and Multinational Profit Shifting) Act 2013*) (Australie - niveau fédéral) et pouvant être appliquée rétroactivement (voir Commission australienne de réforme des lois (Australian Law Reform Commission), *Traditional Rights and Freedoms—Encroachments by Commonwealth Laws*, ALRC Report 129, prévu le 2 mars 2016, point [13.107]), tandis que les États-Unis ont adopté des lois fiscales rétroactives jugées « très courantes » par le *Congressional Research Service* (voir M. Mazur, *Retroactive Tax Provisions, a 'Quite Common' Practice*, U.S. Department of the Treasury, 2014, <https://www.treasury.gov/connect/blog/Pages/Retroactive-Tax-Provisions.aspx>, tel qu'accédé le 20 mars 2021).

Cette souplesse a souvent été élargie aux lois sur l'enrichissement illicite et, dans la détermination du point de savoir si de telles lois peuvent être rétroactivement appliquées, les solutions retenues d'un pays à l'autre sont extrêmement variées. Par exemple, bien que la Lituanie et la Moldavie n'autorisent pas l'application de leurs dispositions respectives en matière d'enrichissement illicite aux acquisitions de biens ayant eu lieu avant la promulgation de ces lois, les cours de justice de Bolivie, de Hong Kong et de l'Ouganda ont choisi une position inverse et ont accepté les applications rétroactives.

Par exemple, dans l'affaire n° 2K-P-93/2014,⁴⁹⁸ la Cour suprême de Lituanie a fait une interprétation stricte des articles de la CEDH et du Code pénal lituanien, qui interdisent toute législation rétroactive, et a estimé que les défendeurs ne pouvaient pas être coupables d'accusations d'enrichissement illicite concernant l'achat d'une maison, car son acquisition a eu lieu avant la criminalisation de l'acte d'enrichissement illicite.

Cette interprétation a été ultérieurement réaffirmée, en 2017, dans une affaire tranchée par la Cour suprême avec la décision n° KT4-N3/2017, qui a également affirmé que les dispositions en matière d'enrichissement illicite du Code pénal de Lituanie ne pouvaient pas être appliquées à des acquisitions d'actifs ayant eu lieu avant la promulgation de la loi. Afin de fonder son point de vue, la cour a fait remarquer que la responsabilité pénale liée à une possession de biens mal acquis n'est spécifiquement engagée qu'au moment de l'acquisition réelle du bien en cause. Son raisonnement a argué du fait que si ce moment tombait avant l'entrée en vigueur des dispositions sur l'enrichissement illicite, la sanction de ce fait nécessiterait l'application rétroactive de la loi.⁴⁹⁹ Pour compléter cet argumentaire, la cour a également estimé que même si l'application rétroactive concernant certaines infractions pénales est autorisée, en Lituanie, pour plusieurs infractions énumérées par l'article 3 du Code pénal de Lituanie, dans la mesure où la disposition sur l'enrichissement illicite n'est pas spécifiquement prévue par cette liste, la cour n'est alors pas autorisée à l'appliquer rétroactivement.⁵⁰⁰

Dans l'affaire n° 60a/2014,⁵⁰¹ la Cour constitutionnelle de Moldavie a choisi une interprétation similaire à celle de la Lituanie figurant ci-dessus, et a affirmé que sa loi sur l'enrichissement illicite ne pouvait pas être appliquée rétroactivement et, ainsi, qu'elle ne violait pas l'article de la Constitution moldave qui interdit la sanction des faits qui, lorsqu'ils sont commis, ne sont pas constitutifs d'une infraction.⁵⁰²

498 Affaire pénale n° 2K-P-93/2014, du 11 avril 2014.

499 Affaire n° 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016 - La Cour constitutionnelle de la Lituanie se prononçant, au nom de la république de Lituanie, sur la conformité de l'article 1891, paragraphe 1, du Code pénal de la république de Lituanie à la Constitution de la république de Lituanie - décision n° KT4-N3/2017, du 15 mars 2017, points [18.1] à [18.4].

500 Ibid.

501 Affaire n° 60a/2014 - décision prononcée par la Cour constitutionnelle de Moldavie le 16 avril 2015.

502 Ibid., point [83].

D'autres pays ont adopté une position opposée. En Bolivie, la disposition sur l'enrichissement illicite a été attaquée dans l'affaire *Sentencia Constitucional Plurinacional 0770/2012*,⁵⁰³ au motif qu'elle ne pouvait pas être appliquée à un patrimoine acquis avant la promulgation de la loi en tant que telle, sans violer les articles sur l'interdiction de l'application rétroactive qui figurent dans la Constitution bolivienne, le PIDCP et la CADH.

En jugeant que la loi bolivienne sur l'enrichissement illicite pouvait en fait être appliquée à ce patrimoine, la cour a estimé que l'enrichissement illicite devait être considéré comme un fait continu qui se déroule sans discontinuer et à tout moment après la découverte de l'enrichissement. Par conséquent, la cour a estimé que même si l'enrichissement initial a eu lieu avant l'adoption de la législation, cet enrichissement se poursuivrait après son entrée en vigueur et, ainsi, pouvait être sanctionné en vertu de la loi.

De la même manière, dans *Nestor Machumbi Gasasira v Uganda*,⁵⁰⁴ la Cour constitutionnelle de l'Ouganda a estimé que la disposition sur l'enrichissement illicite posée par la loi ougandaise de lutte contre la corruption (*Uganda's Anti-Corruption Act*), d'une part, et l'article de la Constitution de l'Ouganda contre la rétroactivité, d'autre part, n'entraient pas en conflit. Même si, dans cette affaire, le requérant avait acquis des biens avant la promulgation de la loi de lutte contre la corruption, le raisonnement de la cour a indiqué que ces biens pouvaient tout de même être légitimement ciblés par la loi sur l'enrichissement illicite, car le requérant en avait encore « le contrôle ou la possession » après l'entrée en vigueur de la législation.⁵⁰⁵

À Hong Kong, l'application rétroactive des dispositions sur l'enrichissement illicite de l'ordonnance relative à la prévention de la corruption (*Prevention of Bribery Ordinance*) a été examinée par la cour d'appel, dans l'affaire *Lai Man-Yau v Attorney General*⁵⁰⁶, et par le Comité judiciaire du Conseil privé (Privy Council), dans l'affaire *Lai Man-Yau v Attorney General (No.2)*. Dans ces affaires, le demandeur en appel avait été employé en tant qu'agent de police pendant plusieurs années au cours desquelles son épouse avait accumulé un patrimoine d'un montant disproportionné. Cependant, le demandeur en appel a argué du fait que les dispositions sur l'enrichissement illicite ne pouvaient pas lui être applicables, car il avait pris sa retraite deux ans avant leur entrée en vigueur. Les deux cours de justice ont fait part de leur désaccord, et ont jugé que, dans la mesure où ces lois s'appliquaient à toute personne « exerçant ou ayant exercé » en qualité d'agent public, la lecture appropriée de cette phrase engloberait les personnes ayant eu la qualité d'agent public même avant la promulgation de la loi. En prononçant son jugement au Comité judiciaire du Conseil privé, le juge Salmon a reconnu que faire produire un effet rétroactif à un texte législatif est « normalement injuste et devrait être évité si une telle mesure peut être prise sans porter atteinte

503 Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Plena, Sentencia Constitucional Plurinacional Núm. 0770/2012 (2012).

504 Arrêt *Nestor Machumbi Gasasira v Uganda - Constitutional Reference No. 17 of 2011*.

505 Ibid.

506 Arrêt *Lai Man-Yau v Attorney General (No.2)* [1978] HKCU 4.

aux termes du texte législatif ». ⁵⁰⁷ Néanmoins, il a également soutenu que dans la mesure où la formulation de la loi en tant que telle est claire et dénuée d'ambiguïtés, et comme il était impossible de déclarer la nullité de l'effet rétroactif de la disposition sans « réécrire tout l'alinéa », une telle mesure serait alors erronée et irréalisable. ⁵⁰⁸ En dernier lieu, le juge Salmon a également pris acte de la sévérité de la disposition, mais a fait valoir qu'elle pouvait être considérée comme une mesure proportionnelle à la menace destructrice de la corruption rampante :

Il a été affirmé que cette ordonnance est une mesure draconienne. Elle l'est certainement. Mais lorsque les malversations et la corruption deviennent si endémiques qu'elles fragilisent gravement tout le tissu social, il se peut bien que de telles mesures soient nécessaires. Quoi qu'il en soit, le rôle des cours de justice n'est pas de décider si une ordonnance aurait ou non dû être votée, mais uniquement d'en déterminer le sens une fois qu'elle est votée et, ensuite, de veiller à son application. ⁵⁰⁹

4.3.2 Lois de droit civil sur l'enrichissement illicite et rétroactivité

La question de l'application rétroactive des lois de droit civil sur l'enrichissement illicite a donné lieu à très peu de jurisprudence. Il est, cependant, fort probable que de telles lois puissent également être appliquées de manière rétroactive dans certaines juridictions.

En règle générale, la question, quand elle est envisagée au civil, n'est pas soulevée et contestée avec la même « vigueur », et il peut être cité une kyrielle d'exemples de lois de droit civil qui peuvent être applicables, dans le monde entier, à des faits ayant eu lieu avant leur entrée en vigueur. ⁵¹⁰

Cette posture générale est illustrée par la formulation de plusieurs lois de droit civil sur l'enrichissement illicite, qui autorisent en fait et explicitement l'application rétroactive.

507 Arrêt *Lai Man-Yau v Attorney General* (No.2) [1978] HKCU 79 (référence faite par le juge Salmon à l'arrêt *Young v Adams* [1898] AC 469).

508 Arrêt *Lai Man-Yau v Attorney General* (No.2) [1978] HKCU 79 ; le juge Salmon a également noté qu'indépendamment du point de savoir si un ajout à la formulation de la loi était autorisé, la loi aurait tout de même des conséquences inhabituelles, peu importe la situation : « Messieurs, en dépit de l'argumentaire séduisant présenté par l'avocat du demandeur en appel, partez du principe que l'apport de l'ajout proposé à la section 10(1)(b) n'est absolument pas nécessaire. En effet, s'il était apporté, l'alinéa demeurerait rétroactif et aurait également des conséquences absurdes. Supposons qu'un sergent de police est parti en retraite le 15 mai 1971, le jour suivant celui de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, qu'un autre sergent de police l'a prise le 13 mai, et que ni l'un ni l'autre n'ont pu fournir à la cour une explication satisfaisante sur les moyens par lesquels ils ont acquis le contrôle de biens disproportionnés par rapport aux revenus qu'ils percevaient. Le premier sergent de police serait déclaré coupable d'une infraction, et il lui serait en fait infligé une peine du fait des pots-de-vin qu'il a reçus avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Cependant, le deuxième sergent de police, qui était dans la même situation que celle du premier, sauf qu'il a pris sa retraite deux jours plus tôt, partirait librement. Lorsque l'ordonnance a été promulguée, il n'est pas possible que ce résultat ait été voulu, et l'ajout à cet alinéa de termes qui entraîneraient une conséquence aussi étrange ne peut pas être justifié. Il est impossible de ne pas faire produire un effet rétroactif à la section 10(1)(b) sans réécrire tout l'alinéa, car de toute évidence et en tout état de cause, une telle mesure est irréalisable ».

509 Arrêt *Lai Man-Yau v Attorney General* (No.2) [1978] HKCU 79.

510 Commission australienne de réforme des lois (Australian Law Reform Commission), *Traditional Rights and Freedoms—Encroachments by Commonwealth Laws*, ALRC Report 129, prévu le 2 mars 2016, points [13.11] à [13.34].

Par exemple, les dispositions adoptées par le Kenya en matière d'enrichissement illicite disposent expressément que la loi « est applicable rétroactivement », et cette caractéristique a été reconnue par la Cour d'appel du Kenya dans l'arrêt *Stanley Mombo Amuti v Kenya Anti-Corruption Commission*.⁵¹¹

En outre, la loi australienne de droit civil sur l'enrichissement illicite votée au niveau fédéral prévoit que le calcul du patrimoine total d'une personne doit inclure une évaluation des biens dont elle a été propriétaire, qu'elle a contrôlés ou qu'elle a eus à sa disposition à « tout moment ». ⁵¹² Le mémoire explicatif accompagnant le projet de loi qui a introduit ces dispositions précise également que l'expression à « tout moment » a pour but d'inclure « la période courant avant l'entrée en vigueur des lois du territoire sur la richesse inexpliquée », et indique donc clairement que la loi peut tenir compte des biens qu'une personne a acquis avant la promulgation de la loi. ⁵¹³

Cette posture est également retenue sans équivoque par la formulation de la loi de droit civil sur l'enrichissement illicite adoptée en Australie-Occidentale, qui indique explicitement qu'elle « s'applique à la richesse inexpliquée d'une personne, indépendamment du point de savoir si un bien, un service, un avantage ou un bénéfice faisant partie de la richesse d'une personne a été acquis avant ou après l'entrée en vigueur de cette loi ». ⁵¹⁴

511 Loi de 2003 sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2003*) (Kenya), section 55(9) ; *Stanley Mombo Amuti v Kenya Anti-Corruption Commission* (appel n° 184 interjeté devant une juridiction civile en 2018) ; il convient cependant de noter que cette question n'a pas été abordée ou débattue de manière très détaillée.

512 Loi de 2002 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 2002*) (Australie - niveau fédéral), section 179G.

513 Mémoire explicatif du projet de loi de 2014 concernant l'amendement à la législation sur la criminalité (mesures sur la richesse inexpliquée et d'une autre nature) (*Explanatory Memorandum, Crimes Legislation Amendment (Unexplained Wealth And Other Measures) Bill 2014*) (Australie - niveau fédéral).

514 Loi sur la confiscation des biens d'origine criminelle (*Criminal Property Confiscation Act 2000*) (Australie - Australie-Occidentale), section 5.

Partie V

Contributions de praticiens

Partie V - Résumé

La partie figurant ci-dessous contient les contributions de cinq praticiens.

La première contribution a été apportée par **Phillip G. Kagucia**, directeur adjoint à la Commission d'éthique et de lutte contre la corruption (*Ethics and Anti-Corruption Commission*) (Kenya), et fournit un résumé sur les dispositions de la loi kenyane sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) qui encadrent la confiscation en lien avec la richesse inexplicquée. Cette loi, qui est qualifiée par cette publication de loi de droit civil sur l'enrichissement illicite, est un mécanisme utilisé de plus en plus souvent au Kenya pour procéder au ciblage et à la récupération réussis des produits de la corruption, comme le démontre l'arrêt *Ethics and Anti-Corruption Commission v Patrick Ochieno Abachi & 6 Others*⁵¹⁵, qui a été rendu le 10 mars 2021.⁵¹⁶

La deuxième contribution vient de **Preeya Raghoonundun**, une cadre senior en charge de la présentation de rapports sur l'intégrité à l'Integrity Reporting Services Agency (Maurice), et décrit le modèle unique d'ordonnance de richesse inexplicquée figurant dans la loi sur la bonne gouvernance et l'intégrité (*Good Governance and Integrity Reporting Act*). Comme dans l'exemple kenyan, ce mécanisme, qui est qualifié par cette publication de loi de droit civil sur l'enrichissement illicite, est utilisé de plus en plus fréquemment à Maurice pour cibler les produits du crime et de la corruption.

La troisième contribution est présentée par le **docteur Alcides Chinchay**, un procureur principal du ministère public péruvien, qui a analysé l'introduction et l'évolution de l'infraction pénale d'enrichissement illicite instituée par le Code pénal du Pérou. Cette contribution aborde la nature « subsidiaire » de l'infraction péruvienne d'enrichissement illicite dans le contexte constitué par d'autres infractions pénales, et donne un aperçu général sur les principales caractéristiques de cette loi et les objectifs de politique pénale sous-jacents à son adoption.

La quatrième contribution est celle de **Francis H. Cassidy**, membre national intervenant pour l'Irlande auprès d'Eurojust, et ancien cadre juridique au service chargé des avoirs d'origine criminelle (Criminal Assets Bureau) d'Irlande, qui a décortiqué le mécanisme singulier de confiscation prévu par la loi irlandaise sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act*). Bien que la qualification de loi sur l'enrichissement illicite n'ait pas été retenue par cette publication pour décrire ce mécanisme, cette loi présente une étroite ressemblance avec un grand nombre de

515 Arrêt *Ethics and Anti-Corruption Commission v Patrick Ochieno Abachi & 6 Others* (ACEC No.15 of 2019), rendu le 10 mars 2021.

516 À l'époque de la publication, les défenseurs de cette affaire étaient encore en mesure de faire appel.

mécanismes de droit civil sur l'enrichissement illicite, et s'est avérée être un outil d'une redoutable efficacité dans le cadre des efforts réalisés par le service chargé des avoirs d'origine criminelle d'Irlande pour récupérer les produits de la criminalité organisée.

La dernière contribution est signée par **Jonathan Spicer**, *Asset Recovery Specialist* senior auprès de l'International Centre for Asset Recovery, avocat plaidant, et ancien procureur spécialisé et procureur de la Couronne au Crown Prosecution Service du Royaume-Uni. Cette contribution est une présentation générale du thème de la coopération internationale et, plus particulièrement, des efforts d'entraide judiciaire dans le contexte de l'enrichissement illicite. Elle passe en revue les défis potentiels qui risquent d'apparaître lorsque les enquêtes et les poursuites judiciaires engagées dans un pays nécessitent des informations et des preuves situées dans un autre pays non encore doté d'une loi sur l'enrichissement illicite.

5.1 Kenya : la loi sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) et la confiscation des avoirs d'origine inexplicée

Phillip G. Kagucia

Directeur adjoint de la Commission d'éthique et de lutte contre la corruption (Ethics and Anti-Corruption Commission) et avocat spécialisé en recouvrement d'avoirs

La loi

Au Kenya, la législation sur la confiscation des avoirs d'origine inexplicée est présentée par la Partie VI de la loi de 2003 sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) (ACECA), qui traite de l'indemnisation et du recouvrement concernant les avantages indus.

La section 55 de l'ACECA habilite la Commission d'éthique et de lutte contre la corruption (l'EACC)⁵¹⁷ à engager une procédure civile devant la Haute Cour si :

- (a) au terme d'une enquête, la Commission estime que la personne en cause dispose d'avoirs d'origine inexplicée ; et
- (b) la personne en cause a eu, lorsque la Commission a exercé ses pouvoirs d'enquête ou autrement, l'occasion raisonnable d'expliquer la disproportion relevée entre les avoirs concernés et les sources légitimes et connues de ses revenus, mais la Commission n'estime pas que cette disproportion a fait l'objet d'une explication adéquate.

Dans l'affaire *Stanley Mombo Amuti v Kenya Anti-Corruption Commission*, la cour d'appel a posé un précédent en déclarant que les ingrédients des avoirs d'origine inexplicée sont les suivants :

- i. l'enquête visant une personne doit avoir une durée déterminée ;
- ii. la personne en cause doit être raisonnablement soupçonnée de corruption ou de criminalité économique ;
- iii. la personne en cause doit disposer d'avoirs d'une valeur disproportionnée par rapport aux sources connues de ses revenus pendant ou vers la période de l'enquête ; et
- iv. aucune explication satisfaisante n'a été fournie par rapport aux avoirs disproportionnés.⁵¹⁸

517 La Commission d'éthique et de lutte contre la corruption (l'EACC) est une commission indépendante mandatée par la Constitution du Kenya et d'autres lois, à savoir la loi de 2011 sur la Commission d'éthique et de lutte contre la corruption (*Ethics and Anti-Corruption Commission Act 2011*) (Kenya), la loi de 2003 sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2003*) (Kenya), la loi de 2003 sur l'éthique des agents publics (*Public Officer Ethics Act*) (Kenya), et la loi de 2012 sur le leadership et l'intégrité (*Leadership and Integrity Act*) (Kenya).

518 Arrêt *Kenya Anti-Corruption Commission v Stanley Mombo Amuti* (appel n° 184 interjeté en 2018 devant une juridiction civile), point [64].

Requête, preuves et seuils d'admissibilité des preuves

Avant de solliciter la confiscation d'avoirs d'origine inexpliquée, l'EACC se fonde généralement sur la section 56 de l'ACECA pour demander le prononcé d'ordonnances de conservation visant à prévenir la cession, pendant les enquêtes et avant l'engagement d'une procédure civile, des avoirs dont l'origine douteuse est soupçonnée. Une requête relevant de cette section peut être formée *ex parte*, et l'EACC est simplement tenue de démontrer qu'il existe un soupçon raisonnable que les avoirs ont été acquis du fait d'une corruption.

Une fois les enquêtes bouclées, l'EACC peut ensuite déposer un acte introductif d'instance, étayé d'un ou plusieurs affidavits, afin d'obtenir le prononcé d'une déclaration affirmant que les avoirs énumérés ont une origine inexpliquée et, par conséquent, qu'ils devraient être saisis en faveur de l'État. Il s'agit d'une procédure de confiscation d'avoirs en l'absence de condamnation pénale qui est tranchée selon la prépondérance des probabilités.

Pendant la procédure, un transfert de la charge probatoire aura lieu dès que l'EACC démontre que le défendeur est en possession d'avoirs qui seraient constitutifs de produits de la corruption et dont l'origine ne peut pas être expliquée. À ce stade, il appartient au défendeur de satisfaire cette charge en prouvant que les avoirs en question ont été acquis par des moyens étrangers à toute corruption.

Les avoirs dont l'origine est réputée inexpliquée sont dès lors confiés au Trésor⁵¹⁹, et placés sous l'intendance du Secrétaire principal, qui les déposera dans le Fonds consolidé. La reconnaissance du fait que des avoirs ont une origine inexpliquée peut être utilisée pour corroborer des preuves rapportées pendant un procès pénal afin de démontrer qu'un suspect a bénéficié d'un avantage, et peut accorder plus de poids à des allégations de corruption.⁵²⁰ Par conséquent, sa valeur probatoire est significative.

Défis de l'application

De manière comparative, les procédures concernant les avoirs d'origine inexpliquée représentent, au Kenya, un domaine du droit relativement nouveau, et la compréhension, par les cours de justice, de l'ensemble de cette question est un processus dont le déroulement est toujours bien réel. Par exemple, dans la détermination du point de savoir si un avoir a une « origine inexpliquée », les juges assurant la conduite de telles procédures ont eu tendance à ne s'intéresser qu'à la crédibilité de l'explication du défendeur, au lieu de tenir également compte des catégories plus larges de preuves sur l'acquisition des avoirs en tant que tels.

Par ailleurs, il a fallu des années pour que le système judiciaire kenyan parvienne à saisir les nuances des dispositions sur la richesse inexpliquée, comme l'a démontré la toute première décision rendue par la Haute Cour dans l'affaire *Kenya Anti-Corruption Commission v Stanley*

519 Loi de 2003 sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2003*) (Kenya), section 56C.

520 Loi de 2003 sur la lutte contre la corruption et la criminalité économique (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act 2003*) (Kenya), section 57.

Mombo Amuti.⁵²¹ En l'espèce, le juge a estimé qu'au moment où la charge probatoire passait de l'EACC au défendeur, le niveau de preuve était différent. Il a semblé au juge que le défendeur était tenu d'apporter, par rapport à la légitimité de ses avoirs, des preuves d'un niveau plus élevé que celui devant être atteint par l'EACC, en raison de l'obligation de démontrer que les avoirs ont été acquis d'une manière étrangère à toute corruption, une infraction pénale. Cette erreur d'interprétation a été corrigée par la cour d'appel dans sa décision *Ethics and Anti-Corruption Commission (The legal successor of Kenya Anti - Corruption Commission) v Stanley Mombo Amuti*.⁵²²

Dans cette affaire, comme dans d'autres, les avocats de la défense ont commencé à attaquer la constitutionnalité du mandat de l'EACC en invoquant la violation des droits relatifs à la vie privée, aux biens et aux mesures administratives équitables. Par conséquent, le processus consistant à parvenir à une décision définitive déclarant que des avoirs ont une « origine inexplicée » peut potentiellement être long et tortueux.

Par exemple, l'affaire *Amuti*, qui est citée ci-dessus, a été définitivement résolue au bout de 13 ans, car la procédure a été menée de 2008 jusqu'au moment où, en 2020, toutes les possibilités d'appel ont été utilisées.⁵²³

En dépit de ces défis, et afin de reconnaître le rôle majeur que cette loi peut jouer dans la lutte contre la corruption, l'EACC assure actuellement la conduite de plusieurs procédures ciblant les avoirs d'origine inexplicée.

521 Arrêt *Kenya Anti-Corruption Commission v Stanley Mombo Amuti* [2011] eKLR.

522 Arrêt *Ethics and Anti-Corruption Commission (The legal successor of Kenya Anti - Corruption Commission) v Stanley Mombo Amuti* [2015] eKLR.

523 Arrêt *Stanley Mombo Amuti v Kenya Anti-Corruption Commission* [2020] eKLR.

5.2 Maurice : le ciblage de la richesse inexpliquée à l'aide de la loi sur la bonne gouvernance et l'intégrité (*Good Governance and Integrity Reporting Act*)

Preeya Raghoonundun

Cadre senior en charge de la présentation de rapports sur l'intégrité à l'Integrity Reporting Services Agency

Contexte mauricien

Afin de lutter contre l'enrichissement illicite, Maurice a adopté la loi de 2015 sur la bonne gouvernance et l'intégrité (*Good Governance and Integrity Reporting Act 2015*) (la « loi GGIR »), qui a introduit la notion de « richesse inexpliquée » dans l'arsenal du droit mauricien.

La loi GGIR prévoit une approche unique par rapport à cette question et, à l'heure actuelle, ses dispositions ne sont pas égalées par une autre législation.

À Maurice, il peut être extrêmement difficile d'obtenir des condamnations pénales et des confiscations d'avoirs basées sur une condamnation. Bien que cette situation ne constitue en aucun cas un problème exclusivement mauricien, elle peut être exacerbée sur une île faiblement peuplée, où les infractions très lucratives, telles que le trafic de stupéfiants et la corruption de haute voltige s'accompagnent souvent d'intimidation de témoins, de copinage, des pressions sociétales et d'abus de procédure, etc.

La loi GGIR a pour but d'aborder ces difficultés en facilitant les mesures qui, dans un contexte civil, permettent de récupérer les avoirs mal acquis.

Fonctionnement de la loi GGIR

Les applications de la loi GGIR prennent la forme de procédures civiles qui permettent la confiscation de biens sans qu'une procédure pénale longue et incertaine ne soit nécessaire.

La loi GGIR est extrêmement efficace lorsqu'elle est utilisée dans des affaires où un enrichissement criminel est fortement soupçonné, mais ne peut pas être prouvé, car il fait peser sur la personne détenant les biens en cause la charge de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils ont été acquis par des moyens légitimes.

Théoriquement, l'application de la loi GGIR est d'une grande simplicité.

La loi institue l'Integrity Reporting Services Agency (l'« Agence »), qui est habilitée à exiger des citoyens mauriciens qu'ils présentent une déclaration sur l'honneur donnant une explication sur l'origine des fonds utilisés pour acquérir des biens. L'Agence analyse les explications fournies par

le détenteur des biens, et transmet son analyse et ses recommandations à l'Integrity Reporting Board (le « Conseil »), qui est également institué par la loi, et titulaire d'un pouvoir de contrôle.

Si l'Agence et le Conseil concluent que le défendeur n'a pas fourni d'explication adéquate sur l'origine des fonds utilisés pour acquérir les biens, l'Agence demandera alors le prononcé d'une ordonnance de richesse inexplicquée (ORI). Cependant, les ORI ne sont rendues que par un juge siégeant en Chambre du Conseil et procédant, de manière indépendante, à l'examen des explications du défendeur et des preuves de l'Agence. Si le juge prononce une ORI, le droit de propriété des biens en cause est attribué à l'Agence, et ces derniers seront réalisés conformément à la loi.

Outre le fait qu'un citoyen mauricien soit propriétaire de biens (indépendamment de leur emplacement) ou qu'il en ait le contrôle, l'Agence n'est pas tenue de prouver d'autres éléments. Une fois cette situation établie, il incombe ensuite au propriétaire la charge de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que l'origine des fonds est légale. Si l'Agence fait une recommandation dans ce sens, et si le Conseil est d'accord et le demande, l'Agence sollicitera le prononcé d'une ORI qui, en fonction des preuves par affidavit disponibles, peut être ou ne pas être accordée.

But de la loi GGIR

Bien qu'il ne soit pas explicitement indiqué, le principal objectif de la loi GGIR est de priver les malfaiteurs des avantages financiers de leurs crimes. Même s'ils sont condamnés, les malfaiteurs endurcis ne craignent pas un passage en prison, qui leur donne souvent l'occasion d'élargir leurs réseaux criminels et d'organiser d'autres crimes. En revanche, si les malfaiteurs perdent leurs logements, voitures, yachts et montres Rolex, ainsi que les autres accessoires dont ils sont friands, leurs entreprises criminelles perdent alors leur attrait.

Défis de l'application

Indépendamment du degré de finesse avec lequel le texte législatif a été élaboré, la loi GGIR ne peut être utile que si elle est appliquée. La volonté politique, la collaboration inter-institutionnelle et les cours de justice doivent donc interagir harmonieusement. À Maurice, bien que la volonté politique soit robuste, l'Agence n'est pas titulaire de pouvoirs d'investigation particuliers, et doit son fonctionnement optimal à la coopération inter-institutionnelle et aux cours de justice.

D'autres services de répression, agences d'intérêt public et organismes publics créés par la loi sont légalement tenus de signaler à l'Agence leurs soupçons raisonnables sur le fait qu'une personne pourrait disposer d'une richesse inexplicquée et, lorsque cette dernière diligente des enquêtes, lui accorder toute leur assistance raisonnable. Cependant, aucune sanction n'est prévue en cas de manquement, et toutes les agences ne souhaitent pas soumettre des dossiers à l'Agence. Les rivalités institutionnelles et les mentalités cloisonnées existent dans le monde entier, et Maurice n'échappe pas à la règle.

Les retards inutiles d'une procédure judiciaire peuvent également freiner le régime de confiscation de manière significative. Ainsi, une demande d'ORI formée par l'Agence est demeurée en souffrance dans une cour pendant plus d'un an, car la défenderesse n'y a pas déposé d'affidavit. À l'opposé, elle a sollicité et obtenu plusieurs ajournements basés sur des motifs souvent fallacieux et constitutifs d'un abus de procédure flagrant.

Exemple de réussite

Un simple exemple démontre comment la loi GGIR peut être appliquée facilement et avec efficacité. En 2017, une personne soupçonnée d'être membre d'un réseau de trafic de stupéfiants a été interpellée dans un aéroport avec d'importantes quantités non déclarées d'espèces en roupies et en autres devises qu'elle avait dissimulées sur elle et dans les doubles-fonds de ses bagages. La police a perquisitionné son domicile et celui d'un parent proche et a trouvé une quantité d'espèces beaucoup plus importante.

Soupçonnant que ces sommes en espèces étaient des instruments du crime, la police l'a arrêtée, a poursuivi ses enquêtes, et a signalé l'affaire à l'Agence. Alors qu'il était en détention, le suspect a demandé à l'Agence de lui accorder un délai pour pouvoir présenter des preuves par écrit sur l'origine de ces fonds, mais n'a finalement pas présenté d'affidavit sur son explication. L'Agence lui a ensuite signifié une ordonnance de divulgation qui a été ignorée ; en effet, le suspect a alors déclaré que ces fonds appartenaient à une autre personne.

Dans la mesure où il n'a pas fourni d'explication sur l'origine des fonds, et ce, en dépit des moult occasions lui ayant été données pour le faire, l'Agence a demandé et rapidement obtenu une ORI. Ces fonds ont été saisis et déposés sur un compte bancaire prévu pour la réduction de la pauvreté et spécialement désigné à cette fin.

Dernière remarque

Comme l'indique ce qui précède, la loi GGIR contient des éléments draconiens, mais renferme des garanties dont le but est de prévenir son usage abusif. En mettant l'accent sur un contrôle indépendant, la loi GGIR mauricienne fournit un mécanisme juste et équilibré de recouvrement de la richesse inexpliquée.

5.3 Pérou : l'enrichissement illicite envisagé comme un outil de lutte contre la corruption et la criminalité financière

Dr Alcides Chinchay

Procureur principal au ministère public du Pérou

Évolution législative

L'interdiction de l'enrichissement illicite a fait sa toute première apparition dans l'article 62 de la Constitution péruvienne de 1979. Cependant, l'amendement constitutionnel n'a pas créé une infraction pénale, mais un mandat constitutionnel à portée générale. Une disposition pénale a finalement été insérée dans le Code pénal par le décret législatif n° 121 du 12 juin 1981. Ce décret a introduit les éléments suivants :

- tout agent public ou fonctionnaire qui, en raison de son poste ou ses fonctions, s'enrichit injustement, encourt une peine d'emprisonnement d'au moins quatre ans, et plafonnée à dix ans ;
- l'enrichissement illicite est présumé lorsque, eu égard à la ou aux déclarations des avoirs et des revenus établies par un agent public sous la foi du serment, l'augmentation de son patrimoine dépasse manifestement celle dont il aurait normalement bénéficié en tenant compte des salaires et émoluments qu'il a perçus.

Conformément aux usages observés au Pérou, la modification du Code pénal réalisée à l'époque, a été non seulement conforme à des critères de politique pénale, mais également apportée à l'aide d'un mécanisme constitutionnel qui a permis au congrès de déléguer ses pouvoirs législatifs à l'exécutif. Dans la mesure où cette délégation a été opérée sur le fondement d'une clause très précise de délégation prévue en matière pénale, elle s'est accompagnée de limites quant à l'usage pouvant être fait, en pratique, de l'infraction d'enrichissement illicite. Plus particulièrement, elle a exigé que la nouvelle infraction soit appliquée dans le respect des principes constitutionnels observés en matière de procédure régulière, qui prévoient tacitement le respect de garanties constitutionnelles incluant, entre autres, la présomption d'innocence et le principe *in dubio pro reo*.

Par conséquent, un courant jurisprudentiel basé sur ces considérations constitutionnelles affirme que l'infraction d'enrichissement illicite, telle qu'envisagée par rapport à d'autres infractions pénales (principales), devrait faire l'objet d'une application « subsidiaire » ou « résiduelle ». La notion d'application résiduelle devrait signifier que le recours à cette infraction n'est possible que lorsqu'il n'a pas été possible d'identifier l'acte criminel qui entraîne le déséquilibre des avoirs de l'agent concerné.

Justification d'une loi sur l'enrichissement illicite

Dans la lutte contre la corruption, le crime d'enrichissement illicite doit son importance à au moins deux raisons :

- i) Le taux d'informalité de l'économie péruvienne est très élevé (près de 70 % des activités économiques sont menées en dehors du système financier officiel) ; et
- ii) le contrôle des marchés de l'État est d'un laxisme entraînant, par rapport à l'utilisation d'importantes ressources publiques, des décisions prises sans que l'évaluation et la viabilité des travaux publics ne soient possibles, et donc d'une manière laissant la porte ouverte aux manœuvres frauduleuses.

Du fait de ces deux facteurs, les marchés de l'État péruvien sont devenus la principale cause de détournement de fonds publics. Un mode opératoire informel permet d'encaisser d'importantes sommes en espèces, qui peuvent littéralement disparaître sous le matelas et être reversées dans l'économie informelle sans inconvénients majeurs. Dans de telles circonstances, parvenir à prouver la perpétration d'infractions de corruption plus spécifiques, telles que la collusion assortie de circonstances aggravantes, le détournement, la corruption et d'autres délits, relève du tour de force. Il est donc prévu de faire usage de l'infraction d'enrichissement illicite afin de combattre, tant en dernier lieu qu'à titre résiduel, les crimes contre l'administration publique. Il s'agit d'un outil de politique pénale qui déroge aux normes élémentaires du droit pénal, et qui vise à réprimer les actes de corruption qui, dans un contexte caractérisé par l'informalité (et d'autres obstacles) mentionnée ci-dessus, ne peuvent pas être aisément poursuivis.

Fondement légal

Le fondement légal de la loi du Pérou sur l'enrichissement illicite est présenté par les instruments suivants :

- l'article IX de la Convention interaméricaine contre la corruption ;
- l'article 20 de la Convention des Nations Unies contre la Corruption ; et
- l'article 401 du Code pénal.

Caractéristiques

Au Pérou, le crime d'enrichissement illicite a une nature singulière, car il ne sanctionne pas l'acte ou l'omission de son auteur, à savoir les éléments qui, dans les pays de droit civil, sont essentiels à l'engagement de poursuites pénales ordinaires. En revanche, l'infraction d'enrichissement illicite condamne une situation factuelle correspondant à la possession d'avoirs dont l'origine ne peut pas être expliquée.

En d'autres termes, le procureur ne doit prouver que l'enrichissement illicite en lui-même, et non pas un comportement spécifique. Le lien de causalité associant un comportement à sa conséquence (un autre élément fondamental de la responsabilité pénale dans les pays de droit civil) est donc rompu.

Il est important de noter que l'infraction d'enrichissement illicite ne s'applique qu'aux fonctionnaires. Cette situation est corroborée par les expressions « en raison de son poste » ou « faisant un usage abusif de son poste », qui figurent dans la loi. Ainsi, en plus d'avoir à prouver une situation de déséquilibre, il est nécessaire de prouver la perpétration de l'acte illégal relevant d'un poste, ainsi que le statut de « fonctionnaire » de son auteur. Cependant, une pétition de principe pourrait avoir été avancée : la preuve d'un acte illégal et spécifique relevant d'un poste pourrait se traduire par une accusation concernant d'autres crimes. Par conséquent, le statut d'agent public ne devrait être prouvé que lorsque l'augmentation de capital a eu lieu.

En définitive, il est également affirmé que l'infraction d'enrichissement illicite conduit à un renversement de la charge de la preuve (ce point est analysé en détail dans la partie figurant ci-dessous).

Outil de politique pénale

La criminalisation de l'enrichissement illicite permet d'engager des poursuites visant des fonctionnaires corrompus (et leurs avoirs) du fait de l'augmentation injustifiée de leur patrimoine. La jurisprudence considère ce dernier élément comme une preuve objective de la perpétration d'un crime.

L'infraction d'enrichissement illicite fait partie d'un train de mesures législatives mettant en œuvre une politique pénale de l'État contre le développement de la criminalité économique organisée. Le but de la disposition sur l'enrichissement illicite est d'éviter toute impunité dans des situations où l'accusation a soumis l'origine d'un patrimoine injustifié à une minutieuse enquête, mais n'est pas parvenue à démontrer l'existence d'une infraction sous-jacente dans le respect du niveau de preuve applicable. En ce sens, l'infraction d'enrichissement illicite est l'outil que le système de justice pénale utilise en dernier recours (*l'ultima ratio*) pour sanctionner un comportement qui a entraîné une augmentation du patrimoine d'un fonctionnaire.

Charge de la preuve

Dans les systèmes de droit civil, la question de la personne à laquelle incombe la charge de prouver l'infraction d'enrichissement illicite est largement débattue par la doctrine et la jurisprudence. La question débattue est celle de savoir si cette infraction prévoit un renversement de la charge de la preuve.

Considérations à prendre en compte :

- en procédure pénale, la charge de la preuve pèse sur le ministère public ;
- par conséquent, le devoir élémentaire consistant à prouver les éléments de l'infraction pénale incombe au ministère public ;
- en vertu des règles de procédure applicables au stade de l'enquête, il appartient au procureur assurant la conduite de cette dernière de présenter les preuves nécessaires à la justification de son action en justice.

Compte tenu de cette toile de fond, il peut être affirmé que, dans une procédure pour enrichissement illicite, il n'existe pas de renversement complet de la charge de la preuve. En tenant compte des revenus déclarés que le fonctionnaire accusé perçoit légalement et de ses avoirs identifiables, le procureur doit au moins prouver que ces avoirs présentent un déséquilibre. Par ailleurs, comme le démontrent les éléments qui précèdent, la criminalisation de l'enrichissement illicite permet d'engager des poursuites visant des fonctionnaires corrompus (et leurs avoirs) sur l'unique fondement de l'accroissement de sa richesse, car cette notion ne nécessite pas la preuve d'une infraction sous-jacente spécifique.

Si le procureur démontre l'existence d'un déséquilibre, il est alors posé une présomption simple d'enrichissement illicite, et le défendeur doit démontrer qu'elle peut être renversée, et que les avoirs en cause ont une explication juridique.

Causalité

Le droit pénal des pays de droit civil exige qu'un résultat (l'infraction) ait pour cause un acte illégal (le principe de la causalité). L'approche retenue pour l'enrichissement illicite consiste à contourner les exigences du lien de causalité en associant la responsabilité pénale au résultat, et non pas au comportement de l'auteur de l'infraction : l'augmentation de patrimoine.

La jurisprudence a estimé qu'en matière d'enrichissement illicite la preuve d'un lien de causalité entre l'enrichissement et le poste officiel de l'auteur de l'infraction est obligatoire car, comme la loi le prévoit, « compte tenu de la nature de l'acte illicite, le fonctionnaire doit avoir utilisé son poste pour accroître son patrimoine illégalement ». L'enrichissement doit donc avoir lieu lorsque l'auteur de l'infraction est en poste.

Recouvrement d'avoirs

En dernier lieu, il est important de faire remarquer que, dans le cadre du recouvrement des avoirs, l'infraction d'enrichissement illicite ne s'accompagne pas d'un régime se distinguant de celui qui encadre d'autres infractions. Lorsque des produits du crime ont été identifiés, ils doivent être soumis au régime normal de confiscation pénale qui, en vertu du droit national, est une conséquence accessoire de la peine.

Par exemple, la vaste demeure pour laquelle le fonctionnaire ne peut pas fournir d'explication sera confisquée dans le cadre de la procédure pénale ciblant le fonctionnaire corrompu. Comme l'expliquent les éléments figurant ci-dessus, le renversement de la charge de la preuve joue un rôle important dans la détermination de la partie sur laquelle elle pèse.

Il convient de mentionner qu'en raison de sa nature résiduelle ou subsidiaire, l'enrichissement illicite ne permet pas de déterminer avec précision l'origine de l'augmentation de patrimoine. Plus particulièrement, elle n'indique pas si les fonds sont privés (en cas de corruption) ou publics (en cas de détournement). Par conséquent, les avoirs concernés par l'infraction ne peuvent pas faire l'objet, au civil, d'une réparation ou restitution, qui présuppose qu'une infraction précise et une victime fondée à obtenir leur restitution ou un dédommagement ont été identifiées.

5.4 Alternative aux lois sur l'enrichissement illicite : le recours en confiscation sans condamnation pénale prévu par la loi irlandaise de 1996 sur les produits du crime (*Ireland's Proceeds of Crime Act 1996*)

Francis H. Cassidy

Membre national intervenant pour l'Irlande auprès d'Eurojust, et ancien cadre juridique au service chargé des avoirs d'origine criminelle

Dans un contexte juridique, la tâche consistant à identifier la catégorie du recours en confiscation prévu par la loi de 1996 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 1996*) (le « POCA ») peut être difficile. Lorsqu'il a été rédigé, le POCA n'était pas fondé sur un modèle international alors en vigueur, mais principalement sur la loi (d'amendement) de 1985 relative aux infractions contre l'État (*Offences Against the State (Amendment) Act 1985*), une disposition élaborée pour faire barrage au financement du terrorisme en Irlande.

En résumé, elle institue une voie de recours légale utilisée par des agents de l'État, et exercée dans le cadre des quatre étapes suivantes : une ordonnance provisoire, une ordonnance interlocutoire, un placement sous administration judiciaire et une ordonnance de cession.

Les caractéristiques-clés du POCA sont les suivantes :

1. elle s'applique à des biens « spécifiques », d'une valeur minimum de 5 000 EUR et directement ou indirectement constitutifs de produits du crime, c'est-à-dire en matière de droit réel ;
2. les questions de preuve sont résolues à l'aide des critères probatoires utilisés au civil, et non pas au pénal, c'est-à-dire « selon la prépondérance des probabilités » ;
3. dès la première étape de la procédure, lorsque la Haute Cour estime que des biens sont directement ou indirectement constitutifs de produits du crime, elle peut, dès qu'elle est saisie d'une requête formée par un membre de l'An Garda Síochána (la police irlandaise) occupant au moins le rang de commissaire de police⁵²⁴, accorder une ordonnance provisoire prononcée *ex parte*, et dont le but est de geler ces biens (section 2).
4. à la deuxième étape de la procédure, lorsqu'une requête est notifiée à la cour, celle-ci peut, dans un délai de 21 jours et s'il lui semble que ces biens sont directement

⁵²⁴ ou d'officier auprès des commissaires en charge des revenus (loi de 1996 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime Act 1996*)) (Irlande), section 1(1)).

ou indirectement constitutifs de produits du crime, prononcer une ordonnance interlocutoire à leur égard, sauf si le défendeur (ou une autre personne) prouve d'une manière jugée satisfaisante par la cour que ces biens ne sont pas directement ou indirectement constitutifs de produits du crime (section 3) ;

5. pendant cette procédure, l'« intime conviction » d'un membre de l'An Garda Síochána occupant au moins un rang de commissaire sera considérée comme une « preuve » (section 8) ;
6. pendant la procédure, la cour peut également prononcer une ordonnance enjoignant un défendeur à fournir des précisions sur les revenus qu'il a perçus au cours des 6 années précédentes, et à déclarer ses avoirs (section 9) ;
7. il est important de souligner que toute personne, y compris la victime, se déclarant titulaire d'un droit sur les biens en cause, peut adresser à la cour une requête afin d'obtenir la rétractation de cette ordonnance (section 3(3)), et que la cour a également le pouvoir de modifier une ordonnance relevant de la section 2 ou 3 afin de débloquer des fonds pour le paiement de frais juridiques, commerciaux et de subsistance essentiels (section 6) ;
8. lorsqu'une ordonnance provisoire ou interlocutoire a autorité de la chose jugée, la loi prévoit la désignation d'un administrateur chargé de gérer les biens ou, ce qui est plus courant, d'en assurer la vente pour déposer les recettes dégagées sur un compte bancaire rémunéré où elles seront laissées en attendant le prononcé d'une autre ordonnance de la cour (section 7) ;
9. lorsqu'une ordonnance interlocutoire relevant de la section 3 a été prononcée depuis 7 ans, la cour a le pouvoir de prononcer une ordonnance de cession transférant tous ces biens en faveur du *Central Exchequer* (le Trésor public) (section 4) ;
10. la cour a également le pouvoir de prononcer une ordonnance d'indemnisation d'un défendeur, s'il est démontré qu'une ordonnance relevant de cette loi a eu un effet injuste à son égard (section 16). Il peut être soutenu que cette disposition permet au requérant de ne pas avoir à prendre, par rapport à un dédommagement, l'engagement qui serait normalement exigé si une demande d'injonction avait été formée.

En pratique, les cours de justice ont estimé qu'une audience pleine et entière relevant de la section 3, et pendant laquelle le défendeur pourrait avoir présenté des conclusions contestant le dossier de l'État (en vertu de la section 3(3)), constitue une audience définitive. Par conséquent, si la cour a conclu, pendant une telle audience, que les biens en cause sont constitutifs de produits du crime, elle procédera généralement à la nomination d'un administrateur chargé d'assurer la garde, la gestion et l'entretien des biens « spécifiques » pendant la période de sept ans courant jusqu'au moment où une ordonnance définitive de cession peut être rendue en vue du transfert

des biens à l'État.⁵²⁵ La Cour suprême a estimé que le fait de laisser le défendeur, pendant une période supplémentaire de sept ans, en possession de biens qui, de l'avis de cette même cour, sont constitutifs de produits du crime, ne serait pas compatible avec le but de la loi.⁵²⁶

Ceci dit, de telles ordonnances d'administration judiciaire ont tendance à tenir compte des circonstances du défendeur et des conjoints, ainsi que des besoins des enfants à charge. Ainsi, il a été accordé aux conjoints des droits temporaires au logement, et il a été sursis à l'exécution de certaines ordonnances d'administration judiciaire en attendant la fin des examens passés par des mineurs.

Il convient donc de noter que ce qui prive le défendeur des produits de son activité criminelle à moyen terme n'est pas l'ordonnance en elle-même, qui relève de la section 3, mais son association à une ordonnance concomitante d'administration judiciaire, et que l'acte officiel de propriété du bien en lui-même n'est transféré que sept ans plus tard, lorsque l'ordonnance définitive de cession est prononcée. Cette approche permet à une victime ou au propriétaire légitime de se manifester, pendant cette période, pour faire valoir leurs droits par rapport à ces biens.

Singularité du POCA : la preuve par l'intime conviction relevant de la section 8

En vertu du POCA, bien que la cour puisse considérer l'« intime conviction » d'un membre de l'An Garda Síochána comme une preuve, il faut souligner qu'elle demeure tout de même tenue de déterminer le « poids » à accorder à cette preuve. La procédure qu'il convient d'observer dans l'examen de cette preuve, et qui se présente comme une règle en sept étapes dans le jugement rendu par le juge McCracken dans l'affaire *F. McK v G.W.D*⁵²⁷, parle d'elle-même :

En présence de circonstances correspondant à celles de la présente affaire, il me semble que la procédure à suivre par un juge chargé du procès est la suivante :

1. En premier lieu, il doit analyser la situation à la lumière de la section 8. Il doit se pencher sur la preuve constituée par l'intime conviction du membre ou de l'officier autorisé en cause, et étudier au même moment les autres preuves, comme celles que fournissent les deux officiers de police de la présente affaire et qui pourraient dévoiler les motifs raisonnables de cette intime conviction ;
2. s'il estime que l'intime conviction s'appuie sur des motifs raisonnables, il doit alors présenter une conclusion indiquant spécifiquement que l'intime conviction de ce membre ou de cet officier autorisé constitue une preuve ;
3. Ce n'est qu'à ce stade qu'il doit passer à l'examen de la situation à la lumière de la section 3. Il doit examiner les preuves fournies par le plaignant qui, en l'espèce, engloberaient à la fois la preuve rapportée par le membre ou l'officier autorisé en vertu de la section 8 et, également, les preuves des autres officiers de police ;

525 Sur présentation d'une requête formée par le service chargé des avoirs d'origine criminelle en vertu de la section 7.

526 Veuillez prendre note du jugement rendu par le juge Hardiman dans *CAB v Kelly & Anor* [2012] IESC 64.

527 *F.McK v GWD* [2004] 2 I.R. 470, point [70].

4. il doit statuer sur le point de savoir si cette preuve représente un commencement de preuve qui relève de la section 3 et qui, dans l'affirmative, entraîne le basculement du fardeau de la preuve sur le défendeur ou une autre personne spécifique ;
5. il doit ensuite se pencher sur les preuves rapportées par le défendeur ou une autre personne spécifique, et décider du point de savoir s'il estime que le fardeau de la preuve pesant sur le défendeur ou une autre personne spécifique a été rempli ;
6. s'il estime que le défendeur ou une autre personne spécifique a satisfait au fardeau de la preuve lui incombant, il doit alors mettre un terme à la procédure ;
7. s'il n'en est pas convaincu, il doit alors considérer le point de savoir s'il existe un risque grave d'injustice. Si ces étapes sont suivies dans cet ordre-là, le type d'égarement relevé dans cette affaire a peu de chances d'être suscité.

Ce processus a pour effet concret, si un défendeur décide de ne pas fournir de preuves démontrant l'origine légitime des biens en cause, de permettre à la cour de s'appuyer sur la preuve rapportée par le commissaire pour prendre une décision ; cependant, la jurisprudence suggère qu'une telle décision ne doit pas être prise sans une forme ou une autre d'éléments corroborants. Par exemple, le juge McGuinness a indiqué, dans l'affaire *Gilligan v Criminal Assets Bureau*⁵²⁸, que cette preuve n'est pas « concluante », et qu'« une cour ne devrait pas utiliser une telle preuve pour prononcer hâtivement des ordonnances relevant de la section 3, lorsqu'elle ne dispose pas d'autres éléments corroborants ».⁵²⁹

Ordonnances enjoignant aux défendeurs, en vertu de la section 9, de donner des informations sur des biens

Une autre section controversée du POCA donne à une cour le pouvoir d'enjoindre à un défendeur de déposer un affidavit présentant les biens qu'il a en sa possession ou sous son contrôle, ainsi que les sources de ses revenus.

Cependant, la jurisprudence et des amendements ultérieurs ont également veillé à ce que l'application concrète de cette section soit limitée. Plus particulièrement, dans la mesure où il était craint qu'une ordonnance basée sur la section 9 puisse violer le droit du défendeur de ne pas contribuer à sa propre incrimination, le juge Moriarty n'a pas caché sa profonde réticence lorsque, dans l'affaire *M v D*⁵³⁰, il a prononcé une telle ordonnance sans l'assurance du procureur général qu'une telle divulgation ne serait pas utilisée pendant un procès pénal. Un amendement ultérieur de la loi a apaisé cette préoccupation, en précisant que, pendant une procédure pénale engagée contre l'intéressé ou son conjoint, un tel affidavit constituait une preuve irrecevable⁵³¹.

528 Arrêt *Gilligan v Criminal Assets Bureau* [1997] IEHC 106.

529 Ibid., point [160].

530 Arrêt *M v D*, IR 175 (jugement non publié).

531 Loi (d'amendement) de 2005 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime (amendment) Act 2005*) (Irlande), section 11.

Recours visant les effets du POCA sur les droits reconnus par la loi

Dans le cadre des requêtes formées en vertu du POCA, un certain nombre de défendeurs ont engagé des recours remettant en cause sa comptabilité avec les droits conférés par la loi et consacrés par la Constitution irlandaise (Bunreacht na hÉireann).⁵³²

La quasi-totalité des éléments revêtant un intérêt ont été passés au peigne fin par les affaires *Gilligan v Criminal Assets Bureau, Murphy .v. GM PB PC Ltd*⁵³³, et l'audition conjointe, par la Cour suprême, des appels interjetés dans ces affaires, s'est traduite par la décision *Murphy v. M(G)*⁵³⁴, qui a été rendue le 18 octobre 2001.⁵³⁵ Les arguments-clés et les décisions ayant ponctué ces procédures sont les suivants :

Recours : en substance, le mécanisme du POCA a une nature pénale, et non pas civile, et ne garantit donc pas les protections d'une procédure régulière, qui sont consacrées par l'article 38 de la Constitution (c'est-à-dire, la présomption d'innocence, le niveau de preuve qui, au pénal, est fixé « au-delà de tout doute raisonnable », et non pas le niveau civil évalué « selon la prépondérance des probabilités », et le droit à un procès mené devant un jury).

Décision : la nature des procédures énoncées par le POCA est civile, et non pas pénale. En effet, « Elle ne contient pas de disposition sur l'arrestation ou la mise en détention d'une personne, sur l'ordonnance de libération sous caution de qui que ce soit, sur l'emprisonnement d'une personne pour défaut de paiement d'une pénalité, sur une forme de procès pénal lancé par une assignation ou une mise en examen, ou sur un classement sans suite à une étape quelconque », à savoir tous les éléments qui indiqueraient que le POCA crée une infraction pénale.⁵³⁶

Recours : la loi entraîne un renversement injuste (du niveau) du fardeau de la preuve.

Décision : le renversement n'a lieu qu'après le moment où certains faits sont établis d'une manière jugée satisfaisante par la cour. Par ailleurs, il a été accordé le droit de procéder à un contre-interrogatoire. Enfin, une « infirmité constitutionnelle » ne touche pas la procédure dans laquelle il incombe à une personne qui cherche à obtenir des biens de réfuter la conclusion indiquant, sur le fondement des preuves rapportées, qu'une infraction pénale a été commise.⁵³⁷

532 Dans ce contexte, les premiers recours se sont référés à la Constitution, et non pas à la CEDH ; en effet, même si l'Irlande est signataire de cette convention depuis 1951, elle n'a pas adopté de législation de mise en œuvre avant 2001.

533 Arrêt *Murphy .v. GM PB PC Ltd* [1999] IEHC 5.

534 Arrêt *Murphy v. M(G)*, [2001] IESC82.

535 Ibid.

536 Ibid.

537 Arrêt *Gilligan v Criminal Assets Bureau* [1997] IEHC 106 at [106].

Recours : la loi porte atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

Décision : la cour a indiqué qu'elle était d'accord avec le point de vue adopté par le juge Moriarty J. dans la décision *M .v. D* , qui affirme qu'avant le prononcé d'une ordonnance basée sur la section 9 de la loi, il devrait être exigé une assurance que le procureur général ne fera pas usage de preuves présentées en exécution d'une telle ordonnance.⁵³⁸

Recours : l'application de la loi viole les droits à la propriété privée.

Décision : le POCA énumère des pénalités et des confiscations contraignantes et d'une portée considérable, mais ces mesures sont directement liées au fait qu'il soit prouvé, d'une manière jugée acceptable par la cour, que les biens en cause sont directement ou indirectement constitutifs de produits du crime.⁵³⁹ Par ailleurs, l'État a un « intérêt légitime » à ce que les produits du crime soient confisqués,⁵⁴⁰ et le « droit à la propriété privée ne peut pas occuper, dans la hiérarchie des droits, un rang si élevé qu'il protège la situation des avoirs illégalement acquis ou détenus ».⁵⁴¹

Recours : la loi porte atteinte à l'article 15(5) de la Constitution, car elle a un effet rétroactif.

Décision : l'acquisition d'avoirs ayant une origine criminelle n'était pas constitutive d'une activité illégale avant l'adoption du POCA, et n'est pas devenue une activité illégale du fait du POCA.⁵⁴²

Conclusion

Lorsque le POCA a été promulgué, il a été jugé radical et réellement considéré, en matière de voies de recours sans condamnation pénale, comme le texte le plus avant-gardiste de l'Union européenne. Il ne correspond pas réellement à la législation sur l'« ordonnance de richesse inexplicquée » en vigueur dans d'autres juridictions du monde, du fait du niveau plus élevé du « seuil à atteindre par le procureur » et exigé par les quatre premières étapes de la décision du juge McCracken, et de la réserve exprimée, dans la décision du juge McGuinness, à l'encontre d'un fondement exclusivement constitué par la preuve par intime conviction. En revanche, il constitue réellement une solution irlandaise unique adaptée à un problème irlandais et ayant considérablement contribué à l'aptitude du service chargé des avoirs d'origine criminelle à s'attaquer à la criminalité organisée et à récupérer les produits du crime.

538 Ibid., point [119] ; veuillez également prendre note de l'introduction ultérieure figurant dans la loi (d'amendement) de 2005 sur les produits du crime (*Proceeds of Crime (Amendment) Act 2005*) (Irlande), qui accorde maintenant des garanties légales par rapport à cette question.

539 Ibid., point [132].

540 Ibid., point [134].

541 Ibid., point [136].

542 Ibid., point [140].

5.5 Recherche d'une coopération internationale dans les affaires d'enrichissement illicite

Jonathan Spicer

***Asset Recovery Specialist* senior auprès de l'International Centre for Asset Recovery, avocat plaidant, et ancien procureur spécialisé et procureur de la Couronne au Crown Prosecution Service du Royaume-Uni.**

Les frontières d'un pays n'ont pas pour effet d'endiguer une activité criminelle ; il est donc courant que les enquêtes sur l'enrichissement illicite aient une dimension internationale. Il se peut, en effet, que des investigateurs demandent à d'autres juridictions de leur communiquer des informations ou des preuves en lien avec l'activité criminelle soupçonnée et ayant donné lieu à un enrichissement illicite, ou en lien avec la possession, la dissimulation ou l'utilisation d'avoirs illicites.

Par exemple, un agent public peut être soupçonné d'utiliser la structure d'une société étrangère pour que la garde de fonds illicites soit assurée sur des comptes bancaires d'une autre juridiction. Afin de faire avancer l'enquête (et, potentiellement, de geler des fonds), les procureurs devront avoir recours à l'entraide judiciaire (EJ) afin d'obtenir des preuves situées dans les juridictions où la société étrangère est immatriculée, et où le compte bancaire est ouvert.

Il se peut également que la scolarisation de l'enfant d'un agent public dans une école réputée, demandant des frais d'inscription (élevés) et située à l'étranger soit de notoriété publique. Les enquêteurs chercheraient à obtenir des informations portant non seulement sur le montant des frais qui ont été payés, mais également sur l'origine et le mode de versement des fonds utilisés pour ces paiements. Il se peut que l'école fournisse volontairement des informations sur le paiement des frais d'inscription mais, dans le cas contraire, une ordonnance judiciaire sera nécessaire.

Par conséquent, et dans la mesure où ces informations ne sont pas accessibles au public, l'assistance des autorités des juridictions où se trouvent des renseignements ou des preuves sera d'une nécessité absolue. L'aptitude de la juridiction sollicitée à apporter son assistance dépendra généralement de son droit national, et également de la question de savoir si elle reconnaît l'enrichissement illicite comme une infraction ou dans le cadre d'une procédure civile.

Fondement d'une coopération internationale

La coopération internationale existe à des niveaux à la fois officieux et formels. Une coopération officieuse est généralement perçue comme une coopération entre services de répression ou comme une assistance d'une force de police à une autre. Cette coopération se concrétisera souvent par un partage de renseignements (par exemple, entre différentes cellules de renseignements financiers) ou pourrait s'accompagner d'une assistance qui peut être accordée sans que des

mesures coercitives ne s'imposent (afin de faire en sorte, pour reprendre l'exemple figurant ci-dessus, que l'école accorde son assistance volontairement). Étant donné que ces demandes de renseignements peuvent être formées dès le début, à un moment où l'enquête ne se focalise pas sur un enrichissement illicite, mais s'intéresse également à une criminalité sous-jacente, il est probable que l'obtention d'une assistance pose moins de difficultés.

Un mode formel de coopération internationale, qui est appelé l'entraide judiciaire, est utilisé lorsqu'un État demande à un autre État d'appliquer ses lois pour obtenir des preuves qui seront utilisées dans une procédure engagée par l'État requérant. En règle générale, une telle coopération nécessite la prise, par l'État requis, de mesures coercitives telles que la perquisition de logements, l'interrogatoire de témoins ou la présentation de documents. Ce mode formel de coopération s'appuie traditionnellement sur des traités multilatéraux, des traités bilatéraux ou d'autres types d'accords entre États. Dans le cadre d'une procédure pour enrichissement illicite, l'entraide judiciaire peut s'imposer pour recueillir, au stade de l'enquête, des preuves telles que des relevés bancaires, pour geler des avoirs, ou encore pour faire exécuter une ordonnance définitive de confiscation.

Double Incrimination

En vertu du principe sur la double incrimination, les États n'accorderont une entraide judiciaire en matière pénale qu'à la condition que l'infraction faisant l'objet d'une enquête dans l'État requérant soit également une infraction dans l'État auprès duquel l'assistance est sollicitée. L'application de ce principe, par les États qui ne reconnaissent pas l'infraction d'enrichissement illicite, peut souvent faire obstacle à la coopération internationale envisagée dans les enquêtes pour enrichissement illicite.

La promotion faite pour présenter la criminalisation de l'enrichissement illicite comme un moyen permettant s'attaquer à la corruption a été relevée dans la CNUCC⁵⁴³, ainsi que dans d'autres conventions régionales comme la CICC⁵⁴⁴ ou la CUAPLC⁵⁴⁵. Cependant, ces conventions précisent que l'introduction d'infractions d'enrichissement illicite n'est pas obligatoire. En vertu de dispositions non contraignantes de la CNUCC et de la CUAPLC, les États sont autorisés à décider par eux-mêmes du point de savoir si des lois sur l'enrichissement illicite doivent être mises en œuvre, tandis que selon la CICC, les États peuvent également ne pas conférer un caractère d'infraction à l'enrichissement illicite s'ils estiment qu'une telle mesure entraînera la violation de droits constitutionnels déjà reconnus.

Même si la CICC et la CUAPLC n'abordent pas directement la question de la double incrimination, elles énoncent toutes les deux des dispositions quasi identiques sur l'assistance à apporter,

543 Convention des Nations Unies contre la Corruption, article 20.

544 Convention interaméricaine contre la corruption, article IX.

545 Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, article 8.

pendant les enquêtes sur l'enrichissement illicite, par les États Parties qui ne définissent pas l'enrichissement illicite comme une infraction.

L'article IX, paragraphe 3, de la CICC prévoit ce qui suit :

La Partie qui n'a pas conféré un caractère d'infraction à l'enrichissement illicite prêtera l'assistance et la coopération prévues par la présente Convention en relation avec cette infraction, dans la mesure où sa législation le lui permet⁵⁴⁶.

Les États-Unis d'Amérique ont fait savoir qu'ils faisaient dépendre leur signature de la CICC⁵⁴⁷ d'une réserve dans laquelle ils ont indiqué avoir compris qu'ils n'étaient pas dans l'obligation de reconnaître l'enrichissement illicite comme une infraction, car une telle mesure serait contraire à la Constitution des États-Unis et à des principes juridiques fondamentaux du fait du basculement de la charge de la preuve sur le défendeur. Cependant, les États-Unis indiquent clairement que lorsque leur droit national les y autorise, ils ont l'intention d'accorder une assistance et une coopération aux autres États Parties menant des enquêtes en matière d'enrichissement illicite.

Les dispositions de la CNUCC mettent en avant le besoin de coopération et abordent directement la double incrimination. En effet, l'article 43(1) encourage les États Parties à coopérer en matière pénale conformément aux articles 44 à 50 de la Convention, avant d'aborder la question de la double incrimination dans l'article 43(2) :

En matière de coopération internationale, chaque fois que la double incrimination est considérée comme une condition, celle-ci est réputée remplie, que la législation de l'État Partie requis qualifie ou désigne ou non l'infraction de la même manière que l'État Partie requérant, si l'acte constituant l'infraction pour laquelle l'assistance est demandée est une infraction pénale en vertu de la législation des deux États Parties.

Les États Parties recevant des demandes d'entraide judiciaire ne peuvent donc pas opposer un refus basé sur l'intitulé de l'infraction ou la catégorie dans laquelle elle est réputée classée, mais doivent examiner l'acte qui en lui-même constitue l'infraction, et se demander s'il serait constitutif d'une infraction en vertu du droit national.

Cependant, les infractions d'enrichissement illicite, et plus particulièrement celles qui prévoient un basculement de la charge de la preuve sur le défendeur, ne peuvent pas être aisément comparées avec d'autres types d'actes répréhensibles. Néanmoins, l'article 46, qui aborde l'entraide judiciaire, exige des États Parties qu'ils « s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées par la présente Convention ».

Enfin, l'article 46(9) de la CNUCC présente, en matière d'entraide judiciaire et de double incrimination, les dispositions suivantes :

546 « à l'État requérant » est une précision ajoutée par l'article 8 de la CUAPLC.

547 L'extrait du texte de cette réserve figure dans la note de bas de page 440.

- (a) Lorsqu'en application du présent article il répond à une demande d'aide en l'absence de double incrimination, un État Partie requis tient compte de l'objet de la présente Convention tel qu'énoncé à l'article premier ;
- (b) Les États Parties peuvent invoquer l'absence de double incrimination pour refuser de fournir une aide en application du présent article. Toutefois, un État Partie requis, lorsque cela est compatible avec les concepts fondamentaux de son système juridique, accorde l'aide demandée si elle n'implique pas de mesures coercitives. Cette aide peut être refusée lorsque la demande porte sur des questions mineures ou des questions pour lesquelles la coopération ou l'aide demandée peut être obtenue sur le fondement d'autres dispositions de la présente Convention ;
- (c) Chaque État Partie peut envisager de prendre les mesures nécessaires pour lui permettre de fournir une aide plus large en application du présent article, en l'absence de double incrimination.

En conséquence, il peut être affirmé que les auteurs de la Convention ont cherché à encourager l'apport, par les États Parties qui ne se sont pas basés sur la Convention pour créer des infractions (y compris l'enrichissement illicite), d'une assistance en faveur des États Parties qui ont entrepris une telle démarche. Les États requis doivent tenir compte des buts de la Convention posés par l'article 1, et se demander s'il est possible, en vertu de leur droit national, d'accorder une assistance dénuée de mesures coercitives.

En dépit de ces dispositions, l'absence de double incrimination risque toujours de ne pas permettre à des juridictions de prendre des mesures coercitives pour apporter une assistance dans le cadre des enquêtes et/ou poursuites menées pour enrichissement illicite. En présence d'une telle situation, il se peut que les États requérants puissent être aidés en présentant des éléments sur le comportement criminel soupçonné qui se serait traduit par un enrichissement illicite. Lorsque ce comportement est examiné par l'État requis, celui-ci pourrait estimer qu'il est possible de prêter son concours au recueil de preuves à l'aide de mesures coercitives. À cet égard, les États requérants devraient envisager de fournir une explication globale sur les faits dévoilés par l'enquête et les agissements des suspects, car l'État requis pourrait potentiellement y voir les motifs de son assistance. Il convient cependant de mettre l'accent sur une mise en garde : la règle de la spécialité. Elle stipule que les preuves recueillies par l'État requis ne doivent être utilisées que pour l'enquête ou la procédure mentionnée par la demande. Ainsi, suite à une demande de preuves fondée sur une enquête pour corruption, l'utilisation de ces dernières dans le cadre de poursuites pour enrichissement illicite qui, jusqu'à ce moment-là, n'avaient pas été mentionnées, ne serait pas autorisée. Une autorisation doit être sollicitée auprès de l'État qui a fourni les preuves.

Une possibilité de réforme ?

L'une des raisons ayant motivé la reconnaissance, par des États, de l'infraction pénale d'enrichissement illicite découle des difficultés rencontrées dans le travail d'enquête sur la criminalité sous-jacente, notamment dans les affaires de corruption. Cependant, le caractère d'infraction n'a pas été globalement attribué à l'enrichissement illicite dans les États où la garde des avoirs peut être assurée ou par l'intermédiaire desquels ils ont été blanchis. Malgré cette situation, un bon nombre de ces États encouragent l'adoption de procédures s'attaquant à la

corruption, et sont susceptibles de disposer d'une forme alternative d'encadrement de la richesse illicite comme, par exemple, les procédures de confiscation en l'absence de condamnation pénale (y compris les ordonnances d'investigation sur la richesse inexplicée telles que celles du Royaume-Uni). Il ne semble pas que ces éléments soient suffisants pour surmonter, dans certaines juridictions, le problème de la double incrimination, et il se pose la question de savoir si des mesures supplémentaires devraient être prises à l'échelle internationale afin de promouvoir une exception limitée à la règle sur la double incrimination et applicable aux demandes d'entraide judiciaire déposées pour obtenir des preuves dans les affaires ouvertes pour enrichissement illicite⁵⁴⁸.

548 Correspondant à la définition donnée par la CNUCC, article 20.

Index

A

- Analyse des sources et de l'utilisation des fonds** 15
Analyse des sources et des applications des fonds 209
Application rétroactive 14, 133, 169, 170, 171, 172
-

C

- Calculs** 63, 125, 126, 129
Charge de la preuve 23, 67, 68, 69, 111, 113, 114, 117, 119, 137, 138, 139, 140, 145, 146, 149, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 164, 165, 166, 185, 186, 195
Confiscation élargie 13, 15, 29, 38, 40, 41
Confiscation en l'absence de condamnation pénale 13, 72, 90, 97
-

D

- Déclarations des avoirs** 97, 125, 156
Droit au silence 68, 69, 71, 137, 161, 162, 163, 164, 165
Droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination 14, 68, 70, 71, 137, 161, 162, 163, 164, 165, 167, 168
Droits 14, 30, 35, 68, 69, 75, 79, 127, 139, 141, 142, 148, 150, 152, 153, 154, 162, 164, 179, 189, 191, 192, 194
-

E

- Élément Revenus insuffisants** 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 121, 130, 134
Entraide judiciaire 14, 94, 96, 176, 195
Explication satisfaisante 31, 68, 84, 85, 102, 108, 109, 110, 111, 119, 128, 138, 152, 158, 172, 177
-

G

- Garanties** 14, 45, 67, 79, 80, 127, 160, 182
-

L

- Législation fiscale** 97
Lois particulières sur l'enrichissement illicite 13, 17, 19, 24, 37, 38, 47, 72, 133
-

M

- Méthodologies** 14
-

P

- Pays** 11
Afghanistan 48, 63, 104, 130
Algérie 48, 55, 64, 65

Angola 49, 50

Antigua-et-Barbuda 48, 57, 75, 85

Argentine 21, 30, 32, 48, 55, 60, 64, 69, 82, 116, 117, 131, 154, 155, 165, 166

Arménie 48, 64

Australie - Australie-Méridionale 24, 80

Australie - Australie-Occidentale 23, 33, 66, 74, 82, 87, 104, 115, 116, 158, 173

Australie - Juridiction fédérale 24, 80, 160, 169, 173

Australie - Nouvelle-Galles du Sud 24, 67, 162

Australie - Queensland 24, 80

Australie - Tasmanie 24, 62

Australie - Territoire de la capitale australienne 24

Australie - Territoire du Nord 24, 62, 87

Australie - Victoria 24

Bahamas 49, 71, 74, 80, 82, 88, 168

Bangladesh 49, 56

Barbade 90, 98

Bénin 48, 58

Bhoutan 48, 57, 62, 86

Bolivie 48, 53, 82, 170, 171

Botswana 48, 57, 62, 86

Brésil 49, 50

Brunei Darussalam 22, 48, 57, 70, 85

Burkina Faso 48, 58, 65, 132

Cambodge 24, 48

Chili 48, 64, 68, 74, 82

Chine 30, 48, 49, 57, 59, 62, 84, 104, 107, 108, 126, 138, 144, 147

Chine - Hong Kong 30, 48, 57, 62, 84, 104, 107, 108, 126, 138, 144, 147

Chine - Macao 48

Chine - Taïwan 49

Colombie 48, 82

Congo (RDC) 48

Congo (République du) 48

Côte d'Ivoire 48

Cuba 22, 48, 59, 76

Djibouti 24, 48, 64, 75

Égypte 21, 22, 48, 75

Équateur 24, 48, 60, 82

Eswatini 48, 58, 62, 86

États-Unis 97, 98, 147, 148, 152, 153, 156, 169, 195

Éthiopie 48, 58, 86

Fidji 48, 49, 50, 51, 56, 58, 62, 86, 104, 122, 127
France 45, 96, 99, 124, 141, 142, 148, 153, 157, 164
Gabon 97
Guatemala 48, 52, 59, 60, 132
Guinée 48, 58
Guyana 48, 82
Haïti 48, 64, 65
Honduras 48, 63, 76, 130
Îles Marshall 48, 58, 62, 86
Inde 21, 48, 68, 107, 110, 120, 124, 128, 131, 133, 134, 145, 151, 152, 164
Irlande 14, 45, 93, 94, 97, 99, 175, 176, 187, 190, 191, 192
Jamaïque 48, 57
Jordanie 48
Kenya 14, 24, 37, 49, 57, 60, 82, 111, 119, 138, 157, 158, 173, 175, 177, 178, 179
Koweït 48, 60
Lesotho 49, 58, 62, 86
Liban 48
Libye 48
Lituanie 48, 53, 54, 112, 113, 128, 129, 134, 140, 141, 153, 154, 165, 170
Macédoine du Nord 97
Madagascar 48, 54, 64, 65
Malaisie 49, 75
Malawi 48, 58, 60, 86, 110, 146, 162
Mali 48, 52, 55, 58, 64, 66, 76, 77, 82
Maurice 14, 27, 28, 49, 60, 66, 67, 71, 72, 80, 89, 175, 180, 181
Mauritanie 48, 54, 55, 65
Mexique 48, 62, 74
Moldavie 24, 48, 64, 75, 170
Mongolie 48, 75
Mozambique 48, 50
Népal 48, 58
Nicaragua 48, 64, 68, 104
Niger 22, 48, 58, 65, 70, 71, 77, 83, 84
Ouganda 48, 54, 58, 59, 62, 74, 86, 113, 114, 122, 127, 129, 148, 170, 171
Pakistan 21, 48, 54, 58, 110, 145
Palestine 48
Panama 48, 60
Paraguay 48, 60, 63
Pérou 14, 48, 49, 59, 76, 82, 118, 175, 183, 184
Philippines 21, 23, 49, 60, 80, 81
République dominicaine 48

République kirghize 48
Royaume-Uni 29, 41, 90, 141, 151, 163, 164, 167, 168, 197
Russie 12
Rwanda 48, 54
Sainte-Lucie 48
Salvador 48, 55, 75
Sao Tomé-et-Principe 48, 52, 53, 58, 59, 83, 84
Sénégal 22, 48, 54, 58
Seychelles 48, 86
Sierra Leone 48, 58, 62, 75, 78, 86, 110
Singapour 49, 72, 73
Soudan 48
Suisse 45, 94, 95, 99
Tanzanie 13, 48, 49, 52, 57, 58, 60, 62, 65, 67, 68, 75, 78, 82, 86
Tanzanie - Zanzibar 49
Thaïlande 49
Togo 48, 56
Trinité-et-Tobago 49, 63, 67, 88, 130
Tunisie 48, 55
Turquie 22, 48
Union européenne 12, 41, 97, 139, 192
Venezuela 48, 82
Zambie 49
Zimbabwe 90, 98
Période suspecte 122, 123, 124, 128, 129
Présomption d'innocence 14, 35, 68, 69, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 161, 162, 163, 164, 165, 183, 191

R

Recours judiciaires 14, 136, 210
Recouvrement civil 13, 72, 90, 97
Renversement de la charge de la preuve 69, 118, 143, 144, 145, 146, 149, 150, 151, 157, 158, 159, 162, 165
Renversement du fardeau de la preuve 66, 67, 93, 101, 105, 107, 112, 116, 140, 141, 149, 151
Restitution civile 41

S

Sanctions 15, 16, 20, 22, 28, 32, 35, 40, 50, 51, 73, 74, 75, 76, 78, 96, 130, 181
Seuils probatoire 14

T

Traités internationaux 13, 16, 50, 84, 97

Liste des arrêts

A

- Affaire pénale n° 2K-P-93/2014 du 11 avril 2014 (Lituanie) 170
 - Arrêt n° 07/08/CC/MC du 20 novembre 2008 (Cour constitutionnelle) (Niger) 71
 - Arrêt n° 17/03650, 14 mars 2018, Cour d'appel de Paris (France) 124
 - *Attorney General v Ho Pui-yiu* [1981] HKLR 110 (Hong Kong) 144
 - *Attorney General v Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227 (Hong Kong) 109, 131, 141, 142, 144, 145, 148, 150, 152
-

C

- *CAB v Kelly & Anor* [2012] IESC 64 (Irlande) 189
 - *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VII, ‘L., C. Y otros’, Fallos 45793* (2017) (Argentine) 119
 - *Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, ‘Alsogaray’, causa n° 4787* (2005) (Argentine) 117, 131, 141, 155, 166
 - *Chung Cheong v The Queen* CACC001364/1977 (Hong Kong) 127
 - *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ‘Alsogaray’, Fallos 331:2799* (2008) (Argentine) 117, 155, 166
 - *Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria Casación, Manuel Enrique Cárdenas Valseca, n° 953-2017* (2018) (Pérou) 118, 119
-

D

- DB c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) (Affaire C-481/19) du 2 février 2021 (Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH)) 162
- Décision de l'affaire n° 1-135/2018(5846/17), Cour constitutionnelle de l'Ukraine (Ukraine) 156, 157
- Décision de l'affaire n° 60a/2014, 16 avril 2015, Cour constitutionnelle de Moldavie (Moldavie) 170
- Décision n° KT4-N3/2017 du 15 mars 2017 rendue, dans l'affaire n° 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016, par la Cour constitutionnelle de la Lituanie qui s'est prononcée, au nom de la république de Lituanie, sur la conformité de l'article 1891, paragraphe 1, du Code pénal de la république de Lituanie à la Constitution de la république de Lituanie (Lituanie) 113, 129, 134, 140, 141, 153, 154, 165, 170
- *Director of Public Prosecutions for Western Australia v Gypsy Jokers Motorcycle Club Inc* (2005) WASC 61 (Australie) 159
- *Director of Public Prosecutions v Morris* [No2] [2010] WADC 148 (Australie) 116, 120, 128, 159

E

- *Ernest Percival Max Hunt v the Queen* [1974] HKCA 111 (Hong Kong) 59, 109
- *Ethics and Anti-Corruption Commission (The legal successor of Kenya Anti - Corruption Commission) v Stanley Mombo Amuti* [2015] eKLR (Kenya) 111, 157, 175, 179
- *Ethics and Anti-Corruption Commission v Patrick Ochiemo Abachi & 6 Others (ACEC No.15 of 2019)* du 10 mars 2021 (Kenya) 175

F

- *Falk c. Pays-Bas* (Requête n° 66273/01), 19 octobre 2004, CrEDH 141, 142
- *F. McK v GWD* [2004] 2 I.R. 470 (Irlande) 93, 189
- *Funke c. France* (Requête n° 10828/84), 25 février 1993, CrEDH 164

G

- *George v Rockett* (1990) 170 CLR 104 (Australie) 38
- *Ghani-Ur-Rehman v National Accountability Bureau and others, PLD 2011 Supreme Court 1144* (Pakistan) 110
- *Gilligan v Criminal Assets Bureau* [1997] IEHC 106 (Irlande) 93, 190, 191

H - I - J

- *Holland v United States* 348 U.S. 121 (1954) (États-Unis d'Amérique) 97, 98
- *Ho Shing Tuen v R* [1980] HKC 28 (Hong Kong) 126
- *Inc v Secretary, Department of Human Services and Health* (1995) 128 ALR 238 (Australie) 79
- *Jalloh c. Allemagne* (Requête n° 54810/00), 11 juillet 2006, CrEDH 164
- *John Murray c. Royaume-Uni* (Requête n° 18731/91), 8 février 1996, CrEDH 163
- *JSC BTA Bank v Ablyasov* [2009] EWCA Civ 1125 (Royaume-Uni) 168

K

- *Kalimuthu v Commissioner of the Australian Federal Police* [2019] HCA 39 (Australie) 38
- *Kedari Lal v State of M.P. and Ors* MANU/SC/0343/2015 (Inde) 120, 131
- *Kenya Anti-Corruption Commission v Stanley Mombo Amuti* (appel n° 184 interjeté en 2018 devant une juridiction de droit civil) (Kenya) 158, 173, 177
- *Khalid Aziz v the State* 2011 SCMR 136 (Pakistan) 110
- *K. Poonuswamy v State of Tamilnadu* AIR 2001 SC 2464 (Inde) 126
- *Krishna Janardhan Bhat vs Dattatraya G. Hegde* du 11 janvier 2008 (Inde) 145
- *Krishnanand v The State of Madhya Pradesh* MANU / SC / 0134 / 1976 (Inde) 124, 128, 131
- *Krumpholz c. Autriche* (Requête n° 13201/05), 18 mars 2010, CrEDH 141
- *K. Veeraswami vs Union Of India And Others* 1991 SCR (3) 189 (Inde) 152

L

- *Lai Man-Yau v Attorney General (No.2)* [1978] HKCU 79 (Hong Kong) 132, 171, 172
- *Leary v the United States* 395 US 6 (1969) (États-Unis d'Amérique) 147
- *Lordianto v Commissioner of the Australian Federal Police* (Australie) 38

M

- *Malombe v Rep* [1993] 16 (2) MLR 561 (Malawi) 146
- *M. Narayanan Nambiar v State of Kerala* (Inde) 151
- *Mobile, Jackson & Kansas City R. Co. v Turnipseed* 219 U.S. 35 (1910) (États-Unis d'Amérique) 146
- *Mrs Zamira Hajiyeva v National Crime Agency* [2020] EWCA Civ 108 (Royaume-Uni) 167, 168
- *Muhammad Yaqub v The State* 1988 SCMR 282 (Pakistan) 126
- *Murphy .v. GM PB PC Ltd* [1999] IEHC 5 (Irlande) 191
- *Murphy v. M(G)* [2001] IESC82 (Irlande) 191
- *M v. D*, IR 175 (Irlande) 190

N - P - Q

- *National Crime Agency v Mrs Zamira Hajiyeva* [2018] EWHC 2534 (Admin) (Royaume-Uni) 167, 168
- *Nestor Machumbi Gasasira v Uganda, Constitutional Reference No. 17 of 2011* (Ouganda) 171
- *Noor Aga vs State Of Punjab & Anr*, 9 juillet 2008 (Inde) 145
- *N. Pasupathy v State* 2018 (1) MLJ (CrI) 745 (Inde) 107, 110, 151
- *Phillips c. Royaume-Uni* (Requête n° 41087/98), 5 juillet 2001, CrEDH 141
- *Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, « César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani »* CFP 6734/2013 (2017/09) (Argentine) 69, 117, 118, 166
- *Queen v Chung Cheong* DCCC000137/1977 (Hong Kong) 126
- *Queen v Mok Wei-Tak and Another* [1985] HKLR 1054 (Hong Kong) 122

R

- *R (CPS) v Bolton Magistrates' Court* [2004] 1 WLR 835 (Royaume-Uni) 168
- *Rehmat v the State* PLD 1977 SC 515 (Pakistan) 145, 146
- *Republic v Wesley Mzumara* (Affaire pénale n° 47 de 2010) (Malawi) 110, 141, 146, 148
- *Roy Sturgeon v the Queen* [1975] HKLR 677 (Hong Kong) 134
- *R v Chan* (1992) 28 NSWLR 421 (Australie) 38
- *R v Cowan* [1995] 3 WLR (Royaume-Uni) 164
- *R v Johnstone* [2003] 1 WLR 1736 (Royaume-Uni) 141, 149
- *R v Lambert* [2001] UKHL 37 (Royaume-Uni) 141
- *R v Lambert* [2002] 2 AC 545 (Royaume-Uni) 143
- *R v Noble* [1997] 1 SCR 874 (Canada) 164

- *R v Oakes* [1986] 1 SCR 10 (Canada) 142, 149, 151
- *R v Rondo* [2001] NSWCCA 540 (Australie) 38
- *R v Whyte* (1988) 51 DLR 4th 481 (Canada) 143

S

- *Salabiaku c. France* (Requête n° 10519/83), 7 octobre 1988, CrEDH 141, 142, 148, 153, 157
- *Saunders c. Royaume-Uni* (Requête n° 19187/91), 17 décembre 1996, CrEDH 164
- *Sheldrake v the DPP* [2004] UKH 43 (Royaume-Uni) 150
- *State Of Maharashtra vs Dnyaneshwar Laxman Rao Wankhede*, 29 juillet 2009 (Inde) 145
- *State Of Maharashtra vs Wasudeo Ramchandra Kaidalwar* 1981 AIR 1186 (Inde) 110
- *State of Marashtra v Pollonji Darabshaw Daruwalla*, 1988 AIR 88 (Inde) 123
- *S v Manamela* [2000] 5 LRC 65 (Afrique du Sud) 142
- *Syed Qasim Shah v the State* 2009 SCMR 790 (Pakistan) 145, 146

T

- *The State v Solomon Katta, Idrissa Fornah, Elizabeth King, Momoh Turay, Emmanuel Sesay, Catherine Katta, Santigie Kargbo* soumis à M. le juge M.A. Paul (3 avril 2014) (Sierra Leone) 110
- *Tot v United States*, 319 U.S. 463 (1943) (États-Unis d'Amérique) 147, 153
- *Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Plena, Sentencia Constitucional Plurinacional Núm. 0770/2012* (2012) (Bolivie) 171
- *Tribunal en lo Criminal n° 4 de La Plata, Omar Daniel Carreiras, causa n° 4618* (2017) (Argentine) 119
- *Trompet v Police* [1985] NZLR 357 (Nouvelle-Zélande) 164
- *Tucs v Manly* (1985) 62 ALR 460 (Australie) 38

U - V - W

- *Uganda v B.D Wandera* HCT-00-AC-SC-0012/2014 (Ouganda) 114, 122, 127, 129, 148
- *Uganda v Geoffrey Kazinda, Session Case No. HCT-AC/CO No. 004/2016* (jugement prononcé le 28 octobre 2020) (Ouganda) 59
- *Vasant Rao Guhe v State of Madhya Pradesh* (AIR 2017 SC 3713) (Inde) 110, 125, 145, 165
- *Williamson v Ah On* (1926) 39 LR 95 (Australie) 159

Visitez le site illicitenrichment.baselgovernance.org pour consulter et télécharger gratuitement les annexes de cet ouvrage.

Annexe I

Cette partie, qui est intitulée « Compilation de la législation sur l'enrichissement illicite et de toute autre législation s'y rapportant », regroupe des passages du texte de toutes les lois sur l'enrichissement illicite identifiées lors du processus de recherche servant de base à cette publication. Elle comprend également des passages du texte des autres instruments législatifs de recouvrement des avoirs mentionnés dans cette publication à des fins de comparaison.

Annexe II

Cette partie, qui est présentée sous le titre « L'apport de la preuve de l'enrichissement illicite par les enquêtes financières et l'analyse des sources et de l'utilisation des fonds », est un guide technique destiné aux praticiens. Elle donne un aperçu général sur une méthode pouvant être utilisée pour démontrer avec clarté qu'une personne a disposé d'un patrimoine qui ne pouvait pas venir de sources légitimes, et étant qualifiée de méthode d'analyse des sources et de l'utilisation des fonds. Elle comprend un guide en étapes portant sur l'enquête financière et devant être utilisé pour renforcer ce processus d'analyse.

Enrichissement illicite, écrit par **Andrew Dornbierer**, est un guide complet présentant non seulement les lois en matière d'enrichissement illicite, mais aussi leur application pour cibler la richesse inexplicquée et procéder au recouvrement des produits de la corruption et d'autres infractions. Cet ouvrage traite à la fois des lois de droit pénal et de droit civil du monde entier.

Les enquêteurs, les procureurs, les législateurs et les universitaires bénéficieront dans une mesure similaire des descriptions claires et des orientations pratiques sur les différentes approches pouvant être adoptées pour cibler les augmentations inexplicables de patrimoine, sur le mode de constitution des dossiers soumis aux tribunaux, et sur les recours judiciaires prenant régulièrement pour cible les lois sur l'enrichissement illicite.

Enrichissement illicite a été élaboré et publié par le Basel Institute on Governance, avec l'appui de son International Centre for Asset Recovery, et grâce à la participation de la Faculté de droit de l'Université de New York au travail de recherche.

