

# Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité

Daniel FLORE

## 1. Introduction

Lorsque le Conseil européen a décidé que la reconnaissance mutuelle devait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire en octobre 1999<sup>1</sup>, il n'a pas précisé autrement ce qu'il fallait entendre par là. Il a fallu attendre le programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, adopté par le Conseil en novembre 2000, pour trouver quelques indications à ce sujet<sup>2</sup>. Ces indications se limitent cependant à des paramètres ouverts, non résolus, le texte se bornant à énoncer que «selon la nature de la décision concernée, la prise en compte de tel ou tel paramètre pourra varier en fonction de l'objectif recherché de parvenir à une mise en œuvre plus ou moins ambitieuse du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales, à moins qu'il ne s'avère nécessaire d'adopter une mesure autonome permettant d'appliquer ce paramètre à toutes les mesures». Le Conseil n'a donc pas tranché la question de savoir comment les paramètres devraient s'appliquer aux différents domaines de la reconnaissance mutuelle, pas plus que celle de savoir s'ils devraient s'appliquer de façon uniforme ou différenciée. En d'autres mots, s'il a exploré le terrain, il n'a pas fait, sur le plan décisionnel, un pas de plus que le conseil européen un an auparavant.

Or, il faut admettre que si le concept de «reconnaissance mutuelle» peut paraître nouveau, l'objectif lui ne l'est pas. Depuis le début des années 1960, le Conseil de l'Europe s'est efforcé d'explorer les voies possibles, par un certain nombre d'instruments particulièrement élaborés, dont le point culminant est constitué par la

---

<sup>1</sup> Voy. les § 33 à 37 des conclusions du Conseil européen de Tampere.

<sup>2</sup> *JOCE*, n° C 12, 15 janvier 2001, p. 10-22.

convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970<sup>3</sup>. Cette convention envisage, avec l'ambition de l'exhaustivité, toutes les formes de reconnaissance possibles d'un jugement étranger. Les solutions proposées ne vont néanmoins pas dans le sens de la simplicité, à la fois en ce qui concerne les conditions et la procédure de reconnaissance. La convention prévoit en effet, outre la condition cardinale de la double incrimination, cinq conditions de recevabilité et treize conditions d'exécution; elle organise en outre une procédure de conversion judiciaire de la condamnation. Des conventions ultérieures ont tenté de simplifier les choses, en prévoyant notamment une voie alternative d'exécution plus directe intitulée « poursuite de l'exécution » ou « exécution »<sup>4</sup>. Cette procédure permet déjà aujourd'hui aux Etats qui l'appliquent, notamment en matière de transfèrement des personnes condamnées, une exécution directe du jugement étranger, sans intervention obligée du juge de l'Etat d'exécution<sup>5</sup>.

A la lumière de ces instruments existants – qui ne font pas l'objet de la présente contribution mais qu'il est utile d'avoir à l'esprit –, la question qui se pose est dès lors de savoir quel pas majeur le Conseil européen a voulu accomplir en faisant du principe de reconnaissance mutuelle la pierre angulaire de la coopération judiciaire et quelles seront les caractéristiques nouvelles qui feront de ce mécanisme un instrument réellement nouveau dans la perspective de la création d'un espace de justice européen.

On s'efforcera de donner des éléments de réponse à cette interrogation en partant des paramètres identifiés par le Conseil dans le programme de mesures susmentionné. Parmi les paramètres retenus, il en est trois qui revêtent une importance essentielle quant à la nature même du mécanisme de la reconnaissance mutuelle. Le premier est celui du « maintien ou de la suppression de l'exigence de double incrimination comme condition de la reconnaissance ». Le deuxième est celui de « l'exécution directe ou indirecte de la décision ». Le troisième est celui des « normes minimales communes nécessaires pour faciliter l'application du principe de reconnaissance mutuelle, par exemple en matière de compétence des juridictions ». C'est de ces trois paramètres qu'il sera question dans les pages qui suivent, dans une réflexion articulée autour du premier d'entre eux, qui focalise l'attention de tous, parce qu'il est présenté comme conditionnant la possibilité de l'ensemble de l'exercice.

<sup>3</sup> Ce fut l'un des thèmes du neuvième Congrès international de l'AIDP (JESCHECK, H. H., « Rapport général provisoire », *RIDP*, 1963, p. 205-221), des travaux du Comité européen pour les problèmes criminels (*Aspects de la valeur internationale des jugements répressifs*, Strasbourg, 1968); voy. à ce sujet FLORE, D., « Le jugement répressif au delà des frontières nationales », *Annales de droit de Louvain*, 1988, p. 105-146.

<sup>4</sup> Convention sur le transfèrement des personnes condamnées, du 21 mars 1983, article 10; convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, du 8 novembre 1990, article 13.1.a).

<sup>5</sup> L'article 6 de la loi du 23 mai 1990 sur le transfèrement inter-étatique des personnes condamnées dispose que « la peine ou la mesure prononcée à l'étranger est, par l'effet même de la convention, directement et immédiatement exécutoire en Belgique pour la partie qui restait à subir dans l'Etat étranger ». Seule l'intervention du procureur du Roi est prévue, en principe (article 8 de la loi).

## 2. Exiger ou non la double incrimination

Y a-t-il un lien nécessaire entre le principe de la reconnaissance mutuelle et l'abandon de l'exigence de double incrimination ? En d'autres mots, la possibilité pour les autorités judiciaires compétentes d'un Etat membre de reconnaître la valeur d'un jugement rendu dans un autre Etat membre implique-t-elle nécessairement que serait devenue irrelevante la question de savoir si le fait est punissable ou non dans l'Etat où l'exécution est demandée ?

### A. *Les partisans de l'abandon et leurs arguments*

Deux types d'arguments sont invoqués en faveur de la suppression de l'exigence de double incrimination. Le premier est de caractère idéologique, le second de nature technique.

#### 1. *La confiance mutuelle*

Le premier argument consiste à dire que la reconnaissance mutuelle repose sur la confiance mutuelle et que le maintien de l'exigence de la double incrimination constitue un signe de défiance incompatible avec l'objectif poursuivi.

Mais la question de la double incrimination a-t-elle réellement quelque chose à voir avec la confiance mutuelle ? En effet, la notion de confiance mutuelle renvoie à l'aspect procédural des choses. Comme le programme de mesures le dit très justement, la confiance mutuelle «repose en particulier sur le socle commun que constitue l'attachement aux principes de liberté, de démocratie et de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'Etat de droit». Les Etats membres décident de se faire confiance parce qu'ils reconnaissent que leurs systèmes et leurs procédures respectifs répondent à des standards communs et que les décisions des autorités judiciaires d'un autre Etat membre ont été rendues en fonction de critères et de garanties qu'ils reconnaissent comme valables.

Ceci ne concerne cependant pas le fond du droit pénal des Etats membres. Les différences qui touchent aux incriminations – le fait pour un Etat d'incriminer un fait et pour un autre Etat de ne pas l'incriminer – ne relèvent pas de la confiance mutuelle, mais de la politique criminelle et plus généralement du système de valeurs des Etats membres. On peut se faire confiance et reconnaître dans le même temps les différences, en en tirant les conséquences : la confiance est sérieuse si elle n'est pas aveugle.

Il est vrai qu'on peut distinguer diverses catégories de cas d'absence de double incrimination, dont certaines n'impliquent pas de divergence de fond sur le plan des valeurs. Ce sont les cas d'absence de double incrimination purement technique. On en trouve un exemple en matière de blanchiment. Le droit de certains Etats considère que la personne qui a commis l'infraction génératrice d'un profit (avantage patrimonial) ne peut pas être en même temps l'auteur du blanchiment, cette deuxième infraction ne pouvant être que le fait d'un tiers par rapport à l'infraction génératrice, alors que d'autres droits permettent la punissabilité d'une même personne comme auteur de l'infraction de base et comme blanchisseur. Un autre exemple concerne la participation à une organisation criminelle et les différences entre les notions de *conspiracy*, d'association de malfaiteurs et de participation à une organisation criminelle. Le cas a

été jugé si fâcheux qu'il a donné lieu à une disposition spécifique dans la convention de 1996 sur l'extradition <sup>6</sup>, qui donne aux Etats membres le choix entre l'abandon de l'exigence de double incrimination et l'adoption d'une définition commune de la participation à une organisation criminelle et à une action commune visant à l'harmonisation en la matière <sup>7</sup>.

Ces cas existent, mais en nombre limité. La plupart du temps au contraire, les différences dans les incriminations traduisent des divergences quant au système de valeurs. C'est déjà le cas en ce qui concerne le champ d'application du blanchiment (le traitement du produit de quelles infractions choisit-on d'incriminer ?) ou de la corruption (quels comportements de quels acteurs choisit-on d'incriminer ?).

C'est encore davantage le cas lorsque l'on entre dans le domaine des infractions touchant à l'éthique ou à la morale. Les cas les plus souvent cités sont ceux de l'euthanasie et de l'avortement. Ils ne sont ni théoriques, ni isolés. Ils ne sont pas théoriques et l'exemple récent d'un centre de planning familial néerlandais affrétant un bateau battant pavillon néerlandais pour aller chercher des jeunes femmes en Irlande et leur permettre d'avorter dans des conditions convenables dans les eaux internationales le montre. On peut également citer les récents cas de poursuites en Belgique pour homicide à l'égard de médecins ayant pratiqué l'euthanasie. Pense-t-on sérieusement que l'Etat membre qui n'incriminerait pas un de ces actes, au nom de son système de valeurs, accepterait de coopérer de quelque manière que ce soit avec un autre Etat, même membre de l'Union européenne, et indépendamment de la confiance réciproque existant quant à la qualité de la procédure pénale de ce dernier, pour que la personne qui a accompli un acte, licite selon son droit, soit sanctionnée dans l'autre Etat pour ce motif ?

Ces cas ne sont pas non plus isolés. Il y a bien sûr tout le domaine des comportements touchant à la sexualité, où la frontière entre le licite et l'illicite est mouvante, en fonction des critères des actes ou de l'âge (on peut penser en particulier à la question de la sexualité des personnes mineures consentantes). Mais les négociations récentes sur le plan de l'Union européenne nous en fournissent un nouvel exemple, dans un domaine moins prévisible. Un accord politique a été finalement obtenu, après de longs mois de négociation, au Conseil des 28 et 29 mai 2001, sur une proposition de directive relative à l'aide à l'entrée et au séjour de personnes en situation irrégulière <sup>8</sup>. Un des points qui avaient retardé l'adoption de cet instrument était l'absence d'accord entre les Etats membres sur l'existence d'une « clause humanitaire » dans le texte, laquelle instaure une cause de non-punissabilité

<sup>6</sup> Acte du Conseil du 27 septembre 1996 établissant la convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne, *JOCE*, n° C 313, 23 octobre 1996, p. 11.

<sup>7</sup> Action commune du 21 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K 3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'incrimination de participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne, *JOCE*, n° L 351, 29 décembre 1998, p. 1. Pour une appréciation de la réussite de l'entreprise, voy. FLORE, D., « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *JTDE*, 1999, p. 122-123.

<sup>8</sup> Projet de directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers (8115/01 DROIPEN 37 MIGR 25 COMIX 292).

dans le cas où l'aide est apportée dans un but humanitaire. La clause a finalement été retenue dans le texte, sans pour autant avoir un caractère obligatoire, dans la mesure où certains Etats ne pouvaient l'admettre pour eux-mêmes. Ceci signifie que cet instrument d'harmonisation des droits de l'Union européenne crée ou plutôt institutionnalise une disparité nouvelle entre les droits des Etats membres, dans une matière dont tout le monde reconnaît le caractère sensible. Si une personne apporte son aide dans un but humanitaire dans un Etat comme la Belgique – dont le droit a établi une telle clause humanitaire –, cette personne ne sera tout simplement pas punissable, en vertu de la loi belge en vigueur. Par contre, elle sera punissable d'une peine de dix ans d'emprisonnement dans un Etat comme le Royaume-Uni qui ne reconnaît pas cette même clause. Pourrait-on imaginer qu'un Etat membre accepterait un système qui l'obligerait à extraditer une personne dans une telle hypothèse, vers un autre Etat membre, pour qu'elle y soit poursuivie ou qu'elle y subisse une peine qu'elle n'aurait pas encourue dans son Etat ? Cet Etat pourrait-il à l'inverse accepter de mettre cette peine à exécution sur son territoire à l'égard de cette personne ?

Il ne s'agit pas ici de porter un jugement sur les systèmes de valeurs existants, mais simplement de reconnaître que ces divergences existent et qu'elles ne peuvent probablement pas être balayées d'un revers de la main, dans un espace commun régi par les règles de l'Etat de droit.

## 2. *Les difficultés de la procédure de validation*

Le deuxième argument en faveur de la suppression de l'exigence de double incrimination est l'argument technique de la lourdeur qui résulterait nécessairement de la prise en compte de la double incrimination par l'Etat d'exécution. La Commission illustre très bien cet argument dans sa communication sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale. Elle y dit que « non seulement cela entraînerait une étape supplémentaire à franchir pour chaque procédure de validation, mais (que) cela prolongerait considérablement les procédures dans certains cas » et de mentionner la nécessité de vérifier les faits qui ont été à la base de la décision <sup>9</sup>.

La question posée par cet argument est double. D'un côté, ne surévalue-t-il pas la difficulté qu'il y a à établir la présence ou l'absence de double incrimination ? D'un autre côté, la critique est-elle spécifique à la vérification de cette condition et n'est-elle pas pertinente dès qu'il y a des conditions à contrôler ?

Pour répondre à la première question, il faut rappeler que l'exigence de la double incrimination peut s'apprécier de plusieurs manières. La doctrine parle d'appréciation *in abstracto* ou *in concreto*. La pratique y a ajouté une troisième forme médiane d'appréciation *in abstracto* élargie.

L'appréciation *in abstracto* implique seulement de vérifier que les faits couverts par la qualification contenue dans la décision étrangère correspondent bien à une qualification prévue dans le droit de l'Etat requis (ou Etat d'exécution, en l'occurrence), quand bien même cette qualification ne serait pas la même que celle

<sup>9</sup> Communication de la Commission du 26 juillet 2000 sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, COM (2000) 495 final, p. 12.

retenue par l'Etat requérant (ou Etat d'émission, en l'occurrence). Cette forme est celle prévue par l'entraide judiciaire classique, par la convention européenne d'extradition de 1957<sup>10</sup>, celle de 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées<sup>11</sup> (article 3, 1, e) ou par la convention sur le blanchiment, le dépistage, la saisie et la confiscation des produits du crime de 1990<sup>12</sup> (article 18, 1, f). Cette forme de contrôle est assez légère.

L'appréciation *in concreto* par contre requiert non seulement que le fait constitue une infraction dans l'Etat d'exécution, mais également que l'auteur y serait punissable (article 4.1. de la convention sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970). Une telle formulation implique que soient examinés tous les éléments objectifs ou personnels à l'auteur qui pourraient avoir un effet sur la punissabilité de celui-ci.

Dans la pratique, on constate que lorsque le juge est appelé à apprécier l'existence de la double incrimination, il procède à une évaluation *in abstracto* en tenant compte, outre des éléments constitutifs de l'infraction, des éléments objectifs touchant à la punissabilité, en particulier les causes de justification du fait.

C'est essentiellement le contrôle *in concreto*, tel qu'il est prévu par la convention de 1970 qui encourt les reproches évoqués par la Commission dans sa communication, mais ce n'est certainement pas la forme la plus répandue du contrôle de la double incrimination existant à l'heure actuelle. A cet égard, il y a lieu de noter que même la convention entre les Etats membres des Communautés européennes sur l'exécution des condamnations pénales étrangères du 13 novembre 1991, qui s'inscrit pourtant dans la ligne de celle de 1970<sup>13</sup>, en était déjà revenue à une appréciation *in abstracto* (article 5 b).

Voilà pour ce qui est de la difficulté de l'appréciation de la double incrimination.

Pour ce qui est de la deuxième question, il est clair que toute procédure de validation en général sera d'autant plus complexe qu'il y aura d'éléments à vérifier, mais qu'en tout état de cause, il y aura toujours un certain contrôle à opérer. Le problème invoqué à propos de la double incrimination n'est donc en rien spécifique au contrôle de cette condition.

Ainsi, si l'on examine la proposition de décision cadre relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel des avoirs ou des preuves, le contrôle paraît de prime abord très limité: vérifier l'existence et le caractère complet du certificat accompagnant la décision (article 6). Néanmoins, cette vérification impliquera nécessairement d'examiner si la décision correspond bien à la définition de l'article 1<sup>er</sup>, en particulier si elle émane d'une autorité appropriée, et ensuite si les faits entrent bien dans le champ d'application de l'article 2. Les faits qui sont à la base de la décision judiciaire à reconnaître tombent-ils sous les catégories des infractions génériques qui sont visées par cette disposition ou non ?

<sup>10</sup> Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.

<sup>11</sup> Convention du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées.

<sup>12</sup> Convention du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime.

<sup>13</sup> Voy. le quatrième considérant de la convention.

Quant à l'avant-proposition de décision cadre par le Royaume-Uni, relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux pénalités financières – dans la version qui a été soumise à l'occasion du séminaire des 29 et 30 mars 2001, sur la reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles et sentencielles en matière pénale – elle organise une procédure de validation plus complexe, dans la mesure où elle prévoit le contrôle de l'application du principe *non bis in idem*, mais également une application limitée de la règle de la double incrimination, dans le cas où les faits ont été commis sur le territoire de l'Etat d'exécution ou d'un Etat tiers par rapport à l'Etat d'émission de la décision. Ceci signifie un retour limité du principe de la double incrimination, mais ce qui est plus important ici, en ce qui concerne l'évaluation de la lourdeur relative de la procédure de validation, c'est le fait que cette condition impliquera dans chaque cas une vérification précise du lieu de réalisation de l'infraction pour déterminer si l'exception doit s'appliquer ou non.

Un bref examen de ces deux arguments conduit à conclure que ce n'est pas sur de telles bases qu'il faut décider de maintenir ou non la règle de la double incrimination.

### ***B. Les solutions : contourner l'obstacle ou moduler la règle de la double incrimination ?***

Une fois la question posée et les arguments rejetés, reste à déterminer quelles pistes peuvent être explorées, si on ne veut ni maintenir ni abolir totalement la règle de la double incrimination.

Une première option est simple et vise à éluder le problème. C'est celle qui a été choisie dans le cas des deux initiatives dont il est question ici. Elle consiste à prévoir un champ d'application matériel de l'instrument qui soit précisément limité par le biais d'une liste d'infractions et à ne pas poser par ailleurs la condition de la double incrimination. L'avantage de la liste est qu'elle permet d'éviter les domaines qui seraient trop sensibles ou pour lesquels il est clair que des disparités importantes existent entre les Etats membres en termes d'incrimination. En évacuant de la sorte ce que l'absence de double incrimination pourrait avoir de politiquement difficile à assumer, les Etats membres préviennent les difficultés et permettent un fonctionnement plus rapide du mécanisme ainsi sécurisé.

Les négociations en cours montreront si cette piste est tenable et suffisante. On se bornera à faire deux réflexions générales à son égard. Tout d'abord il faut être au clair sur le statut de la liste et de ses mentions. Se met-on d'accord sur des faits génériques (ce qui est préférable en termes de contrôle judiciaire) ou sur des infractions pour lesquelles existe un standard international (ce qui est préférable en termes de légalité des procédures) ? Si l'incrimination de l'Etat d'exécution correspondant au fait visé dans la liste est plus étroite que celle prévue dans l'Etat d'émission, l'Etat d'exécution pourrait-il invoquer cette circonstance pour refuser l'exécution en contestant que l'incrimination du droit de l'Etat d'émission n'est pas conforme au fait couvert dans la liste et constitue une interprétation trop extensive ?

Par ailleurs, et cette deuxième question le montre bien, même si le problème de la double incrimination est désamorcé par l'existence de la liste, il n'en subsiste pas moins de façon résiduaire.

Une autre approche, pragmatique, pourrait être, comme y invite d'ailleurs le programme de mesures, d'examiner, pour chaque type de décision judiciaire prise individuellement, si et dans quelle mesure la règle de la double incrimination doit lui être appliquée.

Les conventions existantes établissent déjà une telle gradation. L'entraide judiciaire prévue par les conventions du Conseil de l'Europe de 1959<sup>14</sup> ou de 1990 ne prévoit pas la double incrimination de façon générale, mais seulement pour les mesures de caractère coercitif, et encore de façon facultative. L'extradition, le transfèrement des personnes condamnées, l'exécution des confiscations requièrent une double incrimination *in abstracto*... La double incrimination *in concreto* n'est requise que par la convention sur la valeur internationale des jugements répressifs de 1970. Voilà des nuances qui sont le fruit du bon sens de plusieurs générations de juristes et de politiques. Il est certainement possible de les affiner davantage. Elles pourraient en tout cas servir de base pour une tentative de solution qui soit plus praticable et de nature à avoir plus d'effectivité que l'approche radicale qui consiste à nier purement et simplement l'existence d'un problème dans ce domaine.

Si l'on veut tracer au plus juste une ligne de démarcation entre les domaines où l'abandon de la double incrimination paraît ne pas heurter des principes fondamentaux et ceux où il exigerait au contraire une décision politique fondamentale, on pourrait prendre comme référence le caractère provisoire ou définitif de la décision considérée ou plutôt des effets de cette décision. Tant qu'on reste au stade du provisoire – que tout peut être remis en état en quelque sorte –, l'abandon de la double incrimination n'entraîne pas de préjudice réel pour le système de valeurs de l'Etat d'exécution. Par contre, lorsque l'effet de la décision est définitif – c'est-à-dire qu'il n'est plus possible de revenir en arrière –, une telle exécution en l'absence de double incrimination est de nature à porter un préjudice sérieux à la cohérence de ce système de valeurs. Ainsi, la plupart des mesures provisoires entreraient dans la première catégorie, à l'exception de celles qui entraînent le transfert des choses saisies ou la remise de la personne arrêtée. Ces deux dernières formes de mesures provisoires, comme toutes les décisions définitives, entreraient dans la deuxième catégorie.

### *C. L'influence des règles de compétence sur la nécessité de la double incrimination*

Un autre paramètre du programme de reconnaissance mutuelle nous offre une piste de réflexion alternative qui mérite d'être explorée. C'est celle des «normes minimales communes nécessaires pour faciliter l'application du principe de reconnaissance mutuelle, par exemple en matière de compétence des juridictions». L'idée est que l'adoption de normes minimales communes, notamment en matière de compétence des juridictions pourrait avoir un impact sur la nécessité du maintien de la règle de la double incrimination. L'idée de ce lien est très bien explicitée dans la communication de la Commission susmentionnée. La Commission constate que l'abandon de l'exigence de double incrimination peut conduire à un double résultat

<sup>14</sup> Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959.



paradoxal. D'un côté, on rencontrerait des situations où un Etat serait appelé à exécuter des sanctions pour des actes qui ne sont pas constitutifs d'infraction en vertu de sa législation. D'un autre côté, il y aurait des cas où un Etat devrait reconnaître une décision d'acquittement prononcée par un autre Etat dans lequel l'acte serait légal (dans l'hypothèse où cette légalité n'apparaîtrait qu'en cours de procédure dans cet Etat). La Commission y voit de «solides arguments en faveur de l'établissement d'un système de juridiction à l'échelle de l'Union»<sup>15</sup> et plaide pour un système de compétence exclusive au sein de l'Union européenne, qui aurait selon elle pour effet de rendre plus facilement acceptable la reconnaissance de la décision rendue dans un autre Etat membre, même en l'absence de double incrimination<sup>16</sup>.

Un raisonnement analogue peut être trouvé dans l'avant-projet de décision cadre relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux pénalités financières, dans son article 5.2. a) qui prévoit un motif de non-exécution lorsque le jugement est exclusivement lié à des faits commis sur le territoire de l'Etat d'exécution ou d'un Etat membre tiers et que ces faits ne constituent pas une infraction dans la loi de cet Etat. En d'autres mots, si les faits ont été commis sur le territoire de l'Etat de condamnation, celui-ci applique sa loi à des faits relevant de sa compétence territoriale, donc de sa souveraineté. Dans ce cas, le jugement devrait être accepté, indépendamment de la vérification que le fait soit punissable dans l'Etat d'exécution. Par contre, si le fait n'a pas été commis sur le territoire de l'Etat de condamnation et, en quelque sorte, ne relève pas de sa souveraineté, l'exécution serait subordonnée au fait qu'il soit punissable au lieu où il a été commis.

L'idée est séduisante évidemment. Si la personne est punissable là où elle commet le fait répréhensible, ce dont elle doit probablement être consciente, pourquoi échapperait-elle à la sanction en se présentant devant le juge d'un Etat autre que celui du lieu de l'infraction ?

Il faut cependant voir quelles sont les difficultés juridiques et de principe que soulève une telle solution.

Les difficultés juridiques tout d'abord. La première est de savoir ce qu'il faut entendre par la notion de «lieu de l'infraction»<sup>17</sup>. S'il s'agit d'une infraction toute simple, comme une infraction à la circulation routière, la réponse peut être claire. Par contre, les choses se compliqueront dès qu'il sera question d'infractions plus complexes. Quel est le lieu de la corruption, du blanchiment,... ? Plusieurs constructions jurisprudentielles élargissent la notion de lieu : en vertu de la théorie de l'ubiquité objective<sup>18</sup>, l'infraction est réputée se réaliser dans tous les lieux où s'en réalise un élément constitutif; en vertu de la théorie de l'ubiquité subjective ou des effets, l'infraction est également réputée se produire là où l'auteur avait l'intention

<sup>15</sup> Voy. sa communication, *op. cit.*, p. 12.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>17</sup> FLORE, D., «La poursuite des infractions internationales dans le domaine du droit financier et boursier», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1992, p. 134-141.

<sup>18</sup> Pour la Belgique, Cass. 23 janvier 1979, *Pas.*, I, 582.

que l'infraction sorte ses effets, même si ce résultat n'a pas été obtenu<sup>19</sup>. La chose est déjà compliquée avec des infractions instantanées, elle le sera d'autant plus lorsque l'on se trouvera en face d'infractions continues ou d'infractions collectives. En bref, l'idée que le lieu de l'infraction est une chose facile à déterminer est le plus souvent une idée erronée, comme est illusoire le fait de penser que l'infraction se réalise nécessairement dans un seul lieu. Dans ces conditions, toute construction reposant sur cette base paraît hasardeuse et l'idée que la solution pourrait être trouvée dans l'établissement de compétences exclusives impliquerait au préalable une révision complète des droits pénaux des Etats membres.

En outre, il n'est pas possible de raisonner aujourd'hui en faisant abstraction des critères de compétence extra-territoriale. Les compétences basées sur la nationalité de l'auteur (personnalité active), sur celle de la victime (personnalité passive), sur les intérêts de l'Etat (principe de protection) et même sur le principe d'universalité ne peuvent être écartées. Ce ne sera pas toujours l'Etat sur le territoire duquel les faits se sont déroulés qui sera le mieux placé pour juger des faits et d'autres Etats pourront avoir un intérêt légitime à agir sur cette base. Ces critères doivent être pris en considération dans le cadre de l'élaboration d'un système de reconnaissance mutuelle.

Par ailleurs, le recours au critère de territorialité pour résoudre le problème de la double incrimination manque son objectif. En effet, le problème de principe qui a été mentionné plus haut subsistera dans ce cas. Bien sûr, pour toute une série de normes – que je qualifierais de droit réglementaire – le critère de territorialité pourrait être reconnu comme pertinent et suffisant pour abandonner la règle de la double incrimination. On pense par exemple au non-respect de règles en matière d'urbanisme ou d'environnement, commises en un lieu déterminé. Mais il n'en ira pas de même pour les infractions touchant au système de valeurs, même si elles sont très précisément localisées sur le territoire d'un Etat déterminé.

Enfin, la réapparition de la règle de la territorialité pour régler un problème de double incrimination dans la perspective de la création d'un espace de justice européen ressemble un peu au retour du refoulé dans ce domaine, la notion de territoire national renvoyant immanquablement à celle de la souveraineté nationale. On s'éloigne de l'idée d'un espace commun où les jugements circulent librement par delà les frontières nationales.

Ainsi, quelle que soit l'approche que l'on adopte, la question du maintien ou de la suppression de la règle de la double incrimination reste incontournable dans ce qu'elle a de politique.

### 3. Ce que reconnaître veut dire

La question qui se pose à ce stade des réflexions est de savoir si le maintien ou la suppression de la double incrimination est bien le premier point à trancher dès lors que l'on veut s'inscrire dans le cadre de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales.

<sup>19</sup> *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Rapport, Conseil de l'Europe, Affaires juridiques, Strasbourg, 1990, p. 8.

Il est en effet un autre élément qui paraît indissociablement lié à la notion même de reconnaissance mutuelle, et qui est d'une importance bien plus considérable dans la perspective de la mise en place d'un espace de justice européen, c'est le principe de l'acceptation sans condition de la validité du travail de l'autorité judiciaire qui a émis la décision. A cet égard, la Commission indiquait dans sa communication que « sur la base de cette notion d'équivalence (entre la décision de l'Etat du prononcé et celles de l'Etat membre d'exécution) et de la confiance sur laquelle elle repose, les résultats obtenus par l'autre Etat peuvent prendre effet dans la sphère d'influence juridique de l'Etat concerné »<sup>20</sup>. Plus loin, elle ajoutait même qu'« on peut raisonnablement supposer que, dans la mesure du possible, l'objectif général de la reconnaissance mutuelle serait de donner à une décision (finale) un *effet plein et direct* dans toute l'Union »<sup>21</sup>.

Voilà bien le cœur du concept de la reconnaissance mutuelle: dès lors qu'une décision est prise par une autorité judiciaire qui est compétente en vertu du droit de l'Etat membre dont elle relève, en conformité avec le droit de cet Etat, cette décision doit avoir un effet plein et direct sur l'ensemble du territoire de l'Union. Ceci signifie que les autorités compétentes de l'Etat membre sur le territoire duquel la décision peut être exécutée doivent prêter leur concours à l'exécution de cette décision comme s'il s'agissait d'une décision prise par une autorité compétente de cet Etat.

C'est à l'égard d'une reconnaissance mutuelle ainsi conçue que la notion de confiance mutuelle prend tout son sens et qu'elle apparaît clairement comme un préalable obligé à la mise en œuvre de ce principe. Un tel mécanisme n'est en effet pensable et ne peut fonctionner qu'à partir du moment où les Etats membres ont confiance dans le fait que leurs systèmes juridiques et leurs procédures respectives permettent de garantir un niveau de qualité suffisant aux décisions prises par leurs autorités compétentes pour donner lieu à exécution sur leur territoire<sup>22</sup>.

Cette exigence d'un effet plein et direct a deux conséquences, en ce qui concerne la détermination des autorités intervenant dans la procédure. La première a trait à la qualité de l'autorité judiciaire qui rend la décision à exécuter (autorité émettrice), la seconde à la qualité de l'autorité compétente pour l'exécution (autorité d'exécution).

Pour ce qui est de l'autorité émettrice, le principe de reconnaissance mutuelle implique que l'Etat d'exécution accepte que la décision prise dans l'Etat d'émission a été prise par une autorité appropriée, même si une autorité de même nature n'existe pas comme telle dans l'Etat d'exécution ou n'aurait pu prendre une telle décision en vertu du droit de cet Etat. Ce sera par exemple le cas lorsqu'une décision concernant une mesure provisoire peut être prise par le procureur dans un Etat membre, alors

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 4.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, p. 8.

<sup>22</sup> Il est utile de noter – même si ce n'est pas l'objet de cette contribution – que l'idée d'une confiance mutuelle, qui est posée comme un postulat, ici comme dans les conclusions de Tampere et le programme de mesures, nécessiterait elle-même un examen particulier, afin d'en déterminer les conditions de possibilité et de vérifier qu'elles sont bien réunies dans la réalité. Ainsi, la référence aux droits et libertés fondamentales dans les traités et la nature du contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme sont-elles suffisantes pour asseoir une telle confiance ? Cette réflexion apparaîtra probablement d'autant plus urgente qu'approchera le moment de l'élargissement de l'Union.

qu'elle n'aurait pu être prise que par un juge dans un autre, ou qu'elle peut être prise par un juge d'instruction dans un Etat membre alors qu'elle n'aurait pu être prise que par une juridiction dans un autre. Ce sera également le cas lorsqu'une décision est prise dans le cadre de l'exécution de la peine notamment par une juridiction administrative dans un Etat membre alors qu'elle aurait dû être prise par un juge dans un autre Etat membre.

Quant à l'intervention des autorités de l'Etat d'exécution, le principe de reconnaissance mutuelle implique que cette intervention soit réduite à sa plus simple expression. Une autorité judiciaire compétente a pris une décision dans un Etat, conformément aux règles applicables dans cet Etat, cette décision ne doit plus faire l'objet ultérieurement d'un contrôle par une autre autorité juridictionnelle dans l'Etat d'exécution. L'intervention de l'autorité compétente de l'Etat d'exécution doit être limitée au fait de prêter son concours à l'exécution de cette décision. Ce qu'on appelle la procédure de « validation » doit se borner à la constatation de la présence des quelques conditions qui auront été jugées irréductibles (et parmi lesquelles pourrait figurer l'exigence de la double incrimination).

Sous réserve des nuances qui s'imposent en fonction de la nature de la décision considérée (décision pré-sentencielle ou sentencielle), on peut dire d'une manière générale que si l'on exige l'intervention d'un juge ou d'une juridiction, soit comme autorité émettrice, soit comme autorité d'exécution, on vide le mécanisme de son essence même ou qu'on le prive en tout cas de la majeure partie de son attrait en termes d'effectivité.

Subordonner la reconnaissance mutuelle au fait que la décision émanerait d'un juge ou d'un tribunal constituerait un appauvrissement en ce qui concerne les décisions pré-sentencielles, dans la mesure où de nombreuses mesures provisoires dans de nombreux Etats membres peuvent être décidées par des autorités qui n'ont pas de nature juridictionnelle. Cette condition constituerait dès lors un pas en arrière par rapport aux règles de l'entraide judiciaire classique, qui permettent à toute autorité judiciaire compétente en vertu de son droit et identifiée comme telle aux fins de l'application des conventions de demander l'entraide aux autorités compétentes de tout autre Etat.

De l'autre côté, une validation par un juge ou un tribunal de l'Etat d'exécution conduirait à alourdir la procédure, alors que, dans le cadre de la confiance et de la reconnaissance mutuelle, cette intervention ne serait justifiée par aucune raison satisfaisante et donnerait au mécanisme une nature qui ne lui convient pas. La décision émise par l'autorité compétente d'un Etat doit valoir par elle-même. Aucune procédure de « validation » ne devrait intervenir dans l'Etat d'exécution. L'intervention de l'autorité compétente de cet Etat devrait se limiter à la « mise à exécution » de la décision. Cette mise à exécution devrait être un exercice relevant de l'administration de la justice, qui pourrait être dévolu au ministère public ou à tout autre organe équivalent, mais en aucun cas un exercice juridictionnel.

En résumé, un mécanisme qui impliquerait la renonciation à la double incrimination mais imposerait que la décision émane d'un juge et qu'elle soit validée par un autre juge n'aurait de reconnaissance mutuelle que le nom.

#### 4. Oser aborder les questions de principe

Ce que je me suis efforcé de montrer dans cette brève contribution, c'est qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle et l'abandon de l'exigence de la double incrimination, mais que cette mise en œuvre repose par contre sur l'acceptation sans condition de la validité de la décision prise par l'autorité judiciaire compétente de l'Etat d'émission.

Maintenir ou abandonner l'exigence de la double incrimination est une question politique, qui peut certes être posée – et doit l'être –, mais qui doit être résolue indépendamment de l'entreprise de la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle. Par contre, la question de la nature des autorités émettrices et d'exécution est au cœur du mécanisme de reconnaissance mutuelle et en conditionne la possibilité même.

Cette contribution était destinée à faire partager ces deux convictions de départ et à inciter par là même à une réflexion globale et ouverte sur la portée réelle de l'exercice entamé par le Conseil. La négociation de la proposition relative au gel des avoirs, dont la présidence belge du Conseil de l'Union européenne, qui se déroule pendant le second semestre de l'année 2001, a choisi de faire un test de la faisabilité juridique du projet de la reconnaissance mutuelle et de la volonté politique d'aboutir dans ce domaine, enrichira le débat et rendra vite obsolètes, je l'espère, les considérations émises ici.