

LA SAISIE ET LA CONFISCATION A LA SUITE D'ATTEINTES PUNISSABLES AU DROIT AUX ETATS-UNIS¹

I. Forme juridique aux Etats-Unis

1. Introduction

Pendant longtemps, l'atteinte aux droits patrimoniaux à la suite d'infractions a joué un rôle minime dans le droit pénal. La sanction de l'auteur en tant que personne occupait une place centrale. Pour l'action publique, l'intérêt de ses avoirs était limité à la recherche de la preuve ou à l'ordre public (confiscation). L'atteinte au patrimoine constituait une aide, non une sanction indépendante. En ce qui concerne l'action civile, la victime pouvait, selon le système juridique, se constituer partie civile dans le cadre du procès pénal (modèle français) ou obtenir réparation de son dommage devant le juge civil. Les deux systèmes ont en commun le fait que la victime de l'infraction joue un rôle secondaire et que ses intérêts sont limités à l'indemnisation du dommage.

Les principes actuels qui dominant en matière de lutte contre la criminalité, telle celle contre le trafic de drogues, la criminalité organisée, la fraude et la corruption, permettent non seulement beaucoup de moyens, mais également de nouvelles sanctions. Un des moyens le plus frappant est l'arsenal croissant de possibilités procédurales (pénales) dans le domaine de la recherche centrée sur le butin, de la saisie et de la confiscation du patrimoine criminel². L'époque où la confiscation ne jouait un rôle important qu'en matière de législation douanière est révolue et il semble que, sous l'influence du modèle nord-américain, la confiscation³ de patrimoines criminels acquiert une place importante, non seulement en tant que moyen

(1) Cet article est la traduction d'un texte publié en néerlandais dans la revue *Delikt en Delinkwent*, 1997. La recherche a pu être menée grâce à un séjour d'études à l'American University de Washington, dans le cadre d'un subside du CNRS des Pays-Bas (NWO). Les traductions des citations relèvent de la responsabilité de l'auteur.

(2) A côté de cela, on a créé de nouvelles incriminations et on a, au niveau des éléments constitutifs, élargi les éléments matériels, restreint les éléments moraux et augmenté le *quantum* de la peine. Les organes de sauvegarde ont également reçu de nouvelles compétences de recherche (recherche proactive).

(3) J'utilise sciemment les termes généraux de saisie et de confiscation, parce que les dénominations varient de pays à pays. Une distinction classique est celle entre la saisie-confiscation de l'instrument avec lequel le délit a été commis (*instrumentum sceleris*), l'objet du délit (*objectum sceleris*) et les bénéfices du délit (*productum sceleris*). Cette répartition présente une valeur relative, les frontières n'étant pas toujours aussi nettes.

mais également en tant que sanction indépendante⁴. L'accent s'est déplacé de la confiscation d'objets afin de conserver des preuves vers les sanctions de confiscation afin d'obtenir la propriété des biens en tant que telle. Cette influence des Etats-Unis n'est pas directe mais se fait par le biais de toutes sortes de normes internationales et européennes, fondées également sur la politique orientée vers le butin, menée aux Etats-Unis. Je pense, à ce sujet, à la Convention des Nations Unies de Vienne⁵, à la Convention de Strasbourg⁶ et à la directive européenne en matière de blanchiment⁷. Ces sources internationales et européennes ne sont pas imposées par les Etats-Unis et laissent la liberté de choix aux Etats quant au contenu procédural à conférer aux sanctions de confiscation. Ce contenu ne consiste pas en une pure opération technique, car il est acquis en même temps que les compétences procédurales et le *ius puniendi* de l'Etat. Bref, les principes de base du droit (procédural) pénal sont mis à rude épreuve. Les sanctions de confiscation touchent non seulement les faits mis à charge mais également les faits analogues. A cela s'ajoute le fait qu'il est souvent question d'une charge de la preuve plus légère, sous la forme d'indices suffisants ou de plausibilité du fait, et d'un renversement de la charge de la preuve relative à l'origine légitime des biens ou des valeurs. Par l'approche orientée vers le butin, les droits des tiers relatifs à ces biens sont également placés sous un jour particulier. Pour terminer, la procédure de confiscation est détachée, dans beaucoup de pays, de la procédure pénale proprement dite et il est donc question d'un procès en deux phases, au sein ou non du procès pénal.

Etant donné l'origine des sanctions de confiscation, je me suis fixé comme objectif, dans cette contribution, d'analyser la forme juridique aux Etats-Unis pour ensuite le placer sous un jour critique, en partant de la *Bill of Rights* et de la jurisprudence de la *Supreme Court*. La question centrale est de savoir si et dans quelle mesure les Etats-Unis réussissent à instaurer les nouvelles armes dans la lutte contre la criminalité de la drogue et le crime organisé de telle sorte qu'elles répondent également aux conditions minima de la protection juridique.

(4) On peut en effet faire un parallèle avec l'extension d'autres formes de sanction, telles que les amendes administratives (*civil penalties*) qui sont infligées, aux Etats-Unis, par le juge civil ou, sur le continent européen mais également de plus en plus aux Etats-Unis, par l'administration elle-même.

(5) Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, Vienne, 1988.

(6) Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strasbourg, 1990.

(7) Directive 91/308 en vue de la prévention de l'utilisation du régime financier pour le blanchiment d'argent, *J.O.*, 1991, L 166.

2. La saisie et la confiscation aux Etats-Unis

A. La forme juridique

Comme on le sait, il n'existe pas de régime de droit (procédural) pénal aux Etats-Unis. Les 50 Etats ont chacun un régime particulier au sein duquel les comportements sont punissables dans le ressort de chaque Etat et sont recherchés, poursuivis et jugés par la police, le ministère public et les tribunaux pénaux propres. A côté de cela, le législateur fédéral, le Congrès, a élaboré, en exécution de ses compétences constitutionnelles, une législation pénale fédérale. Les systèmes pénaux des Etats et de la Fédération existent côte à côte. La problématique des sanctions de confiscation (*seizure/forfeiture*) a surtout pris son envol sous l'influence de la nouvelle législation fédérale en matière de drogue. C'est pourquoi nous nous limiterons, en cette matière, au niveau fédéral. Les dispositions fédérales en matière de confiscation ont en outre priorité sur le droit des Etats (*preemption-doctrine*). Par le biais des « *white-collar statutes* », réglementation élaborée à partir des concepts de blanchiment (*money laundering*) et de crime organisé (*racketeering*), cette approche a été progressivement étendue à la sauvegarde d'autres réglementations économiques (*substantive statutes*) relatives à la bourse, à l'environnement ou orientées vers la formation de trusts ou à la fraude. Actuellement, il y a déjà, rien qu'au niveau fédéral, 140 lois fédérales comportant des dispositions de confiscation. L'autorité a en fait pris la place de la victime et réclame, dans cette position, l'indemnisation du dommage social qui excède souvent les frais de l'autorité et les bénéfices faits par l'auteur. De cette manière, les sanctions de confiscation ne présentent plus un caractère de réparation, d'indemnisation (*remedial*) mais un caractère punitif. Les sanctions de confiscation sont donc comparables à des amendes (pénales). Au département de la Justice, le US Attorney General a fait des sanctions de confiscation une priorité première et a érigé un bureau spécialisé en la matière (*Executive Office of Asset Forfeiture*) qui récolte, chaque année, plusieurs centaines de millions de dollars de revenus de confiscation. Le DEA et le FBI sont également particulièrement actifs dans ce domaine. La confiscation non seulement des bénéfices de la drogue (*proceeds*) mais également du patrimoine et même d'entreprises doit conduire à une « mort civile » des organisations criminelles. Cela a conduit à des tensions entre les droits (patrimoniaux) du citoyen et le pouvoir de l'Etat ainsi qu'à un débat public sur les frontières de la sauvegarde du droit qui ont contraint la

Supreme Court, contrairement à la Cour des droits de l'homme⁸, à un large éventail de jurisprudence.

Je donnerai d'abord une brève esquisse de la forme juridique des sanctions de confiscation aux Etats-Unis⁹. On doit faire une distinction entre la forme à caractère civil et celle à caractère pénal (*civil and criminal forfeiture*)¹⁰, même si les deux procédures de confiscation trouvent leur origine dans la présomption d'une infraction. La confiscation pénale est une procédure *in personam* qui est liée à une présomption criminelle à l'encontre de personnes. Cela signifie qu'elle fait intégralement partie de la procédure pénale. Cette confiscation est dépendante de la condamnation (*post-conviction*) et est imposée par le juge pénal en tant que sanction formelle au condamné et seulement pour les faits condamnés. La confiscation de droit civil, par contre, est une procédure *in rem* relative au patrimoine et non au prévenu, fondée sur une fiction légale selon laquelle le patrimoine porte lui-même la faute¹¹. Contrairement à la confiscation pénale, cette procédure n'est pas soumise à la procédure pénale et une condamnation ne constitue pas une condition indispensable. Dans 80 % de ces confiscations de droit civil, on n'en arrive jamais à une inculpation officielle. Certains parlent alors carrément d'une «*guilty property fiction*». Même si l'autorité dispose d'indices insuffisants pour inculper quelqu'un ou pour le condamner, on peut malgré tout faire passer la confiscation de droit civil. Le slogan est alors le suivant : «La confiscation civile/administrative¹² représente un rêve pour le ministère public et un cauchemar pour la défense». Cette confiscation vise à rendre les personnes responsables de l'utilisation ou de l'autorisation à utiliser leur patrimoine en contradiction avec le droit pénal ou de l'acceptation d'un patrimoine d'origine criminelle. En dépit du fait que les sanctions de confiscation sont orientées vers la sauvegarde du droit pénal, elles sont également effectuées par le biais de procédures *in rem* de droit civil. La confiscation de droit civil peut être imposée tant par le juge civil que par un organe de sauvegarde (*enforce-*

(8) Voyez J.A.E. VERVAELE, Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais, *Rev. sc. crim.*, 1998, nr. 1.

(9) Je ne m'attacherai pas ici aux aspects de droit international de cette problématique. Comme on le sait, les Etats-Unis utilisent une approche de juridiction au bras long. Voyez les contributions dans R.D. ATKINS, *The alleged transnational criminal*, Dordrecht, 1995.

(10) La distinction «civil-criminal» dans le droit anglo-saxon est trompeuse car «civil» reprend également les sanctions administratives imposées par l'administration elle-même ou requises par l'administration avant le juge civil.

(11) La procédure *in rem* connaît trois formes: «*things guilty, things hostile, things indebted*». «*Things guilty*» indique le lien avec l'infraction initiale et est la seule procédure au cours de laquelle il est porté atteinte aux droits patrimoniaux à la suite d'infractions.

(12) Je traduis «*civil confiscation*» par civil/administratif, vu que la notion «*civil*» inclut dans la Common law tant les sanctions imposées par le juge civil que par l'autorité administrative.

ment agency)¹³. L'organe de sauvegarde a le choix entre la «summary forfeiture», lorsque les biens sont en eux-mêmes interdits (drogues, marchandises de contrebande), et la confiscation administrative. Dans ce dernier cas, l'agency peut saisir et confisquer le patrimoine, si la législation fédérale prévoit une telle compétence à la suite de faits punissables¹⁴ et si l'objet représente moins de 500.000 \$, tombe sous le coup de l'interdiction d'importation, consiste en un moyen de transport qui a servi au transport de drogues ou concerne de l'argent faisant l'objet d'une transaction financière¹⁵. Contrairement à la variante «summary», c'est une notification de la saisie à l'intéressé et aux tiers en général qui s'applique en cas de confiscation administrative. En l'absence de réaction, l'agency prend elle-même une décision de confiscation. Tant la «summary forfeiture» que la variante administrative sont donc extrajudiciaires. Si les conditions mentionnées ci-dessus ne sont pas satisfaites ou si des biens immeubles sont concernés, pour autant que l'intéressé fasse opposition, l'U.S. Attorney doit être requis, pour la «civil forfeiture», par le juge civil. Le juge décerne, également après une notification, un «order of forfeiture» qui est mis à exécution par le U.S. Marshals Service du Département de la Justice.

Aux Etats-Unis, il n'y a pas de disposition générale pour la confiscation, ni au niveau civil, ni au niveau pénal. Les lois fédérales déterminent les sanctions de confiscation qui peuvent être imposées. Entre 1790 et 1970, il n'y avait aucune loi fédérale qui prévoyait la confiscation pénale. C'était dû à l'aversion pour la confiscation du common law anglais (*forfeiture of estate*) qui faisait qu'à l'époque coloniale, tous les avoirs des criminels étaient automatiquement confisqués au bénéfice de la Couronne. La confiscation *in rem* de droit civil existe depuis 1790 dans le domaine des douanes et a été étendue, à la suite d'une jurisprudence permissive de la *Supreme Court*, à beaucoup de domaines de sauvegarde. En 1970, un pas en direction de la confiscation pénale a quand même été posé dans deux lois fédérales relatives au crime organisé et à la drogue: la loi relative au

(13) Aux Etats-Unis, il y a bon nombre de services indépendants de l'autorité chargés de la réglementation et de la sauvegarde dans un secteur de politique. Des exemples de *regulatory agencies* dotées d'une compétence de sauvegarde (*enforcement agencies*) sont: *Environmental Protection Agency (EPA)*, *Food and Drug Administration (FDA)*, *the Securities and Exchange Commission (SEC)* et *Financial Crime Enforcement Network (FinCEN)*. Leur compétence de sauvegarde ne se limite pas à initier l'enquête mais contient également un droit de requête pour le juge et, dans un certain nombre de cas, également une compétence indépendante de sanction (imposition d'amendes administratives et de sanctions de confiscation). Au sein de ces *agencies*, il y a des juges administratifs et des membres du ministère public qui travaillent.

(14) Les dispositions du droit douanier, 19 USC §§ 1602-1621, sont déclarées d'application en cette matière. La portée est toutefois plus large que celle de la contrebande douanière. Beaucoup de règlements, comme par exemple des parties de la législation en matière d'environnement, en relèvent.

(15) 31 USC § 5312(a)(3) (*Bank Secrecy Act*).

*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO)*¹⁶ et la loi relative à la *Continuing Criminal Enterprise (CCE)*¹⁷. On a repris ensuite des dispositions analogues en matière de confiscation dans d'autres lois fédérales, comme dans le *Money Laundering Control Act 1986 (MLCA)*¹⁸, et dans les dispositions fédérales du droit (procédural) pénal¹⁹. Actuellement, le concept de confiscation pénale est intégralement ancré dans le droit (procédural) pénal américain²⁰. On a également pris des mesures permettant de garder la main sur le patrimoine susceptible d'être confisqué, puisqu'il n'existe aucune possibilité, dans le droit pénal, de procéder à une saisie conservatoire avant la condamnation. Le tribunal peut faire «geler» un patrimoine et peut, par le biais de «*temporary restraining orders*» ou «*injunctions*», mettre tout en œuvre pour garantir le statu quo du patrimoine dans l'attente d'une action pénale ultérieure. Au sein des 140 lois présentant des dispositions de confiscation, j'analyserai les modèles les plus importants qui, par le biais de leur fonction d'exemple, ont conduit à un «*widening effect*». On ne sera pas étonné d'apprendre que tout a commencé lors de la «*war on drugs*». Ce qui a débuté par la confiscation de marchandises de contrebande a été progressivement étendu à: la contrebande dérivée (véhicules, entrepôts), les bénéfices (*proceeds*), les bénéfices dérivés (*derivate proceeds*) pour s'achever à la confiscation de valeurs (*value property forfeiture*) et à la confiscation de biens de remplacement (*substitute asset forfeiture*).

B. La drogue et le crime organisé: les domaines fonctionnels de sauvegarde

La législation fédérale américaine en matière de drogue connaît donc, depuis 1970, à côté de la confiscation civile, la confiscation pénale²¹. La variante issue du droit civil²² prévoit la confiscation: 1/ de drogues; d'objets et de produits qui sont utilisés ou dont l'intention était de les utiliser pour produire des drogues, les traiter, les fournir, les transporter, les importer et les exporter; des conteneurs et des moyens de transport, y compris des bateaux et des avions, qui sont utilisés pour le transport ou dont l'intention était de les utiliser ou qui devaient rendre possibles le

(16) *Organized Crime Control Act 1970*, 18 USC §§ 1961-1968.

(17) *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act 1970*, 21 USC §§ 848-853.

(18) 18 USC §§ 981-982, qui sont également d'application au «*Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act*» (FIRREA). Le FIRREA a vu le jour en réaction aux nombreux scandales dans le monde financier.

(19) 18 USC §§ 1956-1957 & 1960.

(20) D.J. FRIE, Rationalizing criminal forfeiture, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1988, 328-436.

(21) G.M. MAVEAL, The unemployed criminal alternative in the civil war of drug forfeitures, *American Criminal Law Review*, vol. 30:35, 35-96.

(22) 21 USC § 881.

transport, la vente, la détention, etc. ; 2/ de l'argent et des valeurs qui sont utilisés pour obtenir des drogues ou dont l'intention était de les utiliser dans ce but ou qui devaient rendre possible un tel trafic et de tous les produits du crime qui présentent des traces de cet échange²³ et 3/ de biens (même immeubles) qui sont utilisés ou dont l'intention était de les utiliser pour permettre la commission de délits de drogue. En dépit de cette description très large d'objets, les nouvelles sanctions pénales de confiscation vont encore plus loin. A côté de la confiscation des bénéfices (*proceeds*)²⁴ et des biens qui sont utilisés pour commettre des infractions de drogue (*facilitating property*)²⁵, la confiscation du patrimoine de l'association criminelle (*continuing criminal enterprise property*)²⁶ et des biens de remplacement (*substitute assets*)²⁷ sont également possibles. Cette dernière constitue une confiscation de valeurs et non une confiscation d'objets. Le bien n'est pas transféré à l'Etat mais l'Etat en devient le créancier. Ainsi, la confiscation n'est pas seulement limitée aux bénéfices mais s'étend à tout ce qui permet l'activité criminelle ou celui qui y est impliqué. De cette manière, l'entreprise elle-même devient l'objet de la confiscation (*enterprise forfeiture*).

Cette confiscation pénale étendue est reprise dans la législation en matière de criminalité économique et financière et de crime organisé en particulier. Le *Organized Crime Control Act* 1970 est contenu sous le Titre IX RICO²⁸. RICO²⁹ a pour objectif, par le biais de la lutte contre les réseaux criminels, de combattre l'infiltration du crime organisé dans

(23) Ce concept est interprété de manière si large par les tribunaux qu'il débouche sur une confiscation de valeurs.

(24) 21 USC § 853 (a) (1): «*any property constituting, or derived from, any proceeds the person obtained, directly or indirectly, as the result of such violation*».

(25) 21 USC § 853 (a) (2): «*any of the person's property used, or intended to be used, in any manner or part, to commit, or to facilitate the commission of, such violation*».

(26) 21 USC § 853 (a) (3) exige une condamnation sur la base de 21 USC 848, étant l'association criminelle: «*(...) the person shall forfeit, in addition to any property described in paragraph (1) or (2), any of his interest in, claims against, and property or contractual rights affording a source of control over, the continuing criminal enterprise*».

(27) 21 USC § 853 (p): «*Missing property or property diminished in value. If any of the property described in subsection (a), as a result of any act or omission of the defendant (1) cannot be located upon the exercise of due diligence; (2) has been transferred or sold to, or deposited with, a third party; (3) has been placed beyond the jurisdiction of the court; (4) has been substantially diminished in value; or (5) has been commingled with other property which cannot be divided without difficulty; the court shall order the forfeiture of any other property of the defendant up to the value of any property described in paragraphs (1) through (5).*»

(28) 18 USC §§ 1961-1968.

(29) N. JÖRG, De afbouw van het accusatoire karakter van het Amerikaanse strafrecht onder invloed van de RICO-wet van 1970, *Delikt en Delinkwent*, 1984, 852-866.

l'activité légale de l'entreprise. Les éléments constitutifs de RICO³⁰ disent clairement: 1/ que l'accusé 2/ en posant deux ou plusieurs actes³¹ 3/ qui constituent un modèle 4/ de «*racketeering activity*» 5/ investit directement ou indirectement dans, ou garde un intérêt dans, ou participe à 6/ une entreprise 7/ dont les activités ont une influence sur le trafic interétatique ou international. Le concept «*racketeering*» désigne en fait le banditisme financier, comme l'escroquerie, l'extorsion, la fraude, la prostitution, le trafic de drogue, etc. Il est défini de manière si large que presque toutes les formes d'acquisition illégale de biens en relèvent. RICO ne contient pas de nouveaux comportements punissables mais lie les conséquences pénales et civiles à la commission (modèle) d'au moins deux infractions, sous lesquelles tombent beaucoup des infractions de base («*predicate offenses*»), y compris les affaires de mœurs et le trafic de déchets par exemple. Très vite, la jurisprudence, y compris celle de la *Supreme Court*³², a abandonné la condition selon laquelle il doit s'agir d'infiltration dans l'économie légale, ce qui a fortement étendu la portée de RICO. En outre, la conjuration (*conspiracy*) en vue de la commission de RICO tombe également sous les dispositions pénales. Le *Department of Justice* avoue aisément que les possibilités de RICO sont très larges³³. Les infractions de RICO peuvent être abordées par le biais du droit civil (ordonnance judiciaire de licenciement ou de vente de l'action de l'entreprise) et/ou par le biais du droit pénal (20 ans de prison, amendes et confiscation des biens obtenus par ou utilisés en relation avec les «*racketeering activities*»). RICO contient sans nul doute les instruments les plus puissants dans la lutte contre le crime organisé. RICO ne connaît pas de confiscation civile mais une confiscation³⁴ qui est une copie de la confiscation en matière de drogue. RICO contient à côté de la sanction de confiscation des bénéfices, y compris dérivés et de remplacement³⁵, également la confiscation d'intérêts de et liés à l'entreprise du prévenu³⁶. De cette manière, le lien entre les infractions et

(30) 21 USC § 1962.

(31) Voyez 21 USC § 1961 pour les «*predicate offenses*».

(32) Voyez affaires US c. TURKETTE, 452 US 576 (1981) et RUSSELLO c. US, 464 US 16 (1983).

(33) Department of Justice Manual, feuillets mobiles, 9-110.200 (9-2131).

(34) 18 USC § 1963.

(35) 18 USC 1963 (m): «*If any of the property described in subsection (a), as a result of any act or omission of the defendant (1) cannot be located upon the exercise of due diligence; (2) has been transferred or sold to, or deposited with, a third party; (3) has been placed beyond the jurisdiction of the court; (4) has been substantially diminished in value; or (5) has been commingled with other property which cannot be divided without difficulty the court shall order the forfeiture of any other property of the defendant up to the value of any property described in pars. (1) through (5)*». Cela est parallèle à 21 USC § 853 dans le domaine de la drogue.

(36) 18 USC § 1963 (a): «*whoever violates any provision of § 1962 (...) shall forfeit (...) (1) any interest the person has acquired or maintained in violation of § 1962; (2) any (A) interest in; (B) security of; (C) claim against; or (D) property or contractual right of any*

les bénéfiques est effacé mais la réglementation se rapproche également de la confiscation générale de biens (mort civile), d'autant plus que la confiscation n'est pas limitée à cette partie de l'entreprise qui est contaminée par la «*racketeering activity*»³⁷.

Dans le domaine financier, le 18 USC § 981 prévoit la confiscation civile en cas d'infraction à l'obligation de rapport lors des transactions (CTR). Des concepts tels que «toute propriété, meuble ou immeuble, impliqué» ou «toute propriété, soumise à la juridiction des Etats-Unis, constituant, découlant ou présentant des traces des produits du crime, de manière directe ou indirecte» font l'objet d'une interprétation large et concernent par exemple également les comptes en banque, étant donné que ceux-ci sont utilisés pour commettre des infractions de blanchiment. La confiscation pénale dans le domaine du CTR et du blanchiment (*money laundering*) est récente³⁸. Depuis 1986, elle était possible pour les infractions aux «*money laundering statutes*» 18 USC § 1956 (blanchiment) ou § 1957 (transactions financières illégales), mais elle était limitée à «toute propriété, meuble ou immeuble, représentant d'importantes recettes obtenues par la personne, d'une manière directe ou indirecte, comme résultat du crime, ou qui présente des traces de ce crime». «D'importantes recettes» désignaient seulement les commissions du blanchisseur et non l'argent lui-même. En 1988, le 18 USC § 982 (a) a été adapté. Les infractions aux obligations CTR³⁹ y sont également incluses et le champ d'application de la confiscation a été étendu à «toute propriété, meuble ou immeuble, impliqué ou présentant des traces d'une propriété semblable». En même temps, on a introduit le concept des produits de substitution du crime (*substitute assets*) dans le 18 USC § 982 (b). Un problème subsistait quand même, car le blanchisseur ne dispose pas, en tant que prestataire de service, du patrimoine. C'est la raison pour laquelle une adaptation a encore été effectuée en 1990, grâce à laquelle le patrimoine propre du blanchisseur peut être confisqué, à la condition qu'il effectue trois opérations ou plus dans un intervalle de 12 mois et pour une valeur de 100.000 \$⁴⁰ au moins. En 1992, les entreprises, spécialisées dans la circulation illégale d'argent⁴¹, ont encore été ajoutées à la liste des confiscations.

kind affording a source of influence over any enterprise which the person has established, operated, controlled, obtained, directly or indirectly, from racketeering activity or unlawful debt collection in violation of § 1962». Cela est parallèle à 21 USC § 853 (a)(3) dans le domaine de la drogue.

(37) A proposal to reform criminal forfeiture under RICO and CCE, 97, Harv. L. Rev. 1929 (1984).

(38) R. BANOUN & R.G. WHITE, U.S. Money laundering and forfeiture laws and their impact on innocent third parties, in R.D. ATKINS, *op. cit.*, 219.

(39) 31 USC §§ 5313, 5316 et 5324.

(40) 21 USC § 982 b (2).

(41) 18 USC § 1960.

Pour terminer, on a élaboré une législation spécifique en matière de confiscation dans le domaine de la criminalité financière bancaire. Par l'introduction de FIRREA, le *Financial Institution Reform, Recovery, and Enforcement Act* (1989), on a prévu, à côté de la possibilité d'une confiscation civile⁴² lors d'infractions dans le monde financier, une confiscation pénale⁴³ qui est en soi limitée aux bénéfices et à la confiscation de valeurs. Mais beaucoup d'infractions FIRREA peuvent être liées aux infractions RICO et aux réglementations de blanchiment, ce qui fait que la large confiscation d'entreprise peut également être utilisée ici.

3. Confiscation civile versus confiscation pénale : un bilan

L'imposition d'une sanction de confiscation n'est pas abandonnée à la liberté judiciaire mais reçoit plutôt une définition obligatoire (*mandatory*). Quelle procédure de confiscation peut être suivie et qui impose la sanction? La législation fédérale spécifique détermine si les sanctions civiles et/ou pénales de confiscation sont possibles et, dans le cas des sanctions civiles, si celles-ci peuvent être imposées par le juge ou par l'administration elle-même (*enforcement agency*). Si la loi prévoit diverses procédures de confiscation, ce qui est en général le cas, l'*agency* détermine, en l'absence d'une compétence propre, si une voie civile ou pénale ou les deux sont suivies⁴⁴. A l'exception de la *summary* et de la confiscation administrative, une intervention du ministère public – sous l'autorité du ministère de la Justice – est toujours nécessaire; ce dernier a souvent un bureau dans les *agencies*. La sanction de confiscation est ensuite imposée par le juge civil ou le juge pénal (confiscation judiciaire). La procédure civile peut encore être engagée après le déroulement de la procédure pénale, même si celle-ci n'a pas conduit à la condamnation. Bien que la confiscation pénale ait fortement augmenté, la confiscation civile demeure la voie courante pour confisquer les biens qui sont obtenus par ou utilisés dans les infractions à la loi. Sous la pression de la lutte contre les drogues et la criminalité organisée, les autorités ont interprété très largement le «patrimoine coupable» et ont procédé à des confiscations étendues, indépendamment de la procédure pénale.

Il est également apparu qu'en liant les dispositions pénales étendues de confiscation aux dispositions pénales qui sont définies en tant que norme vierge, on a réussi à créer, également par le biais de la procédure pénale, un paradis pour les organes de poursuite. En fait, la portée de la confiscation pénale est plus large que celle de la confiscation civile. Elle permet égale-

(42) 18 USC § 981 (a) (1) (C), (D) et (E).

(43) 18 USC § 982 (a) (2), (3) et (4).

(44) Dans ce cas, des directives déterminent que, lors de la deuxième confiscation, la première doit être portée en compte.

ment la confiscation de biens de remplacement et la confiscation de valeurs. La position des tiers en droit pénal est également plus faible, à moins qu'ils ne soient de bonne foi. Notamment dans le domaine de la drogue, la forme pénale va plus loin en confisquant également les intérêts commerciaux d'appui. La forme pénale présente toutefois le désavantage que la preuve pénale doit être hors de tout doute raisonnable (*beyond reasonable doubt*)⁴⁵ et que l'Etat n'entre pas en possession du patrimoine avant la condamnation. La forme civile a une portée plus limitée mais connaît la forme de preuve plus légère⁴⁶ de la probabilité raisonnable (*probable cause*)⁴⁷ et l'autorité reçoit le patrimoine avant la condamnation. Dans la procédure civile, celui dont le patrimoine risque d'être confisqué doit ensuite fournir la preuve contraire sur la base de la prépondérance des preuves. Il peut s'appuyer ici sur le fait que l'infraction n'a pas eu lieu, sur la preuve d'une origine légale, sur la disproportionnalité ou sur l'exception du propriétaire innocent (*innocent owner defense*). Ce renversement de la charge de la preuve est considéré par la *Supreme Court* comme conforme au droit constitutionnel⁴⁸. La confiscation civile est parfois la seule voie possible, si par exemple le patrimoine appartient en partie au prévenu et à un non-prévenu, si le prévenu est fugitif ou si, avant la sanction de quelqu'un, il a donné l'autorisation d'utiliser son patrimoine pour des finalités criminelles, sans que sa complicité dans des infractions ne doive être prouvée.

La charge de la preuve dans la procédure civile de confiscation place de toute façon l'intéressé dans une position faible mais la différence au niveau de la charge de la preuve présente également d'autres conséquences désagréables pour le justiciable. Le Gouvernement peut en effet s'appuyer sur

(45) Ce point doit également être relativisé car la jurisprudence se montre partagée en ce qui concerne la charge de la preuve. Certains tribunaux partent, en effet, de l'idée que la confiscation ne fait pas partie de l'incrimination elle-même, pour laquelle un «*beyond reasonable doubt*» est exigé, mais constitue une partie de la sanction, pour laquelle une preuve sur la base de la «*preponderance of evidence*» suffit. Voyez le commentaire du 21 USC § 853 in Lexis/Nexis.

(46) Il est d'ailleurs frappant que le *Drug Trafficking Offences Act* 1986 anglais, qui ne connaît que la confiscation pénale, prévoit, dans la section 1(7A), quand même un «*standard of proof*» civil pour déterminer si une personne a tiré profit d'un trafic de drogue.

(47) La «*probable cause*» est définie comme «*a reasonable belief, supported by facts and circumstances*» (charges sérieuses). L'autorité peut prouver la «*probable cause*» non seulement par une preuve directe mais également par une *circumstantial evidence*, une *hearsay evidence* (informations émanant d'informateurs, par exemple) et par des rapports d'arrestation. Contrairement à la confiscation, c'est le régime de preuve plus lourd de la «*preponderance of evidence*» qui s'applique aux amendes civiles.

(48) UNITED STATES V. ONE ASSORTMENT OF 89 FIREARMS, 465 US 354, 362 (1984). Voyez également: UNITED STATES V. SANTORO, 866 F. 2d 1538 (4th Cir. 1989) et UNITED STATES V. \$ 250,000 IN U.S. CURRENCY, 808 F. 2d 895 (1st Cir. 1987).

la doctrine du «*collateral estoppel*». Si le prévenu est condamné au plan pénal pour les faits, le Gouvernement peut appliquer la preuve dans la procédure civile de confiscation. Si le prévenu est acquitté, il ne peut pas interjeter appel dans une procédure civile, parce que le niveau de preuve est plus sévère devant le juge pénal que devant le juge civil.

II. Analyse constitutionnelle et principes généraux de droit (procédural) pénal aux Etats-Unis

1. Introduction. Protection juridique et protection constitutionnelle⁴⁹

La rhétorique de la guerre a clairement eu pour conséquence aux Etats-Unis de déséquilibrer la balance entre la lutte contre la criminalité et les garanties du procès équitable, et ce au détriment de la protection juridique. Le pouvoir judiciaire, y compris la *Supreme Court*⁵⁰, a suivi pendant longtemps cette évolution. On s'est laissé entraîner par les vagues et on a laissé faire⁵¹. En raison de la critique croissante, suite à un certain nombre d'abus flagrants de confiscation, un renversement s'est opéré, à partir des années quatre-vingts, dans la jurisprudence de la *Supreme Court* qui, contrairement à la jurisprudence dominante des *District Courts* et des *Courts of Appeal*, tente de soumettre le zèle en matière de poursuites à un certain nombre de conditions minima.

Il est intéressant de voir comment la pratique de la confiscation de la *Supreme Court* a contraint à prendre position à l'égard d'un certain nombre de questions épineuses mais essentielles en matière de *ius puniendi* de l'Etat et de protection juridique correspondante. L'évolution de la législation a miné l'idée de base de la confiscation elle-même et lui a de plus en plus donné un caractère punitif en lieu et place d'un caractère réparateur. La *Bill of Rights* (les huit premiers amendements de la Constitution) instaure pour l'autorité des restrictions quant à l'investigation des activités criminelles suspectes et quant à la poursuite des suspects et des accusés de crime. Comme il ressort de la jurisprudence, la problématique de la confiscation traverse en fait toute la *Bill of Rights*. L'analyse transversale qui suit s'attache au quatrième amendement (l'exclusion de la preuve obtenue par une perquisition ou saisie illégale – *illegal search and seizure – exclusionary rule*), au cinquième (le droit de ne pas s'accuser soi-

(49) J.C. KLOTTER & J.R. KANOVITZ, *Constitutional law*, Cincinnati, 1994 et S.L. EMANUEL, *Constitutional law*, New York, 1995.

(50) La *Supreme Court* n'accepte que 1 % de demandes d'appel (*certiorari*).

(51) Par cette attitude, la protection constitutionnelle est mieux garantie dans un certain nombre d'Etats qu'au niveau fédéral. C'est en contradiction avec l'évolution historique du quatorzième amendement; on parle de «*new federalisation*».

même – *self-incrimination*; *ne bis in idem* – *double jeopardy*; procès équitable – *due process*), au sixième (procès équitable – *due process*) et au huitième (la clause des amendes excessives – *excessive fines clause*). Historiquement, ces amendements ont été rédigés en tant que restrictions destinées au Gouvernement fédéral mais, par le biais du quatorzième amendement de 1867⁵², on s'est demandé si la *Bill of Rights* pouvait également être d'application aux Etats. Dans l'optique actuelle de la *Supreme Court*⁵³, il est question d'une incorporation sélective de la *Bill of Rights* dans le 14^e amendement⁵⁴.

Lors d'une analyse de la jurisprudence de la *Supreme Court*, on doit relever que beaucoup de questions relatives au caractère juridique de la confiscation interviennent au sein d'un amendement déterminé. Ce n'est pas parce qu'une sanction présente un caractère punitif à la lueur du 8^e amendement (*excessive fines clause*) qu'automatiquement elle est considérée comme sanction punitive pour l'application de la règle *ne bis in idem* du 5^e amendement. En deuxième lieu, la majeure partie de la jurisprudence concerne surtout la protection juridique en matière de confiscation civile, étant donné que c'est en cette matière qu'il y a les plus grands écueils. Mais progressivement, les premières affaires de confiscation pénale issues de la réglementation controversée RICO apparaissent également.

Même si la confiscation civile existe depuis 1790, le caractère juridique n'a fait l'objet de discussions que dans l'affaire MILLER relative aux infractions commises lors de la guerre civile américaine. MILLER a argumenté devant la *Supreme Court* que les « *Confiscation Acts* », adoptés par le Congrès au cours de la guerre civile, avaient pour objectif de sanctionner la haute trahison, sans toutefois prévoir la protection juridique obligatoire reprise dans la *Bill of Rights*. La *Supreme Court* établit toutefois que le Congrès a adopté une législation dans le cadre de ses compétences spéciales de guerre en vue de protéger la souveraineté nationale et non dans le cadre de son rôle normal de législateur⁵⁵. Justice FIELD a formulé, à ce propos, une importante opinion dissidente où il admet que l'objectif était bien la sanction de la haute trahison et que donc, en matière de confiscation civile, les conditions de protection juridique des poursuites criminelles

(52) Dans ce cadre, l'extrait suivant est important: « *No state shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law* ».

(53) Fondée sur MAPP v. OHIO 367 US 643 (1961).

(54) Les droits constitutionnels suivants sont dès lors contraignants pour les Etats: la preuve obtenue par une perquisition ou saisie illégale est exclue (4^e Am.); protection contre les peines cruelles et inhabituelles (8^e Am.); droit à la défense (6^e Am.); droit de ne pas s'accuser soi-même (5^e Am.); droit à la confrontation (6^e Am.); droit à un procès dans un délai raisonnable (6^e Am.); droit à l'audition de témoins (6^e Am.); droit à un procès avec jury (6^e Am.) et protection contre *ne bis in idem* (5^e Am.).

(55) 78 U.S. (11 Wall.) 268 (1870).

devaient être d'application : « la confiscation des biens a un caractère punitif ; elle ne punit pas la chose en tant que telle, mais est imposée à cause de la délinquance du propriétaire »⁵⁶. La discussion relative aux conditions de protection juridique constitutionnelle pour une sanction civile présentant un caractère punitif, semi pénal est ainsi ouverte, discussion qui a lieu parallèlement à la discussion relative à l'article 6 CEDH en Europe dans le domaine des sanctions civiles et administratives.

2. La jurisprudence de la Supreme Court en matière de confiscation

A. La confiscation en tant que peine sous les 4^e et 5^e amendements

A la fin du siècle dernier, la *Supreme Court* prononce un arrêt-jalon dans l'affaire *BOYD c. UNITED STATES*⁵⁷. *BOYD*, accusé d'importation illégale et de fraude de taxes douanières, doit, à la requête adressée par le ministère public au tribunal, donner communication de la comptabilité, des factures et des notes (*subpoena for the production of evidence*). Le fait de ne pas donner suite à cette requête est mis sur le même pied qu'un aveu, ce qui pourrait mener à l'imposition de sanctions pénales et d'une confiscation civile. La *Supreme Court* est d'avis que « la production contraignante de ses livres et des papiers privés afin d'être utilisé contre lui ou contre sa propriété est une procédure pénale ou criminelle, ou à une fin de confiscation, entre dans l'esprit du cinquième Amendement (...) est équivalent à une production contraignante des livres, le fait de qualifier la non-production comme une confession des allégations qui devraient être prouvées par la production même. En matière de confiscation, la décision est difficile parce qu'il s'agit d'une confiscation civile. La *Supreme Court* a toujours été prudente avant de briser les distinctions juridico-formelles, telles « *criminal versus civil* », qui sont inscrites par le Congrès dans la législation. La *Supreme Court* adopte toutefois une attitude très catégorique et de principe en la matière : « C'est le devoir des Cours d'être vigilantes quant aux droits constitutionnels des citoyens et quant à leurs infractions inaperçues. Leur devise devrait être *obsta principiis* ». La position de principe est dès lors la suivante : « Procédures instaurées ayant pour but d'obtenir la confiscation de la propriété de quelqu'un à cause des crimes commis par lui sont d'une nature criminelle, même si elles sont, du point de vue de la forme, de nature civile/administrative »⁵⁸. La *Supreme Court* étend de manière conséquente ce raisonnement aux 5^e et 4^e amendements : « Une procédure visant à confisquer la propriété de quelqu'un à cause d'un crime contre la loi, ayant même une forme civile/administrative, et indépendamment du fait qu'elle soit *in rem* ou *in personam*, est une

(56) *Ibidem*, 343.

(57) 116 U.S. 616 (1886).

(58) *Ibidem*, 634.

affaire criminelle, au sens de cette partie du cinquième Amendement, lequel prévoit qu'aucune personne ne sera forcée dans une affaire pénale à témoigner contre elle-même (...) Quand une chose interdite par le cinquième Amendement, *in casu* l'auto-inculpation, se réalise dans le cadre d'une perquisition et d'une saisie des livres, cela devient «une perquisition et une saisie illégitime» au sens du quatrième amendement»⁵⁹.

B. La confiscation et la preuve obtenue illégalement sous le 4^e amendement

Le jugement dans l'affaire *BOYD* ne signifie pas que la preuve obtenue illégalement par une «*search of seizure*» illégale soit automatiquement d'application à toutes les confiscations civiles. La décision en la matière n'a été prise qu'en 1965, dans l'affaire *ONE 1958 PLYMOUTH SEDAN c. PENNSYLVANIA*⁶⁰. La police, chargée de la sauvegarde de la législation en matière d'alcool, arrête un véhicule suspect en raison de surcharge et trouve, lors de la perquisition, 31 caisses d'alcool. Le chargement et la voiture sont saisis. L'absence de mandat de perquisition amène la *District Court* à conclure à la preuve obtenue illégalement et rejette donc la confiscation *in rem*⁶¹. La *Court of Appeal* décide toutefois que l'exclusion des preuves obtenues illégalement n'est d'application qu'aux sanctions pénales et non à la confiscation civile. Ce point est confirmé par la *Supreme Court of Pennsylvania*. Au cours du traitement devant la *Supreme Court* fédérale, les autorités de Pennsylvanie argumentent que le jugement dans l'affaire *BOYD* n'est pas d'application ici, étant donné qu'il ne s'agit pas, dans cette affaire, d'une ordonnance de sanction jusqu'à administration de la preuve mais de la légitimité de la preuve qui est déjà en possession des autorités. La *Supreme Court* décide toutefois que «les raisonnements dans l'affaire *BOYD* s'appliquent avec au moins autant, si pas plus, de force, dans ce cas-ci». Dans un deuxième raisonnement, les autorités renvoient à la jurisprudence où la *Supreme Court* a approuvé la confiscation dans des situations comparables. La *Supreme Court* dit toutefois que ces affaires ne concernent que des marchandises fraudées (*contraband*) dont la possession est en elle-même illégale et non le véhicule (*derivative contraband*). En outre, la valeur de la voiture est beaucoup plus élevée que la sanction pénale que la personne risque en cas d'infraction à la loi sur l'alcool. Il serait donc étrange d'appliquer l'*exclusionary rule* à la sanction pénale et

(59) Cela a été confirmé dans 401 US 715 (1971), *UNITED STATES c. UNITED STATES COIN & CURRENCY*.

(60) 380 U.S. 693, 696 (1965). Il s'agit ici d'une affaire au niveau de l'Etat au sein de laquelle le 5^e Am. est d'application par le biais du 14^e Am.

(61) L'*exclusionary rule* est lu par la jurisprudence dans la première partie du 4^e Am.: «*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated*».

non à la confiscation civile. La voie empruntée dans l'affaire BOYD est donc poursuivie («la confiscation est clairement une peine pour le crime commis»). La signification de cet arrêt ne doit pas être surestimée, car beaucoup de *District Courts* en concluent qu'«une saisie illégale de propriété n'immunise pas cette propriété d'une procédure de confiscation (...) la propriété elle-même ne peut être exclue de la procédure de confiscation (...) des preuves obtenues indépendamment de la saisie illégale peuvent être utilisées dans une procédure de confiscation»⁶². Bref, rien n'empêche les organes de sauvegarde de saisir de manière illégale les biens et d'élaborer ensuite la preuve sur la base d'une probabilité raisonnable (*probable cause*) relativement simple pour l'audience de confiscation.

C. La confiscation et le *ne bis in idem* sous le 5^e amendement

On a surtout traité de la question de savoir si une condamnation pénale et une confiscation *in rem* pour les mêmes faits sont compatibles avec le principe *ne bis in idem* (*ne bis in idem vexari, ne bis in idem puniri*), désigné aux Etats-Unis comme «*double jeopardy clause*»⁶³. Dans l'affaire VARIOUS ITEMS⁶⁴, une entreprise a commis une fraude fiscale en matière de taxes sur l'alcool. L'entreprise est confrontée à une condamnation pénale et à une confiscation *in rem* de l'entreprise. Etant donné qu'il ne s'agit pas ici d'une action civile visant à récupérer des taxes, y compris les augmentations fiscales, mais d'une confiscation *in rem*, la *Supreme Court* adopte le point de vue selon lequel la confiscation ne fait pas partie de la sanction et ne doit donc pas par définition être placée sous le fonctionnement du 5^e amendement. Dans l'affaire ONE LOT EMERALD⁶⁵ également, la *Supreme Court* ne voit pas l'utilité de briser la volonté du législateur. L'intéressé a importé sans déclaration à la douane un lot d'émeraudes et une bague. Du fait que le ministère public ne peut pas fournir la preuve du dol, un acquittement s'ensuit. Les autorités procèdent ensuite à une confiscation *in rem*. La *District Court* est d'avis que le «*collateral estoppel*» et le 5^e amendement y font obstacle. La *Supreme Court* suit toutefois la *Court of Appeals* sur la base du fait que la preuve du dol n'est pas nécessaire en matière de confiscation et qu'il n'est pas question non plus de deux procédures ou condamnations pénales: «Une confiscation est la suite d'une importation non conforme aux règles douanières; une infraction pénale, encore moins une conviction pénale, n'est pas requise». Dans l'affaire 89 FIREARMS également, la *Supreme Court* souligne qu'un individu ne peut bénéficier de la protection du 5^e amendement que quand il est

(62) De UNITED STATES v. \$ 37,780 IN UNITED STATES CURRENCY, 920 F.2d 159, 163 (2d Cir. 1990).

(63) «*No person shall be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*».

(64) VARIOUS ITEMS OF PERSONAL PROPERTY et al. v. US, 282 US 577 (1931).

(65) ONE LOT EMERALD CUT STONES AND ONE RING v. US, 409 US 232 (1972).

question « d'une procédure qui est en substance criminelle, ce qui n'est pas le cas avec les procédures de confiscation »⁶⁶. La *Supreme Court* a sérieusement nuancé ces points de vue dans l'affaire HALPER⁶⁷, une affaire relative à des amendes civiles⁶⁸. HALPER a introduit, au sujet de soins médicaux donnés antérieurement dans le cadre des soins de santé fédéraux, 65 factures pour des soins non prestés. Il est condamné à deux ans d'emprisonnement et à 5.000 \$ pour fraude à l'encontre de l'autorité. Sur la base du *False Claims Act* civil fédéral, il est ensuite confronté à une procédure civile, impliquant une amende civile de 2000 \$ par fausse facture. Ces amendes d'une valeur de 130.000 \$ contrastent fortement avec le montant de la facture (585 \$) ainsi qu'avec le montant de la facture et les frais d'enquête et de procédure (évalué à 16.000 \$). On peut dès lors se demander si l'amende civile présente une double sanction à la lueur de la *double jeopardy clause*. Le Gouvernement est d'avis que la *double jeopardy clause* ne joue qu'au sein du droit pénal et qu'il n'y a que la définition légale de la sanction qui est importante en la matière. La *Supreme Court* prend clairement ses distances par rapport à ce raisonnement : « recours au langage, structure et but de la législation est peu souhaitable quand il s'agit des 'intérêts humains' protégés par la clause *ne bis in idem* en matière de sanctions. Cette protection constitutionnelle est intrinsèquement personnelle. Sa violation ne peut être identifiée qu'en fixant le caractère des sanctions actuellement imposées par la machinerie de l'Etat. En faisant ces valorisations, les étiquettes, « criminel » et « civil/administratif » ne sont pas d'une importance décisive (...) la notion de punition, comme on le comprend couramment, coupe transversalement les divisions entre le droit civil/administratif et le droit criminel ». Se fondant sur le fait que la sanction civile est si disproportionnée (x 220) par rapport au dommage encouru, « si séparée de tout but réparatoire », la *Supreme Court* arrive à la conclusion que la sanction à la lueur de la règle *double jeopardy* doit être qualifiée de « punition ». Il s'ensuit que la *District Court* doit réduire l'amende à un niveau proportionnel et non punitif.

La voie retenue dans l'affaire HALPER est suivie par la *Supreme Court* dans l'affaire KURTH RANCH⁶⁹. On a constaté, sur le domaine agricole de la famille KURTH, une culture de marihuana. Les plantes sont saisies et détruites, les installations de l'entreprise sont confisquées et les dirigeants de l'entreprise sont arrêtés et poursuivis pénalement. La famille est ensuite confrontée à un impôt spécial de l'Etat du Montana qui implique qu'en cas

(66) UNITED STATES v. ONE ASSORTMENT OF 89 FIREARMS, 465 U.S. 354, 362 (1984).

(67) 490 U.S. 435 (1989).

(68) Pour la question de savoir si cela est également d'application à la confiscation civile, voyez 3. Conclusion.

(69) DEPARTMENT OF REVENUE OF MONTANA v. KURTH RANCH, 511 US 767 (1994).

d'arrestation pour des infractions de drogue, l'intéressé doit payer un impôt équivalent à huit fois la valeur vénale des drogues. Au cours d'une procédure de faillite, les KURTH font appel au 5^e amendement en vue d'arrêter le prélèvement fiscal. La *Bankruptcy Court* accepte la *double jeopardy*, vu la «conclusion inévitable que le but de la législation anti-drogue était punitif et dissuasif». La *District Court* confirme ce jugement et la *Court of Appeal* suit également cette approche, si ce n'est qu'elle se fonde en la matière sur le refus du Gouvernement de faire la preuve du caractère pénal du prélèvement. La *Supreme Court* prend comme point de départ: «A un moment donné, les caractéristiques incriminantes du soi-disant impôt ont pris une telle dimension que le caractère initial se perd et devient une punition tout court avec les caractéristiques de régulation et de sanction. Ce commentaire, envisagé avec l'affirmation dans HALPER selon laquelle les étiquettes n'ont pas de valeur dans une investigation *ne bis in idem*, indique qu'un impôt, pour la simple raison que ce soit un impôt, n'est pas à l'abri d'une évaluation sous l'angle du *ne bis in idem*». Par le caractère très spécifique de l'impôt, dépendant de la commission de l'infraction et de l'arrestation, la *Supreme Court* arrive à la conclusion que cet impôt a surtout pour but de sanctionner et non de percevoir des impôts: «Tout compte fait, cet impôt-drogue est un amalgame d'anomalies, trop éloigné sous plusieurs angles cruciaux d'un impôt standard afin de pouvoir échapper à une qualification de punition dans le cadre d'une analyse *ne bis in idem*». Le *chief Justice* REHNQUIST plaide, dans une opinion dissidente, en faveur du maintien de la distinction entre «*tax*» et «*punishment*». Les impôts visent à percevoir des revenus et il en va de même ici. Justice O'CONNOR ajoute, dans son opinion dissidente, qu'il est bien question de proportionnalité de cet impôt, étant donné les frais élevés de sauvegarde. En fait, l'intéressé devrait livrer la preuve de la disproportionnalité.

D. La confiscation et le *due process of law* sous le 5^e amendement

Dans le passé, la *Supreme Court* s'est prononcée, dans de nombreuses affaires, sur la validité de perquisitions et saisies sous le 4^e amendement et a également accepté la validité, même lorsqu'il n'y avait pas de notification ou de *hearing* ou pas de mandat judiciaire⁷⁰. Mais, lors d'une saisie en vue de confiscation, le «*search and seizure*» n'est pas centré sur le recueil de preuves mais sur l'acquisition de biens. Pour cette raison, la procédure doit également satisfaire aux *Due Process Clauses* du 5^e amendement⁷¹. Il est généralement admis que la notification n'est pas nécessaire lors d'une saisie-confiscation en cas de contrebande, même si celle-ci concerne des

(70) Voyez par exemple 387 US 523 (1967), CAMARA v. MUNICIPAL COURT OF THE CITY AND COUNTY OF SAN FRANCISCO.

(71) «*No person shall (...) be deprived of life, liberty, or property, without the due process of law*».

véhicules. Sur le plan juridique, on se pose toutefois la question de savoir si, en cas de saisie et de confiscation de biens immeubles dans des affaires autres que celles de contrebande, il ne doit pas y avoir de notification préalable et une quelconque forme de procédure contradictoire, avant que les biens ne puissent être saisis. Dans *FUENTES c. SHEVIN*⁷², la *Supreme Court* a déjà dit que la saisie sans notification préalable est constitutionnelle pour autant qu'il soit satisfait à trois conditions: 1/ la saisie représente un important intérêt public; 2/ une action rapide est souhaitée; 3/ les autorités exercent un contrôle sévère sur son usage. Sur la base de ces critères, la saisie sans notification ou *hearing* par exemple est possible dans le cas d'aliments constituant une menace pour la santé publique, pour éviter la faillite d'une banque, pour retirer des drogues illicites du marché, pour percevoir des impôts, etc. Dans l'affaire *CALERO-TOLEDO*, la *Supreme Court* prend toutefois un curieux virage⁷³. *CALERO-TOLEDO* a pris son yacht en leasing auprès de Portoricains. Les autorités trouvent à bord une cigarette de marijuana et engagent des poursuites à son encontre. Le yacht est également saisi sans notification préalable ou *hearing* en vue de sa confiscation. *CALERO-TOLEDO* ne constate que des mois plus tard que le loyer n'est pas payé et que son yacht est non seulement saisi mais également confisqué. Etant donné qu'il n'a même pas été mis au courant de la saisie, il n'a pas pu se défendre au cours de la procédure de confiscation. *CALERO-TOLEDO* fait opposition à la confiscation sur la base de la violation de son droit au *due process*. La *Supreme Court* reconnaît toutefois des circonstances exceptionnelles qui justifient la saisie sans notification ou *hearing* car 1/ il y a un intérêt général en jeu, comme la lutte contre la drogue, la lutte contre l'usage illicite de biens et la sauvegarde de la législation pénale; 2/ la notification peut freiner l'objectif et 3/ la saisie n'a pas eu lieu à la demande de parties privées mais à celle d'organes de sauvegarde. Ce jugement suscite l'étonnement. Justice DOUGLAS dit en plaisantant dans une opinion dissidente: «La marihuana dans le yacht fut découverte le 6 mai 1972. La saisie du yacht fut réalisée le 11 juillet 1972 – plus de trois mois plus tard. Vu le délai, où est cette «nécessité spéciale d'agir rapidement» qui était soulignée dans *FUENTES c. SHEVIN*? (...) Si le yacht avait été vraiment utilisé pour le trafic de drogue, ceux qui exigent la confiscation pourraient avoir le droit de leur côté. Mais ceci n'est apparemment pas le cas; jusqu'à présent il n'y a qu'une cigarette de marihuana qui a été trouvée à bord du yacht. Il s'agit ici de trivialités. La loi sévère imposée par les juges devrait être adoucie par la justice». On ne doit dès lors pas être étonné que le jugement prononcé dans l'affaire

(72) 407 US 67 (1972).

(73) T.G. REED, On the importance of being civil: constitutional limitations on civil forfeiture, 39 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 255 (1994) et H.M. KEMP, Presumed guilty: when the war on drugs becomes a war on the constitution, 14 *Quinnipiac L. Rev.* 272 (1994).

CALERO-TOLEDO est utilisé par le ministère de la Justice comme blanc-seing afin d'exclure la confiscation des règles constitutionnelles du *due process*. La *Supreme Court* a, par la suite, mis un frein à cette interprétation par son jugement dans l'affaire JAMES DANIEL GOOD REAL PROPERTY⁷⁴. On a trouvé au domicile de GOOD un certain nombre de kilos de marijuana et des fûts d'huile de haschich. GOOD plaide coupable et est condamné à un an de prison ferme et à cinq ans avec sursis, à 1.000 \$ d'amende et à la confiscation de 3.187 \$ trouvés en liquide. Quatre ans et demi plus tard, au cours du délai de prescription, il est ensuite confronté à une action de confiscation *in rem*⁷⁵ de son habitation et de son terrain. Le juge accepte la probabilité raisonnable (*probable cause*) sur la base de la preuve issue de la procédure pénale et de la preuve issue de l'enquête au cours de laquelle les drogues avaient été découvertes; il donne l'autorisation de saisir les propriétés, sans notification ou *hearing*. L'habitation est louée et les locataires sont invités à verser le loyer sur le compte de l'autorité. La *District Court* prend ensuite la décision de confiscation mais la *Court of Appeal* est d'avis que la saisie sans notification et *hearing* est contraire à la *Due Process Clause* du 5^e amendement. La *Supreme Court* établit que «la liberté individuelle se manifeste dans les droits relatifs à la propriété. En cause dans cette affaire et dans beaucoup d'autres, sont la sécurité de la maison et la vie privée de ses habitants». Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, dit la *Supreme Court*, qu'il peut être dérogé à la règle générale qui exige notification préalable et *hearing*. Ces circonstances exceptionnelles sont dépendantes des intérêts concurrents dans la procédure et de la rapidité et de l'efficacité des procédures ultérieures. La *Supreme Court*, après examen, ne conclut pas à une situation exceptionnelle et fait intervenir le fait que l'autorité a un intérêt financier direct dans le résultat des procédures, ce qui rend un *hearing* préalable davantage indispensable.

E. La confiscation et la protection contre la sanction excessive sous le 8^e amendement

Dans l'affaire ALEXANDER c. UNITED STATES⁷⁶, la *Supreme Court* a l'occasion de se prononcer sur la confiscation pénale issue de la réglementation RICO. ALEXANDER est propriétaire d'une chaîne spécialisée en matériel porno. Sept objets, dont des revues et des vidéos, sont qualifiés d'obscènes et il est condamné pour ces faits, sur base de la législation fédérale sur les mœurs, à six ans d'emprisonnement, à 100.000 \$ d'amende et au paiement des frais de poursuite, d'emprisonnement et de congé sous

(74) 510 U.S. 43 (1993).

(75) Fondée sur 21 U.S.C. § 881(a)(7): «*property has been used to commit or facilitate the commission of a federal drug offense*».

(76) 509 U.S. 544 (1993).

contrôle. Ces infractions servent ensuite de modèle à une infraction RICO pour laquelle le ministère public requiert la confiscation pénale de son entreprise et de 9 millions \$ obtenus par «*racketeering*»⁷⁷. La *District Court* accorde la confiscation, ce qui est confirmé en appel. Devant la *Supreme Court*, ALEXANDER invoque, à côté de la restriction à sa liberté d'expression, également le fait que la confiscation, à côté de sa condamnation pénale, est disproportionnée par rapport aux infractions et constitue donc une violation du 8^e amendement⁷⁸. La *Supreme Court* n'analyse la confiscation que sous l'*excessive fines clause*, contrairement à la *Court of Appeals* qui avait à tort examiné uniquement l'affaire sous la clause d'une punition cruelle et insolite. La proportionnalité d'une confiscation RICO ne doit pas, selon la *Supreme Court*, être mesurée en fonction de la vente d'un certain nombre de revues obscènes ou de vidéos mais «à la lumière des activités criminelles coûteuses développées par le demandeur au sein de cette entreprise criminelle durant une période substantielle». La *Supreme Court* établit que cette confiscation constitue sans aucun doute une punition financière, qu'elle ne se différencie pas d'une amende traditionnelle et qu'elle tombe donc sous le coup du 8^e amendement. La *Supreme Court* renvoie toutefois l'affaire devant la *Court of Appeal* pour apprécier s'il est question de disproportionnalité.

Une étape a toutefois été franchie par la *Supreme Court* en 1993, suite au jugement dans l'affaire AUSTIN⁷⁹. A la demande d'un agent *undercover*, AUSTIN va chercher 60 grammes de cocaïne (valeur en rue : 200 \$) dans son mobilhome, pour ensuite le vendre dans son body shop à l'agent *undercover*. AUSTIN fait des aveux et est condamné à sept ans de prison. Le juge civil confisque ensuite au plan civil le mobilhome et l'entreprise d'AUSTIN (valeur : 35.000 \$)⁸⁰, sur la base de la probabilité raisonnable (*probable cause*) obtenue par une déclaration sous serment de l'agent *undercover* (*officer's affidavit*). Ni la *District Court*, ni la *Court of Appeals* ne jugent le 8^e amendement d'application à la confiscation civile. La *Supreme Court* souligne ici qu'il ne s'agit pas de la relation «*civil-criminal*», car le texte du 8^e amendement n'est pas limité, vu son histoire législative, aux affaires criminelles. On doit seulement se demander si la confiscation constitue une punition financière et si elle est, en l'espèce, compatible avec l'*excessive fines clause*. Le Gouvernement argumente que la confiscation ne présente pas un caractère punitif mais un caractère réparatoire à deux points de vue : 1/ elle retire du marché les instruments du trafic de drogue et 2/ les

(77) RICO connaît seulement la confiscation pénale, fondée sur 18 U.S.C. par 1963.

(78) «*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*».

(79) 509 US 602 (1993).

(80) Sur la base de 21 USC par 881(a)(4) et (a)(7).

revenus de la confiscation constituent une compensation pour les frais de sauvegarde et pour le dommage social (toxicomanie, frais de soins de santé, problèmes urbains, etc.). La *Supreme Court* répond au premier argument en suivant la ligne de l'affaire ONE 1958 PLYMOUTH SEDAN c. PENNSYLVANIA et en disant qu'il ne s'agit pas de drogues; tout comme la voiture, ce bien ne peut pas être considéré comme instrument du trafic de drogue en vue de la qualification de «contrebande». En ce qui concerne le deuxième argument, la *Supreme Court* dit qu'il n'est pas question d'«*a reasonable form of liquidated damages*» et que «la confiscation de la propriété (...) est une punition qui n'a aucune relation quelconque avec les dommages subis par la société ou les coûts de la répression». Dans la ligne du jugement de l'affaire HALPER et sur la base de l'histoire législative, la *Supreme Court* arrive à la conclusion que la confiscation civile sert également des buts punitifs, ce qui ressort également du fait qu'une «*innocent owner defense*» est prévue et qu'elle est donc, pour cette raison, soumise à une *excessive fines clause* du 8^e amendement⁸¹. En fait, la *Supreme Court* situe ainsi la confiscation civile en matière de drogues, selon la ligne de l'affaire BOYD c. US, dans la sphère quasi pénale. Justice KENNEDY, soutenu par Justice REHNQUIST et Justice THOMAS, font à ce propos des observations dans leur opinion concordante: «Je ne suis pas convaincu que toutes les procédures de confiscation *in rem* sont à attribuer à la conduite blâmable du propriétaire (...) je voudrais aussi poser la question de savoir si des confiscations *in rem* sont toujours liées à une punition intentionnelle du propriétaire des biens confisqués». Il est étrange que la *Supreme Court* refuse d'élaborer une règle test, à partir de laquelle il peut être établi si la confiscation enfreint réellement l'*excessive fines clause*: «PRUDENCE établit que les tribunaux de première instance ont le droit de prendre en considération cette question». De cette manière, le ministère public peut lui-même par district tracer les contours du contenu de cette notion. Il est significatif que, dans les directives en la matière, qui émanent du *Asset Forfeiture Office* du Département de la Justice⁸², la conception du *concurring Justice* SCALIA est prise comme point de départ, à savoir: «Contrairement aux sanctions financières, des confiscations *in rem* ont traditionnellement été fixées, non pas par la fixation de la valeur appropriée de la peine en relation avec le crime commis, mais en déterminant les biens qui ont été affectés par l'usage illégal, indépendamment de la valeur de ces biens». Par l'introduction de ce test d'instrumentalité à la place du test de proportionnalité, la protection juridique du 8^e amendement est encore contournée. Depuis lors, il n'est plus possible de déceler

(81) In 516 US (1995), LIBRETTI v. UNITED STATES, qui traite de l'équivalent pénal de la confiscation civile dans l'affaire AUSTIN (21 USC § 853), la *Supreme Court* établit que «*the fundamental nature of criminal forfeiture is punishment*».

(82) DOJ Asset Forfeiture Manuel.

une unité dans la jurisprudence des tribunaux fédéraux, étant donné que certains s'en tiennent au test de proportionnalité, d'autres recourent au test d'instrumentalité et d'autres encore pratiquent une combinaison des deux⁸³. Quelques tribunaux sont également d'avis que l'affaire AUSTIN n'est pas d'application aux produits du crime de drogue⁸⁴, étant donné que dans cette affaire, on ne s'est prononcé que sur les biens qui sont utilisés pour réaliser la vente ou la permettre⁸⁵. Les produits du crime, avance-t-on, sont toujours proportionnels aux infractions de drogue.

Quoi qu'il en soit, le jugement dans l'affaire AUSTIN a suscité, dans les milieux judiciaires, davantage que de l'émotion car, combiné au jugement dans l'affaire HALPER, la question se pose de savoir si l'acceptation d'un caractère punitif sous le 8^e amendement doit ou peut également conduire à une violation de la *Double Jeopardy Clause* sous le 5^e amendement⁸⁶. La jurisprudence n'est pas unanime en la matière mais, suite à l'affaire AUSTIN, on a accepté que la confiscation *in rem* vise également la sanction des propriétaires pour leur comportement coupable ou susceptible de reproches et a donc aussi un caractère *ad personam*. La «*guilty property fiction*» est ainsi au centre du champ de tir et l'applicabilité de la *double jeopardy clause* devient inéluctable⁸⁷.

F. La confiscation et l'exception du propriétaire *innocent/relation back doctrine*

Un des problèmes essentiels en matière de confiscation porte sur la protection de tous ceux qui ont des droits ou des intérêts reconnus à l'égard du patrimoine (propriétaire/détenteur et tiers). Les sanctions de confiscation ne touchent, en effet, pas seulement le patrimoine lui-même mais également tous les droits, titres et intérêts dans et sur le patrimoine. Dans une confiscation *in rem* tant pour drogues que pour blanchiment et FIRREA, le Congrès a prévu, en 1984, sous la pression de l'opinion publique, une exception du propriétaire innocent, mais les termes diver-

(83) Voyez J. GURULE, 21 J. Legis. 155 (1955) pour une analyse.

(84) 21 USC § 881(a)(6).

(85) 21 USC §§ 881(a)(4) et (a)(7).

(86) R.M. SACKET, The impact of AUSTIN v. UNITED STATES: extending constitutional protections to claimants in civil forfeiture proceedings, 24 *Golden Gate U.L. Rev.* 495 (1994); J.B. HARRINGTON, AUSTIN v. US: forfeiture and punishment and the implications for warrantless seizures, 4 *B.U. Pub. Int. L.J.* 415 (1995) et L. LAROSE, AUSTIN v. US: applicability of the eighth amendment to civil in rem forfeitures, 29 *New Eng. L. Rev.* 729 (1995).

(87) Voyez, par exemple, M.P. HARRINGTON, Rethinking in rem: the Supreme Court's new (and misguided) approach to civil forfeiture, 12 *Yale L. & Pol'y Rev.* 281 (1994), qui reproche à la *Supreme Court* de maltraiter le caractère juridique de la confiscation civile *in rem*. Je crains personnellement que ce ne soit le législateur qui en soit responsable et que la *Supreme Court* n'ait pas eu d'autre solution.

gent, ils vont du 'inconsciemment' ('*without the knowledge*')⁸⁸, en passant par le 'inconsciemment ou sans le consentement' ('*without the knowledge or consent*')⁸⁹ jusqu'au 'inconsciemment ou sans le consentement ou sans l'aveuglement conscient' ('*without the knowledge, consent, or willful blindness of the owner*')⁹⁰. La portée de l'exception du propriétaire innocent est importante, parce que la preuve peut conduire, dans le cadre de la prépondérance des preuves, à infirmer la probabilité raisonnable (*probable cause*) du ministère public. Les juges se sont fondés dans la pratique sur la «*reasonable precautions standard*», qui implique qu'«un demandeur doit prouver qu'il n'avait pas la «connaissance exacte» des activités illégales, c'est-à-dire qu'il n'avait aucune raison de croire à une conduite illégale quelconque, et qu'il n'a pas été «consciemment aveugle» ou «délibérément ignorant» de l'activité illégale. Les interprétations restrictives de la notion de bonne foi et les interprétations extensives de la «*relation back*» doctrine ont conduit à une pratique judiciaire qui a fortement neutralisé l'exception de la défense. La «*relation back*» doctrine, d'origine jurisprudentielle, mais introduite plus tard dans la législation implique que le droit patrimonial en matière de confiscation existe dès le moment de la commission des faits. La *Supreme Court* a pendant longtemps laissé faire mais elle a quand même pris, en 1993, une décision claire de principe⁹¹ dans l'affaire 92 BUENA VISTA⁹². En 1982, Joseph BRENNAN offre à sa partenaire Bet Ann GOODWIN 240.000 \$ pour l'achat de l'habitation et du domaine qu'elle occupe avec ses trois enfants. En 1983, elle est toutefois confrontée à une confiscation *in rem*⁹³ de sa propriété et de son habitation, parce que l'argent de son époux aurait été obtenu par un trafic de drogue. La *District Court* accepte, sur la base également de la donnée qu'il existe entre ces deux personnes une relation intime, la probabilité raisonnable (*probable cause*) et donne l'ordre de saisir les biens. La *District Court* admet, dans ce contexte, l'«*innocent owner's defence*» à deux conditions: 1/ elle ne peut être invoquée que par des acquéreurs de bonne foi et 2/ la défense n'est ouverte qu'à ceux qui avaient déjà un intérêt dans le bien avant les faits. Cette «*relation back*» doctrine implique que GOODWIN n'a jamais été propriétaire car, lors du paiement au moyen d'argent issu de la drogue, les Etats-Unis sont devenus propriétaires; il ne peut donc pas faire appel à une «*innocent owner defence*». La *Court of Appeal* n'accepte pas les deux

(88) 18 USC § 981(a)(2) (blanchiment et FIRREA).

(89) 21 USC § 881(a)(6) et (7) pour la confiscation des revenus de la drogue et des biens utilisés pour commettre des infractions de drogue.

(90) 21 USC § 881(a)(C) pour la confiscation de tous les instruments qui sont utilisés pour transporter des drogues, les négocier, les vendre, etc.

(91) R. BANOUN & R.G. WHITE, Asset forfeiture and its impact on innocent third parties, *Business Laws*, 1994, 133.

(92) 507 U.S. 111 (1993).

(93) Sur la base de 21 USC § 881(a)(6).

raisonnements. Le ministère de la Justice tente, par la suite, d'obtenir gain de cause auprès de la *Supreme Court*. La question-clef qui se pose ici est de savoir si le fait que le propriétaire ignorait que l'argent émanait d'un trafic de drogue peut entraîner une exception de la défense sous cette réglementation. La *Supreme Court* fait une analyse intéressante de la législation en matière de confiscation aux Etats-Unis et constate que, déjà sous la première législation fédérale en matière de contrebande, la confiscation des biens illégaux et des moyens de transport (y compris des bateaux) était possible sans une défense «*innocent owner*» mais que, jusque dans les années 1970, la confiscation ne s'étendait pas aux «*proceeds*». Lors de l'extension, on a également prévu la «*innocent owner defence*». Le texte législatif ne permet pas, selon la *Supreme Court*, de limiter la défense aux propriétaires de bonne foi et la *relation back doctrine* relative aux bénéficiaires rend la défense tout à fait impossible ici et mine en fait l'exception elle-même, ce qui ne pouvait pas être l'objectif du législateur. La conclusion est donc la suivante: «Il est clair que l'imposition fictive et rétroactive d'un titre n'a pas de force exécutoire en soi, mais se réalise à partir du moment où le gouvernement gagne la procédure de confiscation. Jusqu'à ce moment-là, quelqu'un qui possède la propriété peut évoquer toutes les exceptions disponibles, y compris l'exception du propriétaire innocent».

En ce qui concerne la confiscation pénale, on ne reconnaissait aux tiers aucun intérêt au cours de la procédure, et ce jusqu'en 1984. Les tiers ne pouvaient agir qu'à l'encontre de la décision de confiscation elle-même. Sous la pression du Congrès, on a prévu en 1984 la possibilité pour les tiers concernés de faire déterminer judiciairement, au cours de la procédure, leurs droits patrimoniaux dans une audition accessoire, sans jury⁹⁴. Un tiers concerné préserve ses droits s'il peut prouver que 1/ il avait un intérêt légalement défini dans le bien au moment de la commission de l'infraction; 2/ il a été un acquéreur de bonne foi et 3/ il n'avait pas de raison d'admettre que le bien faisait l'objet d'une confiscation au moment où il l'a acquis.

III. Conclusion

Aux Etats-Unis, dans le cadre de la lutte contre la criminalité de la drogue et le crime organisé, on a élaboré une législation en matière de confiscation qui revêt des formes draconiennes et qui met à rude épreuve les concepts de base de l'Etat de droit. Il est frappant que ces concepts législatifs s'étendent à un domaine étendu de sauvegarde économique. Dans la pratique, les organes de sauvegarde ont reçu des compétences importantes et les instances judiciaires ont fait prédominer, suite aux

(94) Voyez 18 USC § 1963 (C); 21 USC § 853 (c) et 18 USC § 982 (b)(1).

remous de la politique, l'efficacité de la lutte contre la criminalité sur la protection juridique. La lutte contre la criminalité organisée, définie comme un imminent danger pour la démocratie, a exigé un peu moins de l'Etat de droit. Depuis les années quatre-vingts, la *Supreme Court* a formulé, dans un certain nombre d'arrêts-jalons (BUENA VISTA, AUSTIN, GOOD), un seuil minimum de protection des droits constitutionnels et a ainsi ouvert une brèche dans la conception politique du Congrès et du département de la Justice. La configuration des sanctions de confiscation l'a contrainte à briser la scission entre les sanctions civiles et les sanctions pénales et à déclarer les principes de droit pénal également applicables aux sanctions punitives en dehors du droit pénal. Le fait que la *Supreme Court* n'avait pas encore tout à fait tracé cette ligne, notamment dans le domaine de l'application de la *double jeopardy clause* lors de la combinaison des sanctions pénales et de la confiscation, a conduit en la matière à une jurisprudence disparate au sein des tribunaux. En 1996, deux *Courts of Appeal* sont arrivées à la conclusion que la *double jeopardy clause* entrave, pour la même infraction, l'imposition d'une sanction pénale et d'une confiscation *in rem*. Dans la première affaire, la police découvre des plants de marijuana pour consommation personnelle à proximité de l'habitation de Guy URSERY. La confiscation *in rem* de l'habitation, sous le concept «facilitant la production et la distribution des drogues illégales»⁹⁵, fait l'objet d'une transaction d'un montant de 13.250 \$. Peu avant, URSERY a également été confronté à une procédure pénale pour production de marijuana⁹⁶ et condamné ultérieurement à 63 mois de prison. Dans la deuxième affaire, Charles Wesley ARLT et James WREN sont condamnés respectivement à un emprisonnement à perpétuité, à une amende de 250.000 \$ et à 5 ans d'emprisonnement pour collusion et aide lors de la production de drogues synthétiques (21 USC § 846), collusion en vue du blanchiment d'instruments financiers (18 USC § 371) et d'argent (18 USC § 1956). Avant que le procès pénal ne débute, ils sont également confrontés à une confiscation *in rem* de leurs avoirs sur la base de 18 USC § 981(a)(1)(A) *money-laundering confiscation* et sur la base de 21 USC § 881(a)(6) confiscation de drogues. La *Supreme Court* réunit les deux affaires parallèles. Avant le jugement, l'importance en est clairement formulée par l'organisation des intérêts du ministère public: «Cette affaire consolidée a des implications désastreuses, tant pour les autorités punitives de l'Etat fédéral que celles des Etats et pour le système judiciaire. Si la *Supreme Court* suit l'interprétation de «punition» par les SIXTH & NINTH CIRCUIT COURTS OF APPEAL, les autorités punitives vont perdre un des

(95) 21 USC § 881(a)(7).

(96) 21 USC § 841(a)(1).

instruments les plus précieux dans la lutte contre la criminalité»⁹⁷. La *Supreme Court* prétend dans l'affaire *URSERY*, renvoyant aux affaires *VARIOUS ITEMS*, *EMERALD CUT STONES* et *89 FIREARMS*, que sa jurisprudence dans les confiscations *in rem* affiche une consistance remarquable: «Confiscation *in rem* est une sanction civile/administrative, différente des sanctions potentiellement punitives comme les amendes, et ne sont pas à qualifier comme des punitions sous la clause *ne bis in idem*». A l'étonnement de la *Supreme Court*, les deux *Courts of Appeal* sont toutefois quand même arrivées à la conclusion, sur la base des jugements de la *Supreme Court* dans les affaires *HALPER*, *AUSTIN* et *KURT RANCH*, que les confiscations *in rem* «constitutes punishment under the Double Jeopardy Clause». La *Supreme Court* analyse ensuite à nouveau les affaires *HALPER*, *AUSTIN* et *KURT RANCH*. Dans l'affaire *HALPER*, la décision se limite à un cas très spécifique de «civil penalty» et il est difficile de s'imaginer comment l'affaire *HALPER* pourrait être d'application à la confiscation *in rem*: «Confiscation civile/administrative, contrairement aux amendes civiles/administratives, ont un but qui va au-delà de la compensation du gouvernement. Même s'il est possible de quantifier la valeur des biens confisqués, il est virtuellement impossible de quantifier, même d'une manière approximative, les buts non punitifs d'une confiscation civile/administrative». La *Supreme Court* décide ensuite que le test de proportionnalité entre le dommage public et la sanction ne s'applique pas à la confiscation *in rem*. Au sujet des amendes fiscales dans l'affaire *KURT RANCH*, il est question, selon la *Supreme Court*, d'une situation spécifique, car l'amende était telle qu'elle ne pouvait être imposée qu'en cas de commission d'une infraction et après arrestation, ce qui indiquait que l'amende avait été dictée «par une intention plutôt criminelle et prohibitive que par le souci de recueillir des impôts». En ce qui concerne l'affaire *AUSTIN*, la *Supreme Court* dit: «Excessivité sous le huitième Amendement ne veut pas dire que toutes les confiscations sont si punitives qu'elles peuvent être considérées comme punitives à la lumière du *ne bis in idem*», mais également «the Excessive Fines Clause» du huitième Amendement «est une provision constitutionnelle que nous avons jamais comprise comme étant parallèle ou liée la *Double Jeopardy Clause* du cinquième Amendement». La *Supreme Court* examine ensuite les affaires sous l'angle de leurs mérites et applique en la matière le double test de l'affaire *89 FIREARMS*: 1/ l'intention du législateur et 2/ vérifier si la sanction présente un caractère punitif tel qu'un caractère civil n'est pas défendable, malgré l'intention du législateur. Cela signifie que «quand 'la preuve la plus évidente' indique qu'une confiscation civile/administrative est 'si punitive ou par son but ou par son effet' équivalente à une procédure criminelle,

(97) NAAG, *Financial Crimes Report*, 1996/1, 1.

que cette confiscation puisse être soumise à la protection du principe *ne bis in idem*». En l'espèce, la *Supreme Court* décide que l'intention du législateur était clairement de prévoir des sanctions civiles et non des sanctions pénales. Il n'y a en outre que «*little evidence, much less the «clearest proof»*» sous le deuxième critère. La *Supreme Court* utilise en la matière le curieux raisonnement selon lequel la confiscation *in rem* sert, à côté d'objectifs punitifs certains, également d'importants objectifs non punitifs. Le fait que les confiscations soient liées à une infraction et que la législation prévoit une défense «*innocent owner*» ne suffit pas à convaincre la *Supreme Court* de la «*clearest proof*».

Justice STEVENS a, seul, écrit une opinion dissidente, mais cette dernière est de poids: «La distinction pédante entre la confiscation *in rem* et *in personam* n'est à la fin qu'une couverture pour simuler la motivation réelle de la Cour; l'idée que la propriété, pas le propriétaire, est «punie» pour des délits desquels elle est coupable (...). Comme nous avons reconnu à l'unanimité, dans l'affaire HALPER, des distinctions formalistes qui obscurcissent les conséquences pratiques des procédures de l'exécutif ne sont pas au service des intérêts humains protégés par la *Double Jeopardy Clause*». Justice STEVENS accepte très difficilement la confiscation de l'habitation. Nous avons élaboré, dans les affaires HALPER, AUSTIN et KURT RANCH, une protection juridique, avance-t-il, sur la base de la distinction entre «*remedial/punitive*». Par le biais de cette voie, il a été possible d'appliquer les mêmes règles aux «*civil penalties, civil forfeitures, and taxes*», sans retomber dans les étiquettes «*civil/criminal*». STEVENS défend également l'idée selon laquelle la *double jeopardy clause* fait partie du même amendement qui prévoit une «*self-incrimination*» et qui doit donc également être interprétée dans le même sens.

Bref, la *Supreme Court* ne saisit pas la chance d'étendre sa riche jurisprudence relative à la protection juridique en cas de sanction punitive également au principe *ne bis in idem*. Il est encore plus inquiétant que la *Supreme Court* recoure en la matière aux raisonnements classiques comme le «*guilty property*» et passe trop facilement à côté des conditions essentielles de protection juridique qu'elle a elle-même élaborées dans les affaires BUENA VISTA, AUSTIN, GOOD. Cela conduit en effet à s'interroger sur les démarches futures que la *Supreme Court* entreprendra lors du traitement des sanctions de confiscation. C'est en tout cas une raison suffisante, aux yeux de beaucoup de juristes et d'organisations d'intéressés, de plaider en faveur d'une réforme radicale de la configuration juridique des sanctions de confiscation. Les lignes principales en la matière sont: 1/ l'élimination de la confiscation *in rem* par l'élaboration d'un système de confiscation auquel les règles de la confiscation pénale sont d'application; 2/ la confiscation des bénéfices ne serait possible qu'après que le détenteur a été condamné pénalement, à moins que l'auteur ne soit en fuite; 3/ la charge

de la preuve repose entièrement sur l'autorité; 4/ les bénéficiaires profitent au budget national général et ne vont pas aux organes de sauvegarde et 5/ un système est élaboré pour la responsabilité de l'autorité dans ce domaine. On peut se demander si l'agenda politique sera sensible à ce point. Il semble donc que la *Supreme Court* continuera à jouer un rôle très important en la matière.

Pour terminer, il est frappant de voir comment une analyse de la protection juridique en matière de sanction de confiscation par le biais de la configuration juridique aux Etats-Unis fournit non seulement un échantillon de la *Bill of Rights*, mais aborde également des questions juridiques fondamentales qui, chose étonnante, vont dans le même sens que les questions juridiques fondamentales qui sont abordées à la Comm. eur. D.H. et à la Cour eur. D.H. à Strasbourg. Un exemple par excellence est, en effet, fourni en la matière par la question de la protection juridique applicable lors des sanctions punitives, indépendamment de la répartition formelle entre droit privé, droit administratif, droit pénal (art. 6 et 7 CEDH). La différence consiste toutefois dans le fait qu'en Europe, cette discussion ne s'est pas encore réellement imposée dans le domaine des sanctions de confiscation⁹⁸. Cela est en partie lié au fait que, dans les pays européens, l'extension des confiscations des bénéficiaires des infractions est de date récente. Par ailleurs, il est frappant que la Comm. eur. D.H. ne soit pas encore réellement consciente du caractère punitif des sanctions de confiscation faisant suite à des violations punissables du droit. Il est, par exemple, singulier qu'une demande d'évaluation, à l'aune des articles 6 et 7 CEDH et de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, des mesures italiennes de prévention qui sont comparables à la réglementation RICO et qui contiennent de lourdes sanctions de confiscation à l'égard de celui qui est soupçonné d'infractions mafieuses, a été déclarée irrecevable en 1991 par la Commission européenne. Les opinions dissidentes, à savoir celles de MARTENS et RUSSO, lors du récent jugement de la Cour eur. D.H. dans l'affaire AIR CANADA⁹⁹, contiennent également clairement un plaidoyer en faveur d'une protection juridique raisonnable lors de l'imposition de sanctions de confiscation faisant suite à des violations punissables du droit, indépendamment du fait qu'elles revêtent une forme juridique dans le droit privé, le droit administratif ou le droit pénal. Etant donné la législation en expansion dans le domaine de la lutte contre le crime organisé et les nouveaux instruments de sauvegarde qui y apparaissent, en grande partie inspirés par les développements aux Etats-Unis, il est grand temps que la

(98) Voyez J.A.E. VERVAELE, Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais, *Rev. sc. crim.*, 1997, 325-346.

(99) *Ibid.*

Comm. eur. D.H. et la Cour eur. D.H. prennent en charge cette matière. Même si la jurisprudence de la *Supreme Court* n'est pas toujours satisfaisante, elle constitue sans conteste une intéressante source d'inspiration.

J.A.E. VERVAELE,

Professeur ordinaire en droit pénal économique et financier à l'Université d'Utrecht; Professeur au Collège d'Europe, Bruges