

# 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

John A.E. VERVAELE

*Professeur ordinaire de droit pénal économique et financier à la Faculté de droit de Utrecht  
Professeur au Collège d'Europe, Bruges*

Pendant longtemps, l'atteinte portée aux droits patrimoniaux comme conséquence des violations punissables du droit a joué un rôle minime en droit pénal. C'était la sanction de l'auteur en tant qu'individu qui occupait une place centrale. Dans le contexte de l'action pénale, les avoirs ne présentaient un intérêt que pour la recherche de la preuve ou pour l'ordre public (confiscation). L'atteinte au patrimoine constituait une aide, à aucun moment 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 modèles ont un point commun : la victime d'une infraction joue un rôle secondaire et ses intérêts se limitent à l'indemnisation du dommage.

Les leitmotifs dominants actuels dans le domaine de la lutte contre la criminalité, tels la lutte contre le trafic de drogue, le crime organisé, la fraude et la corruption, justifient non seulement un nombre important de moyens mais également de nouvelles sanctions. L'arsenal croissant de possibilités procédurales (pénales) au niveau de la recherche orientée vers le butin, de la saisie et de la confiscation du patrimoine criminel<sup>1</sup> constitue un des moyens qui retiennent l'attention. L'époque où la confiscation ne jouait un rôle important qu'au sein de la législation douanière est révolue ; il semble que, sous l'influence du modèle nord-américain, la confiscation<sup>2</sup> des patrimoines criminels acquière une place importante, non seulement en tant que moyen

1. A côté de cela, on a créé de nouvelles incriminations, on a étendu les éléments matériels des incriminations existantes, on en a réduit les éléments moraux et on a augmenté le quantum de la peine. Les organes de sauvegarde ont également reçu de nouvelles compétences de recherches (recherche proactive).

2. J'utilise ici sciemment les termes généraux de saisie et de confiscation, parce que la nomenclature varie de pays à pays. Une distinction classique en la matière est celle entre la saisie-confiscation de l'instrument avec lequel l'infraction a été commise (*instrumentum sceleris*), de l'objet du délit (*objectum sceleris*) et des bénéfices du délit (*productum sceleris*). Cette répartition a une valeur relative, les frontières n'étant pas toujours aussi nettes. V. J.J.E. Schutte, *Ter vergroting van de afpakkans*, oratie, Arnhem, 1990.

mais également en tant que sanction indépendante<sup>3</sup>. 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 ne se fait pas sentir directement mais joue 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 en la matière à la Convention des Nations Unies de Vienne<sup>4</sup>, à la Convention de Strasbourg<sup>5</sup> et à la directive européenne en matière de blanchiment<sup>6</sup>. Ces sources internationales et européennes ne sont pas imposées par les Etats-Unis et elles laissent aux Etats une liberté de choix quant au contenu procédural des sanctions de confiscation. Ce contenu ne repose pas sur une pure opération technique, il est acquis parallèlement aux compétences procédurales et au *ius puniendi* de l'Etat. Bref, les principes de base du droit (procédural) pénal sont mis à rude épreuve<sup>7</sup>. Les sanctions de confiscation concernent souvent non seulement les faits mis à charge mais également les faits similaires. Il est en outre souvent question d'une charge de la preuve plus légère, consistant à avoir suffisamment d'indices ou à les rendre plausibles ; la charge de la preuve est renversée en ce qui concerne l'origine légitime des biens ou des valeurs. La saisie-confiscation est, d'un point de vue procédural, fortement orientée vers l'objet (*in rem*) ; le lien avec la personne (*ad personam*) et le fait pénal (*mens rea - actus reus*) est souvent réduit au minimum. Cela vaut autant pour l'auteur que pour les tiers. Pour terminer, la procédure de confiscation est, dans beaucoup de pays, détachée de la procédure pénale proprement dite ; il est donc question d'un processus en deux phases au sein ou non du procès pénal. La réglementation néerlandaise Plukze (confiscation des avantages patrimoniaux tirés d'infractions)<sup>8</sup> et la loi sur la confiscation du patrimoine criminel (*Wet confiscatie crimineel vermogen*)<sup>9</sup> qui n'a pas vu le jour constituent par excellence des illustrations de cette thématique.

La saisie et la confiscation peuvent revêtir de nombreuses formes. Une distinction classique en la matière est celle entre la saisie-confiscation de l'instrument avec lequel l'infraction a été commise (*instrumentum sceleris*), de l'objet du délit (*objectum sceleris*) et des bénéfices du délit (*productum sceleris*). Cette répartition présente une valeur relative : les frontières entre *instrumentum sceleris*, *objectum sceleris* et *productum sceleris* ne sont pas toujours aussi nettes<sup>10</sup>. Je souhaiterais illustrer et analyser la manière et la mesure dans laquelle les trois formes de saisie-confiscation ont été acquises en même temps que les fondements du droit (procédural) pénal et de l'Etat de droit en me fondant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est clair que les compétences de confiscation et de sanctions peuvent être très effectives lors de cette lutte contre la criminalité mais concordent-elles également avec les conditions de protection des droits de l'homme, telles qu'elles sont établies dans la Cour européenne des droits de l'homme ? Le point de départ en la matière est une affaire récente de saisie-confiscation d'un avion de Air Canada (*instrumentum*). On aborde

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

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

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

6. Dir. 91/308 en vue de prévenir l'utilisation du système financier pour le blanchiment d'argent, JO 1991, L. 166.

7. Voyez en la matière M.S. Groenhuijsen, Het juridisch tekort in het strafrecht, *Nederlands Juristenblad*, 1996, 1527.

8. Wet van 10 december 1992, Stb. 1993, n° 11.

9. Chambres des députés 1993-1994, 23407, 1-3. Voyez J. Broekhuizen et I. Schmohl, een niet 'in rem' procedure? Balanceren op de grens van straf- en privaatrecht, *Ars Aequi*, 1995, 484.

10. J.J.E. Schutte, *Ter vergroting van de affakkans*, oratie, Arnhem, 1990.

ensuite un trafic de pièces d'or (*objectum*) et la confiscation d'un patrimoine lié à la drogue (*productum*).

## 1. LA SAISIE-CONFISCATION : LA JURISPRUDENCE DE LA CEDH

### 1.1. *L'affaire Air Canada c/ le Royaume-Uni, CEDH, 5 mai 1995*

#### Faits et procédure au Royaume-Uni

Le 1<sup>er</sup> mai 1987, *Her Majesty's Customs and Excise* (les Douanes) a saisi, sur la base des sections 139 et 141 du *Customs and Excise Management Act* (CEMA 1979), un avion d'Air Canada<sup>11</sup>. Que des centaines de passagers étaient prêts à monter à bord à cet instant n'a rien changé au problème. Quelques jours plus tôt, on avait en effet trouvé 331 kg de résine de cannabis dans la soute à bagage de l'avion. Le jour même, l'avion a été restitué, non sans avoir exigé au préalable à Air Canada le paiement d'une somme d'argent de £ 50 000, sur la base de la section 152 de la CEMA et du paragraphe 16 *Schedule 3 Provisions relating to forfeiture*<sup>12</sup>. Il n'est pas sans importance de mentionner que cet incident était le dernier d'une série. Entre 1983 et 1987, la douane avait constaté des lacunes dans le système de sécurité de Air Canada, ce qui fait qu'à plusieurs reprises, des drogues illégales étaient entrées au Royaume-Uni. Air Canada avait été informé de ce fait et la douane l'avait prévenu de la surveillance. Air Canada a introduit une plainte et a avancé que l'avion ne pouvait pas être saisi, n'étant pas susceptible de faire l'objet d'une confiscation. La douane a engagé une procédure devant la *High Court*, en vue de faire imposer la confiscation (*instrumentum sceleris*). La douane maintient la vision selon laquelle l'avion, au moment de la saisie pouvait être confisqué. Air Canada invoque en la matière deux exceptions de défense : 1) la société ignorait qu'il y avait du cannabis à bord et ne s'est pas montrée négligente en ne le découvrant pas et 2) elle n'aurait pas pu, avec « diligence raisonnable », découvrir le cannabis à bord ou empêcher sa présence. Le juge Tucker arrive dans son jugement à la conclusion que l'avion ne pouvait en effet pas être confisqué et que les plaignants disposaient de toute façon d'exceptions de défense comme « l'ignorance » et « le contrôle raisonnable ». La charge de la preuve incombe en outre à la douane, motive Tucker, qui doit prouver que Air Canada savait ou aurait dû savoir (*dolus* ou *culpa*) que cette résine de cannabis était à bord de l'avion ou que l'avion n'effectuait pas de vol régulier et réglementaire (ce qui n'était pas le cas ici). Bref, la preuve de l'élément moral (*mens rea*) joue indéniablement un rôle lors de la sanction de confiscation, la responsabilité objective (*strict liability*) n'intervenant pas.

11. Section 139 (1) : « Any thing liable to forfeiture under the customs and excise Acts may be seized or detained by any officer or constable or any member of Her Majesty's armed forces or coastguard » ; Section 141 (1) : « Without any prejudice to any other provision of the Customs and Excise Acts 1979, where any thing has become liable to forfeiture under the customs and excise Acts – (a) any ship, aircraft (...) » ; Section 141 (3) : « Where any of the following, that is to say (...) (b) any aircraft (...) becomes liable to forfeiture under this section by reason of having been used in the importation, exportation or carriage of goods contrary to or for the purpose of contravening any prohibition or restriction for the time being in force with respect to those goods, or without payment having been made of, or security given for, any duty payable thereon, the owner and the master or commander shall each be liable on summary conviction to a penalty equal to the value of the ship, aircraft or (level 5 on the standard scale), whichever is the less ».

12. Section 152 : « The Commissioners may, as they see fit – (a) stay, sist or compound any proceedings for an offence or for the condemnation of any thing as being forfeited under the customs and excise Acts ; or (b) restor, subject to such conditions (if any) as they think proper, any thing forfeited or seized under those Acts (...) » ; Par. 16 : « Where any thing has been seized as liable to forfeiture the Commissioners may at any time if they see fit and notwithstanding that the thing has not yet been condemned, or is not yet deemed to have been condemned, as forfeited – (a) deliver it up to any claimant upon his paying to the Commissioners such sum as they think proper, being a sum not exceeding that which in their opinion represents the value of the thing, including any duty or tax chargeable thereon which has not been paid (...) ».

La douane a interjeté appel et a obtenu un jugement devant la *Cour of Appeal*, jugement qui s'oppose diamétralement à celui prononcé en première instance. Lord Justice Purchas établit que : « The wording of section 141 is, in my view, clear and unambiguous and does not permit of any implication or construction so as to import an element equivalent to *mens rea* (criminal intent) nor does it involve in any way any person in the widest sense whether as user, proprietor or owner but depends solely on "the thing" being used in the commission of the offence which rendered the goods liable to forfeiture (...) ».

L'argument de Air Canada selon lequel la section 141 doit, par sa forme ou du moins par ses effets, être qualifiée de prescription pénale a été rejeté par la *Court of Appeal*. Lord Justice Purchas se montre prudent dans sa formulation : « In my judgment, the answer to this submission which demonstrates its fallacy is that the process which is invoked as a result of sections 141 (1), 139 and Schedule 3 is by description a civil process. This would not, if all other matters militated to the contrary, prevent it from being in its nature a criminal provision. Mere words would not necessarily be conclusive although the procedure in the civil courts outlined in Schedule 3 must carry considerable weight ». Sur la base de la jurisprudence, il arrive toutefois à la ferme conviction que la section 141 prévoit une procédure *in rem* à l'encontre de l'instrumentum sceleris. L'élément moral dans le chef du consommateur, du propriétaire ou du détenteur ne joue aucun rôle. La constatation et la preuve de l'intention, de la faute ou de la négligence dans le chef de Air Canada sont indépendantes de la saisie-confiscation. En raison du caractère *in rem*, il n'est pas question d'une prescription pénale ou d'une sanction. La *Court of Appeal* prononce dès lors la confiscation de l'avion, ce qui signifie *de facto*, étant donné que l'avion avait été restitué contre le paiement d'une somme d'argent, la confiscation de cette somme d'argent.

#### La procédure de la CEDH (Comm. EDH/CEDH)

Dans la requête adressée à la Commission européenne des droits de l'homme, Air Canada invoque la violation de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 (droit de propriété)<sup>13</sup> et de l'article 6 (1). La Commission européenne des droits de l'homme<sup>14</sup> banalise la saisie et fonde surtout son jugement sur les £ 50 000 qu'elle juge proportionnelles au droit de propriété dans l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1. De justesse et renvoyant à la jurisprudence antérieure<sup>15</sup>, la sanction de confiscation est exclue du concept de poursuite pénale. En ce qui concerne les droits et devoirs civils, la constatation selon laquelle le plaignant n'a pas épuisé toutes les voies de recours contre l'imposition de la somme d'argent suffit. Étant donné la petite majorité lors de la prise de décision, il y a cinq opinions dissidentes. Trechsel, Liddy et Marxer parlent d'une amende sous la forme déguisée d'une saisie-confiscation et donc d'une « accusation en matière pénale » dans

13. Art. 1 : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

14. Rapp. du 30 nov. 1993.

15. Affaire *Raimondo c/ l'Italie*, rapp. 21 oct. 1992 et affaire *AGOSI (V. infra)*. Il y a eu entre-temps un jugement dans l'affaire *Raimondo c/ l'Italie* (22 févr. 1994). Je ne comprends pas comment la Comm. EDH peut se fonder sur l'affaire *Raimondo*, car tant la Comm. EDH que la CEDH n'invoquent pas de violation de l'art. 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1, parce que la confiscation, suite à l'appel de Raimondo, n'a jamais eu comme conséquence une cession de propriété. En ce qui concerne l'art. 6, tant la Comm. EDH que la CEDH établissent, dans l'affaire *Raimondo*, qu'il n'y a que la longueur de la procédure qui a fait l'objet de la procédure, mais la CEDH confirme la vision de la Comm. EDH dans le par. 41 : « (...) Quant à la confiscation, il échet de relever que l'article 6 s'applique à toute action ayant un objet "patrimonial" et se fondant sur une atteinte alléguée à des droits eux aussi patrimoniaux ».

le sens de l'article 6 (1). D'autres constatent l'incompatibilité avec les droits et devoirs civils ou avec l'article premier du Protocole n° 1.

Les opinions dissidentes ne peuvent pas être utiles, la Cour européenne des droits de l'homme arrivant aux mêmes conclusions que la Commission européenne des droits de l'homme. La saisie n'a pas, selon la Cour européenne des droits de l'homme, de cession de propriété comme conséquence mais une limitation temporaire d'usage de la propriété, visant à éviter que des avions soient utilisés pour faire entre autres entrer des drogues interdites au Royaume-Uni. La confiscation ne constitue pas non plus de cession de propriété, étant donné que celle-ci porte seulement sur la somme d'argent payée et non sur l'avion lui-même. Il reste à vérifier si la confiscation de la somme d'argent est compatible avec les exceptions prévues dans l'article premier, paragraphes 2 et 3 du Protocole n° 1. La Cour européenne des droits de l'homme établit que les compétences de la douane au Royaume-Uni sont remarquablement étendues. Dans cette affaire toutefois, il n'a été procédé à des mesures exceptionnelles qu'après avoir constaté diverses infractions et toujours dans le but de lutter contre le trafic international de drogue. Air Canada disposait en outre d'une voie de recours devant le juge national afin de faire examiner l'application des compétences discrétionnaires par la douane sous l'angle de leur caractère raisonnable. Bien que, dans cette procédure d'appel, les mérites de l'affaire ne puissent pas intervenir, cette procédure rencontre, selon la Cour européenne des droits de l'homme, étant donné la jurisprudence antérieure, les exigences de l'article premier, paragraphe 2. Il incombe au juge national de décider si la compétence discrétionnaire de la douane a été appliquée de manière illégale, sur la base d'un acte illégitime ou d'irrégularités procédurales. La procédure nationale est telle que l'exercice des compétences est examiné sous l'angle du caractère raisonnable. La conclusion de la Cour européenne des droits de l'homme énonce par conséquent que, vu la grande quantité de cannabis, vu la valeur en rue du cannabis et la valeur de l'avion saisi, l'exigence du paiement d'une somme d'argent de £ 50 000 n'était pas disproportionnée au but, à savoir l'intérêt général dans le cadre de la lutte contre l'importation de drogue illégale au Royaume-Uni. Pour ces raisons, la Cour européenne des droits de l'homme dit, tenant compte de la marge d'appréciation des Etats membres, que le Royaume-Uni a, dans le cadre de la décision prise dans cette affaire, réalisé une évaluation raisonnable des intérêts et n'a pas violé l'article premier du Protocole.

En ce qui concerne l'article 6 (1), Air Canada établit qu'une sanction pénale, en l'occurrence une amende pénale, lui a été infligée. Ni la confiscation, ni la possibilité théorique du recours en appel ne satisfont aux conditions de l'article 6 (1). Est-il question ici d'une poursuite pénale ? La Cour européenne des droits de l'homme émet un jugement négatif et suit la *Cour of Appeal* : une procédure *in rem*. La Cour européenne des droits de l'homme fait intervenir le fait qu'il n'est pas question de procédures ou de dispositions pénales au sens formel et qu'il n'y a pas menace d'une procédure pénale en cas de non-paiement de la somme d'argent<sup>16</sup>. A titre subsidiaire, Air Canada invoque que tant la saisie de l'avion que l'amende sont des décisions portant sur les droits et devoirs civils de la société, dépourvues de tout recours en appel à part entière devant une instance judiciaire, ce qui est contraire à l'article 6 (1). La Cour européenne des droits de l'homme dit qu'il est établi et qu'il n'est pas contesté que les droits et devoirs civils de la société interviennent dans la procédure. En ce qui concerne la saisie, la douane doit faire appel au juge en vue d'obtenir la confiscation. En l'espèce, c'est ce qui s'est produit et les parties ont consenti à ce que la procédure se limite aux points juridiques (non factuels) du litige. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, il a ainsi été satisfait à la condition de l'article 6 (1). En ce qui concerne le paiement de la somme d'argent, Air Canada aurait pu, au Royaume-Uni, engager

16. Affaire *Deweert c/ Belgique*, jugement 27 févr. 1980.

une procédure au cours de laquelle elle aurait pu mettre en question les motifs factuels pour l'exercice de cette compétence. Etant donné que Air Canada n'a pas fait usage de cette procédure, la Cour européenne des droits de l'homme ne se sent pas appelée pour examiner *in abstracto* la procédure sous l'angle de l'article 6 (1). La Cour européenne des droits de l'homme en conclut donc qu'il n'y a pas de violation de l'article 6 (1).

Le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme suscite beaucoup de questions, même au sein de la Cour européenne des droits de l'homme elle-même, étant donné les opinions dissidentes très critiques de quatre juges. Walsh est d'avis qu'il est question ici d'une poursuite pénale. Dans l'affaire *Oztürk c/ l'Allemagne* déjà, la Cour européenne des droits de l'homme avait souligné l'autonomie du concept d'accusation en matière pénale dans l'article 6. Les éléments qui jouent un rôle en cette matière sont la nature et la gravité de la sanction qui est infligée à l'intéressé. Air Canada a reçu une amende de £ 50 000, en fait pour des faits punissables soumis par une ou plusieurs personnes qui lui sont inconnues et à l'égard desquelles elle n'assume aucune responsabilité. Il se peut alors que la condamnation soit qualifiée de décision *in rem* et que la sanction ait été infligée *ad personam*. Walsh est par conséquent d'avis qu'il y a violation tant de l'article premier du Protocole n° 1 que de l'article 6. Pekkanen s'attache surtout aux très larges compétences discrétionnaires de la douane qui, en ce qui concerne la saisie et les mesures qui s'ensuivent, sont en fait illimitées. Pekkanen se demande si cet encadrement légal satisfait à la condition de « prévisibilité », telle qu'elle est exigée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il pense que ce n'est pas le cas. Selon lui, il faut en outre, dans le cadre de ce type de compétences discrétionnaires larges, que la procédure d'appel incombe à une instance judiciaire dotée d'une plénitude de compétence. Le fait que le contrôle judiciaire se limite, au Royaume-Uni, à une procédure de contrôle, signifie qu'il n'est pas question d'un appel et qu'il y a incompatibilité avec l'article premier du Protocole n° 1 et l'article 6.

L'opinion dissidente la plus intéressante émane toutefois de Martens et de Russo réunis. Ils sont d'avis que la confiscation ne présente pas ici de caractère juridique réparatoire mais est orientée vers la sanction d'un délit, à savoir le trafic de drogue, en vue de la prévention spéciale et générale. Cette forme de confiscation doit clairement être située dans le cadre du droit pénal, à savoir en tant que *instrumentum sceleris*. Martens et Russo qualifient par conséquent cette confiscation, dans les termes de l'article premier, paragraphe 2 du Protocole n° 1, de nécessaire pour assurer le paiement de sanctions pécuniaires (*penalties*). La section 141 (1) de la CEMA se distingue toutefois à deux points de vue de la saisie et de la confiscation de *l'instrumentum sceleris* : les éléments constitutifs qui portent sur l'intention ou la faute (*mens rea*) ne jouent aucun rôle ; les personnes, en leur qualité de consommateur, de propriétaire ou de détenteur, n'interviennent pas dans la procédure. Cela n'enlève rien au fait qu'il doit y avoir suspicion d'un fait punissable (trafic) et que la saisie/confiscation est également orientée vers la prévention spéciale et générale. Il en résulte que lorsque l'auteur n'est pas le propriétaire ou le détenteur, etc. de l'instrument, ce dernier ne peut pas se défendre, au Royaume-Uni, contre la confiscation sur la base de l'exception d'innocence (selon laquelle raisonnablement, il ne pouvait pas savoir ou soupçonner que son bien serait utilisé en tant qu'instrument pour commettre un délit). Ce point est-il compatible avec l'article premier, paragraphe 1 du Protocole n° 1 ? En fait, pour une confiscation, qui matériellement s'apparente à une sanction criminelle, la charge de la preuve de l'élément moral devrait incomber aux autorités. Martens et Russo acceptent ce point, à savoir qu'en droit douanier la charge de la preuve est renversée<sup>17</sup>. Cela ne signifie toutefois pas que la confiscation du patrimoine suite à une violation du droit – quels

17. V. l'affaire *Salabiaku c/ France*, jugement du 7 oct. 1988 et l'affaire *Pham Hoang c/ France*, jugement du 25 sept. 1992.

que soient l'importance de cette violation et le caractère contraignant que confère l'intérêt général à sa prévention et à sa sanction – soit compatible avec l'article premier du Protocole n° 1, lorsqu'il n'existe aucune relation entre le détenteur des biens ou la personne responsable des biens et de la violation du droit. Ce mal peut-il être adouci par le fait que la douane dispose de compétences discrétionnaires, sur la base de la section 152 et du paragraphe 6 de *Schedule 3*, pour restituer le bien saisi contre le paiement d'une somme d'argent ? Martens et Russo répondent négativement, parce que dans un Etat de droit les restrictions au droit de propriété doivent être clairement déterminées dans la réglementation. En outre, la compétence de la douane de restituer le bien est extrêmement discrétionnaire. Même si la douane utilise cette compétence raisonnablement, Martens et Russo considèrent qu'elle pose problème par rapport à l'article 6. En effet, indépendamment de la qualification juridique qui est conférée au système de sanction-confiscation (civil, administratif ou pénal), la douane dispose de la compétence de poursuivre la compagnie aérienne, de la sanctionner d'une amende importante et de la contraindre au paiement. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'attribution de ce type de compétences à des autorités administratives est jugée compatible avec l'article 6, à condition toutefois qu'une voie de recours au fond soit possible. La voie de recours prévue au Royaume-Uni ne suffit pas en la matière, parce que tous les mérites juridiques et factuels de l'affaire ne peuvent être examinés. Martens et Russo concluent donc qu'il y a violation de l'article premier du Protocole n° 1 et de l'article 6 (1).

### Conclusion

Le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme est franchement décevant. En ne plaçant pas cette forme de confiscation sous la protection juridique de la Commission européenne des droits de l'homme, on crée un dangereux précédent et les Etats membres sont libres de soustraire les sanctions à caractère patrimonial aux conditions sévères de la protection juridique du droit pénal et de la Commission européenne des droits de l'homme. On peut également se demander si la Cour européenne des droits de l'homme a suffisamment étayé son jugement. Il est en effet frappant de constater que McFarlane, auteur du commentaire de la CEMA<sup>18</sup>, critique sévèrement la réglementation de la saisie et de la confiscation. Ses arguments rejoignent ceux de Air Canada et des opinions dissidentes. Selon McFarlane, *le Keith Committee on the Enforcement Powers of the Revenue Departments*<sup>19</sup> avait formulé un certain nombre de recommandations en vue de compléter sur le plan légal la compétence discrétionnaire de la douane et de prévoir une procédure d'appel efficace. Le *Keith Committee* pensait en cette matière entre autres à un système objectif de sanctions administratives (*civil penalties*), comme il existe au Royaume-Uni pour la TVA. La douane s'est montrée hostile à ce système. Le *Keith Committee* était également partisan de directives départementales qui pourraient être examinées par les tribunaux. Si ces recommandations avaient été suivies, dit McFarlane, la procédure impliquant Air Canada aurait pu être évitée. Sa conclusion est incisive : « The situation is generally unsatisfactory (...) Thus the Commissioners without any form of trial or taking of evidence can themselves impose a fine on the basis of facts which they allege, they judge, and against which there is no appeal. This would appear to be in clear breach of the European Convention on Human Rights »<sup>20</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a mis très nettement en avant l'idée d'effectivité.

Dans leur opinion dissidente, Martens et Russo se montrent très conscients des conséquences de ce jugement pour toutes les atteintes aux droits patrimoniaux à la

18. G. McFarlane, *Customs and Excise Law and Practice*, Londres, 1933 ; V. égal. Mitchell, A.R., Hinton, M.G., Taylor, S.M.E., *Confiscation*, Londres, 1992.

19. 1985, volume 4, Cmnd 9440.

20. G. McFarlane, *op. cit.*, p. 120-121.

suite de violations du droit pénal, donc également pour le retrait de l'avantage indûment acquis. C'est pourquoi ils s'opposent donc nettement au jugement de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Agosi*.

## 1.2. *Affaire Agosi c/ le Royaume-Uni, CEDH, 24 octobre 1986*

### Faits et procédure au Royaume-Uni

L'entreprise *Agosi* vend en Allemagne des pièces d'or (*Kriegerrands*) à X et à Y. Ces derniers paient, un samedi, au moyen d'un chèque. *Agosi* stipule par contrat qu'elle demeure propriétaire jusqu'au moment du paiement définitif. Le chèque s'avère être sans provision au moment de l'encaissement. Entre-temps, X et Y, en possession des pièces d'or, sont partis en voiture pour le Royaume-Uni. Pour l'importation de pièces d'or au Royaume-Uni, une autorisation était exigée à cette époque et des taxes devaient être payées. La douane à Douvres constate l'importation illégale, saisit la voiture et les pièces d'or et poursuit X et Y pour contrebande. *Agosi* fournit à la douane sa collaboration et intervient également comme témoin. Après le déroulement du procès pénal, l'entreprise veut récupérer, en tant que propriétaire, les pièces d'or saisies. La douane ne donne pas suite à cette demande. Les procédures de recouvrement auprès de la *High Court* et de la *Court of Appeal* ne donnent pas gain de cause à *Agosi* et conduisent à la confiscation des pièces d'or (*objectum sceleris*), sur la base de la section 44 du *Customs and Excise Acts 1952*. L'innocence du propriétaire ne joue aucun rôle et la douane dispose de compétences discrétionnaires larges en vue de, sur la base de la section 44, saisir et requérir la confiscation. Le juge examine seulement si le bien est susceptible d'être confisqué. Il n'y a aucune obligation juridique de restituer les biens, même au propriétaire légitime qui n'est pas impliqué dans l'affaire pénale.

### Procédures CEDH (Comm. EDH/CEDH)

Dans son rapport<sup>21</sup>, la Commission européenne des droits de l'homme est d'avis que la saisie et la confiscation doivent être considérées comme un élément constitutif intégral de la procédure pénale et que le droit à la propriété peut par conséquent être soumis à des restrictions justifiées (art. 1<sup>er</sup>, § 2 du Protocole n° 1). Cela s'applique-t-il également lorsque le propriétaire des biens n'est pas l'auteur de l'infraction, est donc un tiers ? La Commission européenne des droits de l'homme considère que, dans une telle situation, le propriétaire dispose d'une voie de recours pour prouver son innocence et récupérer ses biens. Le Royaume-Uni n'a pu donner ni base légale ni exemples de procédures (*certiorari* ou d'autres formes de révision judiciaire) contre les décisions de la douane. L'absence d'une voie de recours amène la Commission à conclure à une violation de l'article premier du Protocole n° 1. Dans leur opinion dissidente, Melchior et Soyer établissent qu'une procédure d'appel spécifique reconnaissant les intérêts de tiers mériterait la préférence mais cela ne signifie pas qu'il n'existe aucune possibilité au Royaume-Uni pour attaquer la décision de confiscation de la douane devant la *High Court*, la *Court of Appeal* et la *House of Lords*. Ce sont les règles normales de droit administratif qui s'appliquent alors et ces Cours auraient pu inclure la protection du « propriétaire innocent » dans leur jugement en examinant le caractère raisonnable et la proportionnalité de la mesure. On aurait ainsi pu voir si *Agosi* avait pris suffisamment de précautions ou si on pouvait lui reprocher d'avoir fait preuve de négligence (l'acceptation d'un chèque un samedi). La Cour européenne des droits de l'homme est, contrairement à la Commission européenne des droits de l'homme, d'avis que, dans cette affaire, l'intérêt du propriétaire (le droit de propriété contenu dans l'article 11 (1) du Protocole n° 1) a été suffisamment pris en considération par rapport à l'intérêt de l'Etat et qu'*Agosi* disposait aussi, dans le droit anglais, d'une procédure suffisante. La Cour européenne des droits de l'homme considère l'intérêt de l'Etat

21. Rapp. du 11 oct. 1984.



comme étant la réglementation de l'usage de la propriété et non l'imposition d'impôts ou de sanctions pécuniaires. A la défense des avocats selon lesquels Agosi a fait l'objet d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 (2), la Cour répond que la procédure pénale n'a été menée qu'à l'encontre des contrebandiers et non à l'encontre d'Agosi et que les conséquences des actes des contrebandiers, en l'espèce la confiscation, ne signifient pas que ces conséquences tombent sous le concept d'accusation en matière pénale. La Cour européenne des droits de l'homme ne voit aucune raison d'examiner encore l'affaire sous l'angle de la compatibilité avec l'article 6 (1), des droits et devoirs civils, étant donné que les avocats n'avaient pas avancé ce point comme argumentation. Un certain nombre de juges laissent clairement apparaître, dans des opinions dissidentes, qu'il y a bien dans cette affaire une violation des droits et devoirs civils de Agosi et donc une violation de l'article 6 (1). Le juge Pettiti pense en outre que la confiscation n'était plus nécessaire dans l'intérêt de l'Etat et que les compétences de la douane en la matière présentent un caractère beaucoup trop discrétionnaire. Si la douane avait également poursuivi Agosi au plan pénal, sur la base de complicité, Agosi aurait eu droit à un procès honnête au sens de l'article 6 de la Cour européenne des droits de l'homme. Comme ce n'est pas le cas, il est étrange de ne pas offrir à Agosi au moins la protection de l'article 6 (1). Pettiti dit en effet que la confiscation est une sanction administrative infligée par la douane sans aucune faute dans le chef de Agosi et « L'article 6 (1) implique bien que l'on ne saurait, sous couvert de transfert de compétences et de qualifications, priver le justiciable des garanties normales de la procédure correspondant à l'objet de celle-ci. L'arrêt *Oztürk* de la Cour européenne est bien dans cette ligne. L'Etat, qui par son organisation judiciaire n'a pas exercé de poursuites contre une personne, ne peut priver celle-ci des garanties de l'article 6 sous prétexte qu'il n'y aurait pas eu de procès pénal, et en même temps faire obstacle au procès civil ».

### Conclusion

Il apparaît à nouveau ici que les juges de la Commission européenne des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme sont partagés dans l'approche de cette problématique fondamentale et que le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme repose sur de fragiles arguments à la lueur des points de vue qui sont avancés devant la Commission européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme. Il n'est donc pas étonnant que Martens et Russo se distancient en termes forts du jugement de la Cour européenne des droits de l'homme. Ils sont en effet d'avis que tant la confiscation de l'*objectum sceleris* (les pièces d'or) que celle de l'*instrumentum sceleris* (l'avion) doivent être considérées comme des sanctions au sens de l'article premier (2) du Protocole. Ils se prononcent en tout cas contre le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Agosi*, mais établissent que le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de l'*objectum sceleris* ne peut en aucun cas être utilisé pour l'*instrumentum sceleris*.

Dans leur opinion dissidente, Martens et Russo ne renvoient qu'accessoirement à une troisième affaire qu'ils auraient pu, à mon avis, impliquer de manière plus substantielle dans leur opinion.

### 1.3 Affaire Welch c/ le Royaume-Uni, CEDH, 9 février 1995

#### Faits et procédure au Royaume-Uni

M. Welch a importé, en 1986, de grandes quantités de cannabis au Royaume-Uni. Il est condamné par la *Crown Court* à une peine d'emprisonnement de 22 ans. Il reçoit en outre un ordre de paiement du montant indûment acquis (*confiscation order*), s'élevant à £ 66 914 ou à deux ans d'emprisonnement subsidiaire, fondé sur le *Drug Trafficking Offences Act 1986 (DTOA)*. La *Court of Appeal* réduit la peine d'emprisonnement à

20 ans et le *confiscation order* à £ 59 914. Les faits sont, en l'espèce, antérieurs à l'entrée en vigueur de la *DTOA* (janv. 1987). L'*Act* crée toutefois une suspicion de preuve de patrimoine criminel pour les biens ou l'argent qui lui a été transmis au cours des dix années qui précèdent le moment où une poursuite pénale est engagée à son encontre. Le prévenu peut fournir la preuve contraire. Il peut se contenter de montrer qu'il n'existe probablement pas de lien (*the balance of probabilities*) entre les délits de drogue et son patrimoine ; une charge de la preuve *beyond a reasonable doubt* n'est pas exigée. En ce qui concerne la situation transitoire, il suffit que la procédure pénale ait débuté après l'entrée en vigueur de l'*Act*. Le juge a, sur la base du *DTOA*, des compétences discrétionnaires larges lors de la détermination du patrimoine criminel. Il peut entre autres tenir compte de la mesure de la faute de l'auteur. C'est notamment le cas dans le cadre des associations criminelles où il y a des degrés divers de participation. Au Royaume-Uni, les juges sont partagés quant au caractère juridique de ce *confiscation order*. Une minorité est d'avis qu'il s'agit d'une mesure réparatoire ; une majorité se limite toutefois à des sanctions punitives.

#### Procédure CEDH (Comm. EDH/CEDH)

Welch invoque à Strasbourg une violation de l'article 6 (en raison de mesures de sécurité à l'audience) et de l'article 7 de la Cour européenne des droits de l'homme. La Commission européenne des droits de l'homme<sup>22</sup> déclare la requête fondée sur l'article 6 irrecevable. En ce qui concerne l'article 7, Welch avance que le patrimoine a été confisqué sur la base de la législation entrée en vigueur après les faits et appliquée avec effet rétroactif. L'article 7 (1), paragraphe 2, énonce : « Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed. » La question est donc de savoir si le *confiscation order* peut être considéré comme une *penalty*. La Commission européenne des droits de l'homme ne considère pas la gravité de la peine comme un argument suffisant pour conclure à une *penalty*. Le *confiscation order* a donc un caractère réparatoire et préventif. La Commission européenne des droits de l'homme suit en fait ainsi le raisonnement qu'elle avait appliqué dans l'affaire *M. c/ L'Italie* (n° 12386, déc. 15.04.91). Dans cette affaire, il était question d'une confiscation administrative des autorités italiennes qui était indépendante d'une procédure et d'une condamnation pénale. Selon la Commission européenne des droits de l'homme, il s'agit d'une mesure réparatoire et préventive. Le fait que, dans l'affaire *Welch*, la confiscation a eu lieu dans le cadre de la procédure pénale, ne constitue pas, pour la Commission européenne des droits de l'homme, un argument suffisant pour conclure à une *penalty*. Lors de la décision, la Commission européenne des droits de l'homme arrive à *l'ex-aequo* des voix. La voix prépondérante du président conduit à une absence de violation : il s'agit d'une mesure réparatoire et préventive. Il n'est donc pas surprenant que six juges saisissent la plume pour exprimer leur opinion dissidente. Ils pensent que le lien avec le procès pénal et l'effet punitif de la mesure qui dépasse le caractère réparatoire et préventif constituent des arguments suffisants pour conclure qu'il est question ici d'une sanction.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, le gouvernement souligne une nouvelle fois que le *confiscation order* a une fonction double : 1) retirer les revenus obtenus par le trafic de drogue et 2) éviter l'utilisation de ces revenus. Cette mesure a donc un but réparatoire et préventif et ne vise pas à infliger une sanction punitive. La condamnation pénale pour trafic de drogue n'est que le motif. Le tribunal n'est pas lié, pour le *confiscation order*, à l'acte d'accusation et la confiscation peut donc concerner un patrimoine obtenu par d'autres délits de drogue. Le fait qu'une peine d'emprisonnement subsidiaire peut être infligée n'est pas non plus convaincant, avance le gouvernement, parce que beaucoup d'*orders* non pénaux sont obtenus au

22. Rapp. du 15 oct. 1993.

moyen de sanctions pénales, ce qui ne signifie pas que les *orders* doivent être qualifiés de sanction.

La Cour européenne des droits de l'homme établit que, pour le jugement de la mesure de confiscation à la lumière de l'article 7, le critère de *penalty* doit être examiné de manière autonome sur la base des critères suivants : la mesure est imposée après accusation d'une infraction ; la nature et le but de la mesure ; la qualification et les procédures dans le droit national et la lourdeur de la mesure. La Cour européenne des droits de l'homme constate que, dans cette accusation de trafic de drogue, il y a une condition indispensable. Le fait que la mesure de confiscation puisse s'étendre à d'autres patrimoines n'intervient pas. La gravité de la mesure n'est pas en soi suffisante pour conclure à une sanction. Le fait toutefois que d'autres patrimoines que ceux obtenus par l'infraction mise à charge peuvent être confisqués peut avoir, à côté du caractère réparatoire et préventif, également un caractère punitif. Il en va en outre ainsi que ce sont les produits du crime qui sont confisqués, non les « profits », c'est-à-dire les revenus bruts et non les bénéfiques. Tenant en outre compte du fait que le juge dispose de compétences discrétionnaires larges lors de la détermination du patrimoine criminel, qu'il peut tenir compte dans ce cadre du degré de faute et qu'il peut infliger une peine d'emprisonnement importante amène la Cour européenne des droits de l'homme à conclure unanimement (!) à l'existence d'une sanction et à l'incompatibilité avec l'article 7 qui interdit l'effet rétroactif des sanctions.

### Conclusion

Par ce jugement, le bien-fondé de la mesure de confiscation infligée par les tribunaux pénaux en général n'est en fait pas mis en question, mais le jugement indique cependant que l'atteinte portée aux droits patrimoniaux à la suite de violations punissables du droit peut revêtir un caractère punitif. Bien que les critères de la définition du concept sanction dans l'article 7 de la Cour européenne des droits de l'homme ne doivent pas être similaires à ceux de la définition du concept d'accusation en matière pénale dans l'article 6 de la Cour européenne des droits de l'homme, il paraît cependant évident de tendre dans ce cadre à l'unité<sup>23</sup>. Malgré ce jugement positif, la Commission européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas réussi à tracer clairement la ligne d'une protection juridique minimale en cas d'atteinte au patrimoine à la suite de ou dans le cadre du droit pénal. Etant donné le développement dans ce domaine vers des procédures de droit administratif ou civil, dans le cadre ou non de la procédure pénale, ceci constitue un maigre bilan. Les instances de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont toujours pas réussi à freiner le remplacement de l'approche *ad personam* par une approche *in rem* dans la lutte procédurale contre les biens ou patrimoine utilisés ou obtenus par des infractions. Il est grand temps d'imposer de tracer une frontière minimale à l'élément moral, de telle sorte qu'en cas de renversement de la charge de la preuve l'intéressé puisse rendre plausible (ce qui ne veut pas dire démontrer) que raisonnablement il n'aurait pas pu empêcher le fait (obligation d'effort liée aux obligations de soin). De cette manière, la preuve d'innocence est à nouveau réhabilitée, comme il convient en cas de sanctions punitives.

## 2. SIGNIFICATION POUR LA PROCÉDURE PÉNALE NÉERLANDAISE

Il est frappant que la jurisprudence citée concerne presque exclusivement le Royaume-Uni et est liée au droit douanier ou aux compétences en matière de douane. La problématique n'est toutefois pas inconnue dans d'autres pays européens. La législation douanière française qualifie la confiscation comme une peine qui concerne

23. P. van Dijk et G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, 1990.364.

l'objet et non l'auteur (*in rem*). Le législateur a toutefois eu l'intelligence de protéger, dans les cas d'exception, la position de tiers. Quand il s'agit notamment de moyens de transport comme des bateaux et des avions, il doit être question, pour une saisie et une confiscation, d'une participation pénale dans le chef du propriétaire du moyen de transport<sup>24</sup>. L'atteinte aux droits patrimoniaux à la suite de violations punissables du droit connaît dans un certain nombre de pays également des formes civiles<sup>25</sup> et administratives, insérées ou non dans le procès pénal<sup>26</sup>. Aux Pays-Bas, les possibilités qu'offre le droit pénal pour priver quelqu'un de ses biens ou de son patrimoine ont été considérablement étendues par la *Wet vermogenssancties* (Loi sur les sanctions patrimoniales) de 1983<sup>27</sup> et la *Wet verruiming vermogenssancties* (Loi sur l'extension des sanctions patrimoniales) de 1993<sup>28</sup>. Les amendes d'écrémage et les mesures de confiscation des produits du crime sont devenues des concepts courants. Aux Pays-Bas également, le vieux principe selon lequel la confiscation ne peut être prononcée que si le prévenu est condamné en raison d'une infraction et à l'encontre d'objets qui ont été tous ou en grande partie obtenus par une infraction (comme la confiscation prévue dans l'art. 33 Sr, § 1) a été abandonné suite à l'introduction de la législation sur la confiscation des produits du crime. Cela ne signifie pas que les procédures *in rem* sont introduites et que « l'approche *ad personam* » a disparu. La procédure civile *in rem* aux Etats-Unis, la réglementation italienne en matière de confiscation du patrimoine de la mafia et la confiscation française dans son ensemble vont clairement plus loin dans cette direction<sup>29</sup>. Aux Pays-Bas, on n'a pas choisi une saisie à caractère civil mais une saisie à caractère pénal présentant des caractéristiques civiles. De quelle manière peut-il être porté atteinte aux droits patrimoniaux à la suite d'une violation punissable du droit ? Le code pénal n'exige pas un soupçon à l'encontre d'une personne déterminée. Cela va de soi puisque la saisie constitue un moyen de contrainte qui est exercé sur des objets. L'affaire doit toutefois se situer dans le champ du droit pénal. Il doit y avoir une suspicion d'infraction<sup>30</sup>. Permettez-moi d'illustrer ce point en partant de la position de tiers en cas de saisie-confiscation et de la position de l'auteur en cas de retrait du bénéfice.

La confiscation est un des objectifs de procédure pénale de la saisie (art. 94, c. pr. pén.). L'article 118 b du code de procédure pénale donne la possibilité au saisi et à d'autres intéressés de demander au ministère public de faire restituer un objet qui a été saisi sur la base de l'article 94 a du code de procédure pénale (sous cautionnement). Si le ministère public ne le fait pas, le saisi et le tiers propriétaire également peuvent à juste titre porter plainte sur la base de l'article 552 a du code de procédure pénale quant à l'absence d'un ordre (conditionnel) de restitution<sup>31</sup>. La restitution ne doit pas impliquer la remise au saisi. Lors de la procédure de plainte, la Chambre du conseil prend la place du ministère public dans cette procédure teintée de droit administratif<sup>32</sup>.

24. V. C.J. Berr et H. Tremeau, *Le droit douanier*, Paris, 1988, p. 522 et s.

25. V. L.F. Keyser-Ringnalda, *Boef en buit. De ontneming van het wederrechtelijk verkregen vermogen*, Arnhem, 1994, 191, qui indique toutefois que la *Supreme Court* des Etats-Unis a déterminé de manière unanime que le huitième amendement de la Constitution qui interdit les sanctions excessives entraîne qu'il doit exister une relation entre la gravité du fait et le patrimoine qui est enlevé, même si cela se fait au moyen d'une procédure *in rem*.

26. J.J.E. Schutte, *op. cit.*

27. *Wet van 31 maart 1983*, Stb. 153.

28. *Wet van 10 december 1992*, Stb. 1992. Voyez B.F. Keulen, MOT met de strafrecht, TVVS, 1993, 281 ; D.R. Doorenbos, *Het SFO, de ontnemingsprocedure en de rechtspositie van de onderzochte persoon. Kortwieken en kaalplukken*, *Advocatenblad*, 1994, 504 et M.S. Groenhuijsen et D. van der Landen, De financiële aanpak van de georganiseerde criminaliteit, *NJB*, 1995, 613.

29. Voyez pour une approche de droit comparé : BKA, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten*, Wiesbaden, 1989 ; A. Dessecker, *Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, Freiburg i. Br., 1992 et L.F. Keyser-Ringnalda, *op. cit.*

30. G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem, 1993, 420.

31. Comme filet de sécurité ultime, le référé civil est indiqué.

32. G.J.M. Corstens, *op. cit.*, p. 27.

Pour elle, tout comme pour l'officier (substitut), vaut la règle principale de l'article 118, paragraphe 1 du code de procédure pénale : restitution au saisi ou sur la base de l'article 118, paragraphe 3 du code de procédure pénale à un tiers. Bien qu'il n'incombe pas au ministère public et à la Chambre du conseil de constater les points juridiques de droit civil, il doit toutefois en être tenu compte pour l'unité du droit. Lorsque les relations juridiques de droit civil sont claires, une décision en conformité doit être prise, sans quoi c'est la règle principale de l'article 118, paragraphe 1 du code de procédure pénale qui prévaut : la restitution au saisi. Cela s'applique également lorsque la bonne foi est présente dans le chef du saisi. L'article 3-11 du code civil joue un rôle ici ; cet article établit que la bonne foi fait défaut si l'intéressé devait connaître les faits ou le droit, même si, en cas de doute raisonnable, on est dans l'impossibilité de faire une enquête. En ce qui concerne la confiscation elle-même, il en va ainsi que, sur la base de l'article 33 a Sr, on peut même confisquer des objets qui n'appartiennent pas à la personne condamnée mais dont elle a la compétence de disposer effectivement, donc également des objets d'un tiers propriétaire. Le tiers propriétaire de bonne foi est toutefois protégé, parce qu'il faudra prouver que le tiers devait savoir que l'objet avait été obtenu au moyen d'une infraction ou y avait servi et qu'il devait raisonnablement soupçonner que l'objet avait été obtenu, utilisé ou était destiné à ce but. Il s'agit ici, dit Keyser-Ringnalda, de la prise de conscience de l'origine des biens ou de leur utilisation dans un contexte criminel, ou d'une prise de conscience qu'un « citoyen normal » devait et pouvait avoir en toute logique<sup>33</sup>. Il est clair que l'élément moral dans le chef du tiers propriétaire continue à jouer un rôle lors de la procédure de confiscation. En 1988, la Cour suprême (*Hoge Raad*) a également décidé que la confiscation d'un objet n'a pas pour conséquence que les droits professionnels limités attachés auparavant à ce bien ou droits de rétention expirent, à moins qu'il ne soit de mauvaise foi, ce qui doit être prouvé par le juge (art. 33 a sub. f, § 1 et 3 Sr)<sup>34</sup>. Grâce au lien avec la procédure pénale, la procédure de plainte, éventuellement la procédure civile relative à la saisie et la charge de la preuve lors de la confiscation, la position du tiers est réglée de manière correcte dans la procédure néerlandaise.

Lors de confiscation des produits du crime également, il y a un stade préliminaire. Sur la base de l'article 94 a du code de procédure pénale, on peut infliger une saisie conservatoire pour des obligations de paiement de sommes d'argent à l'État en vue de la confiscation des produits, à la condition qu'il y ait suspicion d'une infraction pour laquelle on peut imposer une amende de la cinquième catégorie (F 100 000). On utilise toutefois avec circonspection la saisie conservatoire, de peur de demandes en réparation si, contre toute attente, aucune mesure de confiscation n'est imposée. L'auteur et le tiers ont ici les mêmes droits, tels qu'ils ont été décrits lors de la saisie en vue de confiscation. Récemment, la Cour suprême (*Hoge Raad*) a éclairci la position du tiers en cette matière. La saisie-arrêt ne peut pas être imposée sur des biens immobiliers. L'article 94 a du code de procédure pénale ne permet pas non plus d'imposer une saisie conservatoire sur les éléments du patrimoine d'une personne morale seulement parce que le suspect est assimilé à la personne morale<sup>35</sup>. Pour la

33. L.F. Keyser-Ringnalda, *op. cit.*, p. 27.

34. Cour Suprême des Pays-Bas, 13 mai 1988, *NJ* 1989, 201. Art. 33a Sr. (3) « Les droits, tels que visés dans le premier paragraphe sous f (droits professionnels sur ou droits personnels à l'égard des objets visés sous a à e y compris), qui n'appartiennent pas au condamné ne peuvent être déclarés confisqués que si celui à qui ils appartiennent était au courant de l'obtention des objets sur ou à l'égard desquels ces droits existaient, au moyen du fait punissable, ou de l'usage ou de la destination y afférente ou de moins s'il avait pu soupçonner raisonnablement cette obtention, cet usage ou cette destination » (trad. auteur).

35. A.A. Franken et D. van der Landen, *Het financiële offensief tegen de criminaliteit : voordeelsontneming in de praktijk*, *NJB*, 1996, 679 attirent l'attention sur le risque qu'un prévenu pourrait échapper assez simplement à la saisie conservatoire en plaçant des éléments de son patrimoine au nom de quelqu'un d'autre.

confiscation des produits elle-même<sup>36</sup>, sur la base de l'article 36 e Sr., la condamnation pour une infraction (fait fondamental) est exigée. La confiscation ne se limite toutefois pas à cette infraction. Même d'autres faits, à propos desquels il y a suffisamment d'indices montrant que le condamné les a commis ou permettant de supposer qu'il s'est enrichi illégalement, peuvent faire l'objet d'une confiscation (faits analogues dans l'art. 36 e, § 2 Sr ; autres faits dans l'art. 36 e, § 3 Sr). Il n'y a que pour les autres faits qu'une SFO<sup>37</sup> (enquête pénale financière) est obligatoire. Dans la procédure de confiscation, en vue de l'établissement de l'ampleur du bénéfice obtenu indûment, on ne peut appliquer que dans une mesure restreinte le régime légal de preuve caractérisant la procédure pénale néerlandaise. Le juge doit se fonder sur des moyens de preuve légaux mais, pour la force probante des moyens de preuve, on applique, comme exception, un droit de preuve libre. Dans le Texte législatif explicatif, il est question d'une certaine répartition de la charge de la preuve entre le ministère public et le condamné, à la suite de quoi le juge condamne sur la base d'un bilan de probabilités<sup>38</sup>. La relation avec la personne de l'auteur n'a pas été abandonnée. En cas de faits analogues, il doit y avoir suffisamment d'indices qui montrent qu'ils ont été commis par le condamné ; pour d'autres faits, on doit pouvoir admettre que le condamné en a obtenu un bénéfice illégal. *De iure*, il n'y a pas de renversement de la charge de la preuve ou de la présomption de culpabilité. *De facto*, dans le régime de preuve teinté de droit civil, une charge plus importante repose sur les épaules de l'auteur car le caractère plausible du bénéfice peut par exemple être déduit de l'absence de défense ou de la défense invérifiable ou totalement invraisemblable de la part du condamné<sup>39</sup>. Il n'en reste pas moins que le principe de base *pas de peine sans faute* continue à s'appliquer et que la législation controversée de la confiscation des produits du crime peut passer le test de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>40</sup>.

La législation douanière néerlandaise présente-t-elle des surprises particulières ? En fait, non parce que les principes de base du droit (procédural) pénal commun sont d'application. Il n'y a que les compétences qui sont réglées plus largement. La législation actuelle, la Loi générale sur les douanes et accises (*AWDA*), telle que modifiée par la Loi en matière de douane, prévoit, par l'article 209, des compétences d'enquête en vue de la saisie des biens et des objets qui dépassent les cas prévus dans les articles 95 et 96 c du code de procédure pénale ; elles concernent toutefois toujours des faits incriminés dans des dispositions légales. Même les avions peuvent être saisis mais des formalités spéciales doivent être prises en considération<sup>41</sup>, telles que l'inscription, pour les avions néerlandais, de la saisie dans le registre des voies aériennes. L'article 729 a (1) du Livre III du code civil exclut en outre la saisie d'avions qui effectuent régulièrement des services de ligne ou d'avions qui sont prêts à partir. Si des véhicules sont manifestement aménagés ou équipés en vue de soustraire les biens au contrôle officiel, l'article 213 prévoit alors une compétence de saisie. A partir du 1<sup>er</sup> juin 1996, la nouvelle loi en matière de douane entre en vigueur. La compétence prévue dans l'actuel article 213 est reprise dans l'article 52. La compétence d'enquête générale en

36. J. Wöretshofer, « Pluk-ze » – Nieuwe mogelijkheden tot ontneming van crimineel vermogen, in P.C. van Duyne, e.a., *Misdaadgeld*, 1993, 33.

37. Une enquête pénale financière (SFO) est orientée, comme le dispose l'art. 126, § 2 c. pén. proc., vers la détermination du bénéfice obtenu indûment par le suspect, en vue de son retrait sur la base de l'art. 36e Sr. La SFO forme donc l'introduction à la procédure de retrait, réglée dans les art. 511b à i c. pr. pén.

38. Annex. hand., Chambre des députés, 1989-1990, n° 21504, 3, p. 63.

39. Annex. hand., Chambre des députés, 1989/1990, n° 21504, 3, p. 58.

40. *Idem* L.F. Keyser-Ringnalda, *op. cit.* ; *a contrario* : J.F. Wöretshofer, *op. cit.*

41. Art. 94b : « Voor de toepassing van de artikelen 94 en 94a geldt : (...) 4° dat bij het leggen en beëindigen van beslag op schepen en luchtvaartuigen formaliteiten in acht genomen worden welke ingevolge het Wetboek van Rechtsvordering gelden ten aanzien van de betekening van het proces-verbaal van inbeslagneming, en ingevolge enige regeling inzake teboekgestelde schepen, onderscheidenlijk luchtvaartuigen ten aanzien van de inschrijving en doorhaling daarvan in registers ».

matière de saisie de biens et d'objets de l'article 209 est inscrite dans l'article 81 de la Loi générale en matière d'impôts (*AWR*).

### 3. LES SANCTIONS DE CONFISCATION ET LA COOPÉRATION INTERNATIONALE

Dans le cadre de la lutte contre la drogue et contre le blanchiment<sup>42</sup>, on a fortement étendu, sous l'influence de la législation internationale, les sanctions de saisie et de confiscation dans les systèmes juridiques des pays européens. Dans un certain nombre de pays, les formes juridiques du retrait du patrimoine obtenu indûment ne sont en outre pas limitées au patrimoine obtenu par des délits de drogue mais elles ont été étendues à une liste exhaustive de délits ou à toutes les infractions (graves). Par la rhétorique de la guerre, une pression s'exerce sur la protection juridique et on peut se demander si, par le biais de la coopération internationale, la frontière de la protection juridique ne recule pas et dans quelle mesure la Cour européenne des droits de l'homme peut imposer en la matière un standard minimum. Il convient ici de jeter un regard sur les obligations internationales. L'article 5 de la Convention des Nations Unies de Vienne (1988)<sup>43</sup> constitue en tout cas un jalon en cette matière ; il oblige la confiscation du patrimoine utilisé ou obtenu dans le cadre de délits de drogue. Le paragraphe 4 prévoit un début de législation pour la coopération internationale lors des enquêtes financières, la saisie, l'imposition et l'exécution de la sanction de confiscation. En cette matière, on applique tant l'entraide judiciaire mineure, le transfert des poursuites pénales que le transfert de l'exécution dans le domaine du patrimoine<sup>44</sup>. En raison du modelage juridique très divergent dans les Etats, tant l'harmonisation que la coopération dans ce domaine sont devenues inévitables. Le contenu de l'article 5 (4) de la Convention de Vienne a été complété de manière concrète et élaboré dans la Convention de Strasbourg de 1990<sup>45</sup> qui étend le champ d'application à tous les délits mais avec un droit de réserve. La portée de la Convention est clairement relative à des infractions et est donc de nature pénale. Il n'empêche que la sanction de confiscation ne doit pas nécessairement être imposée par le juge pénal. Une imposition faite par un juge administratif ou civil tombe sous le coup de la Convention<sup>46</sup>, une imposition par un organe administratif non. La qualification juridique de la sanction (peine ou mesure) n'intervient pas non plus. Les droits de l'auteur et des tiers sont-ils réglés de manière concluante ou est-il question de pures procédures *in rem*? L'article 5 oblige les Etats membres à prévoir pour toutes les parties concernées une protection juridique effective et se réfère *expressis verbis* à la Convention européenne des droits de l'homme comme protection minimum pour les droits de la défense. La section 5 prévoit les cas dans lesquels un Etat peut refuser la coopération en matière

42. Rapport du GAFI (Groupe d'action financière du G-7), Paris, 1990.

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

44. Il y a longtemps que le droit pénal international ne se limite pas à la circulation entre Etats, il règle de plus en plus souvent l'intervention opérationnelle des autorités pénales. Les Accords de Schengen et la révision du Traité douanier de Naples en constituent par excellence des illustrations. Raison suffisante pour faire des personnes, en droit pénal international, des sujets de droit.

45. Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strasbourg, 1990 et son rapport explicatif de 1991. *Explanatory Report on the Convention*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1991. Il y a en outre également la directive CE en vue de la prévention de l'utilisation du système financier pour le blanchiment d'argent, *JO* 1991, L 166/77, qui contient des obligations de saisie ou de confiscation, mais dont les obligations imposées au secteur financier ont conduit, aux Pays-Bas, à la *Wet identiteitsvaststelling bij financiële dienstverlening* (*WIF* 1993) (Loi relative à la constatation de l'identité lors de prestations financières) et à la *Wet Melding Ongebruikelijke Transacties* (*MOT* 1994) (Loi relative à la déclaration des transactions inhabituelles).

46. Des affaires comme *Air Canada* et *Welch* (*supra*) relèvent donc sans aucun doute du domaine de la Convention ; pour des affaires, telles qu'*AGOSI*, il est déterminant de connaître les délits auxquels le Royaume-Uni applique les obligations de la Convention. Beaucoup de pays excluent en effet les délits fiscaux et douaniers.

de confiscation. L'article 18 (1) a cité comme motif l'incompatibilité avec les principes fondamentaux du droit du système juridique de l'Etat de droit requis. Le Rapport renvoie en la matière aux conditions découlant des articles 5 et 6 de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à la protection de certains biens (pensons aux avions) et au renversement de la charge de la preuve. L'article 18 (4) *b* permet de refuser la coopération lorsque la distance est trop grande entre le délit et le bien. L'exclusion du patrimoine obtenu par des faits analogues ou d'autres faits que le fait de base (art. 18 (4) *d*) est très limitée, car le Rapport établit : « (...) the legislation makes it possible to take into account, when confiscating, offences other than the one which is adjudicated without a formal charge being made (...) The experts agreed that international co-operation should not be excluded in such cases, provided however that a decision of a judicial nature exists or that a statement to the effect that an offence has or several offences have been committed is included in such a decision ». Pour terminer, la Convention tient compte du fait que les tiers ne sont pas seulement des hommes de paille mais qu'ils peuvent également être de bonne foi. La reconnaissance de décisions étrangères peut être refusée si les tiers n'ont pas eu suffisamment de possibilités pour faire valoir leurs droits.

Cette législation internationale a conduit, aux Pays-Bas, à la législation internationale *Plukze*, avec entre autres des adaptations dans la Loi en matière d'exécution des jugements pénaux (*WOTS*) et dans le code de procédure pénale<sup>47</sup>, afin de pouvoir, dans le cadre de la coopération internationale, mener des enquêtes financières, saisir et confisquer des biens. Sur demande de l'étranger, une enquête judiciaire financière peut être engagée, du moins s'il y a des motifs fondés de penser qu'une demande de saisie ou de retrait suivra (art. 13 *WOTS*). La saisie sur demande étrangère devient possible (art. 13 a *WOTS*) si elle est possible tant dans l'Etat requérant qu'aux Pays-Bas (art. 13 a *WOTS*). En ce qui concerne les droits des tiers, le texte législatif explicatif énonce<sup>48</sup> « Rechten van derden dienen te worden gerespecteerd. Dat houdt in dat aan derden toebehorende voorwerpen alleen kunnen worden verbeurdverklaard als de derde wist of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat die voorwerpen als instrument voor het plegen of voorbereiden van een strafbaar feit werden aangewend (...) Zakelijke en persoonlijke rechten ten aanzien van verbeurdverklaring onaangetast en zullen door de staat, als nieuwe eigenaar, dienen te worden gerespecteerd en gehonoreerd ». La *WOTS* (art. 13 *d*) part toutefois de la reconnaissance par le juge néerlandais des décisions judiciaires étrangères, non seulement dans le domaine de la constatation des faits et de leur interprétation juridique sous l'angle de la punissabilité des comportements mais également sous l'angle des composantes de droit civil d'une décision pénale. Il n'y a que quand la décision étrangère, du point de vue de son contenu ou en raison de son mode de réalisation, n'est pas compatible avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique néerlandais, qu'il est permis de s'en écarter<sup>49</sup>. Ce n'est que dans ces cas que la procédure de plainte des articles 552 *a* et 552 *c* est encore ouverte. Si l'intéressé n'a pas pu se défendre à l'étranger (pas de notification par exemple), la procédure de plainte est possible mais que se passe-t-il si celui-ci n'a pas pu prouver sa bonne foi à l'étranger ? Ce point est-il contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique néerlandais ? Le Texte législatif explicatif est muet sur ce point. Mais l'article 31 *WOTS* établit heureusement que les spécifications des articles 552 *b*, 552 *d*, 552 *e* et 552 *g* du code de procédure pénale sont d'application aux jugements impliquant une saisie et que les spécifications de l'article 577 *b* du code de procédure pénale sont d'application aux jugements impliquant un retrait. De cette façon, les droits des tiers sont protégés d'une manière correcte.

47. Loi du 10 décembre 1992, *Staatsblad* 1993, 12.

48. Chambre des députés, 1990-1991, 22083, n° 3.

49. L'inspiration en la matière a été cherchée dans la Convention de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.



Le débat n'en est pas pour autant clos car, comme on pouvait s'y attendre, les Etats membres s'attachent également, dans le cadre du troisième pilier du Traité d'Union, à élaborer une réglementation contre le crime organisé, la fraude et la corruption. Dans une proposition relative à la définition du Protocole complémentaire de la Convention relative à la protection des intérêts financiers de la CE<sup>50</sup>, on détermine, dans l'article 6, que le blanchiment des bénéfices de la fraude doit être qualifié de délit pénal et que, si le blanchiment a eu lieu pour le compte d'une personne morale, cette dernière est également responsable au plan pénal. Pour le blanchiment, on utilise la définition large de la directive 91/308 sur le blanchiment. Si ce point est approuvé par le Conseil, ce qui n'est pas irréaliste, un certain nombre d'Etats membres seront contraints d'étendre fortement leurs compétences en matière de saisie-confiscation et de coopération internationale dans ce domaine ainsi que dans le domaine fiscal et douanier. Cette proposition oblige en outre les Etats membres à incriminer les personnes morales pour des délits de fraude, en ce compris le blanchiment des bénéfices obtenus par ces délits.

#### 4. ÉPILOGUE

L'introduction, aux Pays-Bas, des dispositions de droit pénal, de procédure pénale et de droit pénal international en matière de confiscation des produits des crimes a suscité des réactions. Il s'agit d'un exemple typique d'intervention technico-mécanique qui touche aux fondements de notre droit (procédural) pénal. Il n'est donc pas étonnant qu'on se soit montré soucieux et critique à l'égard de la restriction des principes fondamentaux de droit dans le droit pénal. Sans pour autant nier les éléments de droit civil ou la portée de la procédure de confiscation, le ministre de la Justice a souligné devant le Parlement que les Pays-Bas n'ont pas opté pour une procédure de confiscation de droit civil mais pour une procédure de confiscation qui fait partie du procès pénal, ce qui signifie que les conditions de l'article 6 de la Cour européenne des droits de l'homme ne sont pas rendues inopérantes. Dans le Texte législatif explicatif, on a également établi que le traitement de la demande de confiscation fait partie de la procédure pénale. La procédure *in rem* constitue une scission de la procédure principale et fait partie de l'accusation en matière pénale qui a conduit à la condamnation<sup>51</sup>.

Bref, les articles 6 de la Cour européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques sont intégralement d'application à la procédure de confiscation *in rem*<sup>52</sup>. Même Keyser-Ringnalda arrive, après l'analyse du critère de l'article 6 de la Cour européenne des droits de l'homme, à la conclusion que la procédure de confiscation présente un caractère pénal<sup>53</sup>. Cela signifie-t-il qu'il n'y a pas de problème ? Cela me paraît trop optimiste. L'enquête orientée vers le butin, sous la forme de confiscation des biens ou des valeurs s'impose. Le patrimoine n'est plus lié aux frontières nationales. La coopération internationale croissante lors de la recherche, la saisie et la confiscation de ce patrimoine exige en effet des adaptations des systèmes juridiques nationaux. Les nouvelles méthodes d'enquête, une autre façon d'engager les moyens de contrainte et l'imposition de nouvelles sanctions patrimoniales en constituent des exemples. En outre, les systèmes juridiques doivent être davantage harmonisés entre eux, en vue de permettre la collaboration. Une réglementation légale radicale n'est pas suffisante ; les adaptations apportées aux fondements du droit (procédural) pénal et de l'Etat de droit ne peuvent pas se faire sans rééquilibrer la balance entre la lutte contre la criminalité et la protection juridique. L'influence de la réglementation opérationnelle issue des conventions internationales croît à vue d'œil,

50. Com (95) 693 def. V. J.A.E. Vervaele, *Rechtshandhaving van het gemeenschapsrecht : een boedelscheiding tussen de eerste en derde pijler ?*, *NJB*, 1995, 1298.

51. J. Wöretshofer, *op. cit.*

52. Chambre des députés, 1989/1990, 21504, n° 3, p. 38 et 61-62.

53. L.F. Keyser-Ringnalda, *op. cit.*, p. 335 et s.

l'internationalisation de notre droit (procédural) pénal est pleinement en cours. Si la dynamique politique du troisième pilier était également traduite en dynamique juridique, ce processus serait sérieusement accéléré. La position juridique du citoyen apparaît ainsi sous un tout autre jour. Les Etats ont, dans le cadre des traités internationaux, peu de marge pour poursuivre leur tradition de protection juridique ; en raison de la pensée dominante d'efficacité dans la lutte contre la criminalité organisée et la drogue, il n'est pas impensable que le niveau de protection juridique en Europe soit fortement abaissé. Etant donné que les Etats membres ne sont pas pressés de reconnaître de nouvelles formes de contrôle juridictionnel au niveau international ou régional, la Commission européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme ont pour tâche de faire croître, parallèlement aux développements ci-dessus, les conditions de protection juridique issues de la Cour européenne des droits de l'homme. L'harmonisation et la coopération en Europe à l'occasion de la lutte contre la criminalité conduisent-elles ainsi à miner une autre forme d'harmonisation européenne et de tradition commune, telle que développée dans les principes fondamentaux du droit (pénal) des Etats membres et de la Cour européenne des droits de l'homme ? Sur la base du jugement dans l'affaire *Welch*, on pourrait donc s'attendre à ce que les mesures de confiscation de la Cour européenne des droits de l'homme, telles qu'elles sont aussi inscrites dans les sanctions européennes de confiscation, ne soient pas considérées comme contraires à la Cour européenne des droits de l'homme mais qu'elles soient mises sous le champ d'application de l'article 6 de la Cour européenne des droits de l'homme. Le jugement dans l'affaire *Air Canada* montre toutefois que la Cour européenne des droits de l'homme ne raisonne pas toujours de manière linéaire. Dans les affaires discutées, il est d'ailleurs frappant de voir le grand écart entre les rapports de la Commission européenne des droits de l'homme et les jugements de la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui conduit dès lors à un nombre élevé d'opinions dissidentes. Il est grand temps que la Commission européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme clarifient ce point, étant donné les sanctions patrimoniales pénales croissantes dans les Etats membres et leur internationalisation. Il est impensable de détacher la procédure *in rem* de la question pénale de la culpabilité et des règles valables en la matière pour la répartition de la charge de la preuve et pour la force probante, donc d'abandonner complètement l'approche *ad personam*. Etant donné que la Convention de confiscation de Strasbourg permet également aux tribunaux civils ou administratifs de confisquer le patrimoine criminel, la protection minimum de la Cour européenne des droits de l'homme est d'autant plus importante. Dans cette optique, le message et la mise en garde de Martens et Russo dans leur opinion dissidente en disent long : « La confiscation de son bien à titre de sanction n'est pas tolérable. La confiscation à titre de « sanction » sans que le propriétaire puisse invoquer son innocence renverse le juste équilibre entre la protection du droit au respect des biens et les exigences de l'intérêt général. En raison de la vague récente de législations tendant à priver les criminels du produit de leurs crimes, il est d'autant plus nécessaire de maintenir fermement ce principe : l'expérience nous a appris que dans leur lutte contre la criminalité internationale, les Etats ne restent pas toujours dans les limites fixées par la Convention. C'est à la Cour qu'il appartient de veiller à ce que celles-ci soient observées »<sup>54</sup>.

54. Jugement, p. 25.