

Le traitement des infractions douanières, une construction à repenser

Claude J. BERR - Professeur émérite
Université Pierre Mendès France-Grenoble-FRANCE

La recherche, la poursuite et la sanction des infractions douanières sont des thèmes aussi anciens que le phénomène de la fraude douanière elle-même. On y retrouve des constantes, qu'il faut avoir à l'esprit avant d'aborder la question polémique que nous souhaitons évoquer aujourd'hui : faut-il repenser la manière dont sont traitées les infractions douanières dans des pays qui s'inspirent largement d'une tradition commune?

La première de ces constantes est relative aux caractères qui sont généralement attribués à l'infraction douanière elle-même. Tous les auteurs s'accordent à dire qu'elle présente un caractère «fugace», autrement dit qu'elle est accomplie rapidement et qu'elle ne laisse pas de trace, le franchissement d'une frontière s'opérant en général de manière clandestine. D'où toute une série de mesures permettant de poursuivre des personnes que l'on n'a pas pu prendre sur le fait : ainsi, par exemple, sont considérés comme des délinquants ceux qui détiennent sur le territoire douanier des marchandises dont ils ne peuvent prouver qu'elles ont été régulièrement introduites. De même est-il possible de mettre en cause ceux que l'on désigne, sous le terme évocateur, d'«intéressés à la fraude» alors qu'ils n'ont pas nécessairement participé à l'activité frauduleuse elle-même.

Contrebande

La seconde de ces constantes est la sévérité dont on a toujours fait preuve à l'égard des délinquants. Considérés comme portant une atteinte particulièrement grave à l'intérêt public, au point d'être considérés à certaines époques comme de vrais criminels auxquels on infligeait la peine de mort ou, au mieux, les galères, tout était fait pour qu'ils ne puissent échapper à la sanction. En dépit de certains assouplissements récents, il leur est toujours difficile d'invoquer leur erreur ou leur bonne foi. Pas question qu'ils échappent aux constatations des douaniers relatées dans des procès-verbaux dotés d'une autorité absolue, pas question que les juges abaissent les pénalités encourues au-dessous d'un certain niveau.

Il est vrai que, dans la conscience populaire, le contrebandier a souvent bénéficié d'une certaine sympathie et qu'il n'est pas en général considéré comme un « bandit de grand chemin », bien au contraire. L'opinion publique n'est donc pas, globalement, en faveur de cette sévérité, même de nos jours.

Pourtant la situation a beaucoup évolué depuis quelques décennies et c'est pourquoi elle mérite d'être réexaminée dans son ensemble. C'est pourquoi nous nous proposerons de réfléchir, dans un premier temps, aux défis actuels, et, dans un second temps, aux orientations souhaitables.

I. Les défis actuels

Rien n'est plus banal que de constater combien notre société contemporaine vit aujourd'hui au rythme de la « mondialisation ». Exceptionnels sont les phénomènes qui n'affectent que les États eux-mêmes dans le cadre de leurs frontières politiques : un incendie dans la forêt amazonienne déclenche à terme une sécheresse en Europe,

la fonte des glaciers du Groenland entraîne des inondations au Bangladesh, une ferme contaminée par la peste aviaire en Pologne et il faut s'empresse de parquer les volailles dans le Sud de la France. Bien évidemment, la même propagation se produit pour les phénomènes économiques : la crise boursière récemment survenue aux États-Unis fait des ravages dans le monde entier et l'internationalisation du capital rend pratiquement impossible la détermination de la nationalité des entreprises. Comment savoir avec précision enfin l'origine des produits dans la fabrication desquels sont intervenus plusieurs pays?

Face à ces bouleversements des conditions dans lesquelles se développent les échanges commerciaux internationaux, il n'y a rien d'étonnant à ce que la criminalité ait subi une évolution qui crée pour les autorités chargées de poursuivre et de réprimer la fraude douanière une situation à laquelle elles ont parfois du mal à faire face, et cela d'autant plus qu'elles sont encore pour l'essentiel handicapées par un héritage historique encombrant.

A. L'évolution de la criminalité

Par rapport aux formes classiques de délinquance douanière, il est certain, tout d'abord, que s'est opérée une diversification spectaculaire des agissements frauduleux. Certes, la contrebande par franchissement clandestin de la frontière est loin d'avoir disparu mais elle a perdu beaucoup de son caractère folklorique, notamment depuis l'apparition du transport par conteneurs qui ne sont souvent contrôlés que de façon aléatoire. Mais, ce qui est surtout à souligner, c'est l'importance prise par la fraude documentaire, dont on connaît les multiples manifestations : fausses factures, faux certificats d'origine, faux titres de

Contrebande

transit, l'imagination des fraudeurs est sans limite et elle trouve un appui dans la généralisation des techniques électroniques. A cet égard le développement du commerce en ligne (e-commerce) permet assurément de faire échapper au contrôle douanier classique une part significative des échanges.

On peut observer, ensuite, que des agissements qui n'étaient constitutifs auparavant que d'atteintes à la loi douanière proprement dite, s'inscrivent souvent aujourd'hui dans le cadre élargi de la criminalité financière largement entendue.

Il en va ainsi en particulier de certaines opérations douanières, en apparence régulières, qui permettent d'opérer le blanchiment de l'argent procuré par des activités illicites, voire criminelles. Si elle est soigneusement menée, une opération banale de commerce international peut également servir à alimenter la corruption, considérée aujourd'hui comme un véritable fléau de la vie économique.

Il faut enfin prendre conscience du développement et de la diversité des risques véhiculés aujourd'hui par certaines marchandises et qui vont bien plus loin que celui d'une diminution des recettes fiscales de l'État. Qu'il s'agisse de marchandises de contrefaçon, qui portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle ou, pire, à la sécurité des consommateurs, de produits de nature à menacer la santé publique, celle des animaux, à nuire à l'environnement, qu'il s'agisse de l'exportation d'œuvres d'art ou de trésors archéologiques, tout cela appelle à une vigilance accrue et à une rénovation des missions de la Douane.

Que dire, pour terminer, de la menace que fait peser, même si elle a sans doute été exagérée à la suite des attentats de New York de septembre 2001, la circulation d'armes et de substances chimiques destinées à des actions terroristes ?

Voilà donc la Douane confrontée à des nouveaux défis, au regard desquels les moyens juridiques dont elle dispose sont étroitement définis dans le cadre d'un héritage historique encombrant.

B. Un héritage historique encombrant

Les règles juridiques qui s'appliquent au traitement des infractions douanières ont, pour la plupart d'entre elles, été posées avant la Révolution française et sont restées pour l'essentiel à l'abri de l'évolution du contexte dans lequel elles étaient apparues et auquel elles étaient parfaitement adaptées à l'époque. Le phénomène de leur survivance est difficile à expliquer en lui-même et le système actuel suscite souvent l'étonnement des juristes. Si le droit pénal contemporain n'a plus rien à voir avec celui de l'Ancien Régime, si les vagues successives de réformes ont rendu méconnaissable la procédure pénale, on se contente en général d'expliquer l'étonnante résistance du droit douanier par son caractère prétendument «exorbitant», ce qui, il faut le reconnaître, est bien une constatation mais non une justification. Aucun principe constitutionnel, aucune règle de droit naturel ne peuvent être invoqués pour justifier que se perpétuent en matière douanière ses particularités bien connues. Les explications doivent sans doute être trouvées dans une nostalgie de l'opinion publique, inquiète d'un certain laxisme généralisé, et satisfaite, somme toute, de l'existence d'un dernier îlot de sévérité préservée.

Contrebande

De son passé respectable, le droit douanier a, en effet, conservé une vision essentiellement répressive, dans la mesure où, selon des textes qui sont communs à nos deux pays la moindre violation des textes que l'administration des douanes est chargée d'appliquer constitue au moins une contravention, donc une infraction pénale (art. 319, C. algérien ; 410 C. français). Quant à la structure même des infractions douanières, il est généralement enseigné que, du moment qu'il s'agit d'infractions «matérielles», il n'y a pas, sauf exceptions limitées, à se préoccuper de rechercher si leur auteur avait l'intention de les commettre ou s'il a, par exemple, commis une erreur d'interprétation de la loi. S'agissant des pénalités encourues, si les châtiments corporels ont disparu depuis longtemps, l'emprisonnement est parfois encouru et les amendes demeurent en principe fixées de manière en quelque sorte automatique, en fonction de la valeur des marchandises ou des droits compromis et non pas de la gravité des faits reprochés.

Mais c'est surtout au plan procédural que le déséquilibre entre les pouvoirs de l'administration et les droits des individus et des entreprises est éclatant. A l'inverse de ce qui se passe dans d'autres domaines, les constatations des douaniers, sont dotées, dès qu'elles sont consignées dans un procès-verbal, d'une force pratiquement irréfragable, puisqu'elles ne peuvent être contestées que par la voie, périlleuse pour celui qui s'y risque, de la procédure d'inscription de faux.

Quant à la fixation de la sanction, il n'échappe à personne que le rôle du juge est singulièrement effacé par rapport à ce qu'il est en d'autres matières. Ne pouvant pas remettre en question les affirmations de l'administration, le

Le juge est d'ailleurs rarement appelé à intervenir, la plupart des affaires se terminant par une transaction confidentielle conclue entre l'administration et celui qui reconnaît l'infraction. Certes, le procédé, lui-même issu des pratiques de l'Ancien Régime, est sans doute inévitable pour éviter l'engorgement des tribunaux mais son manque de transparence introduit un soupçon sur les conditions dans lesquelles sont conclues certaines transactions.

On comprend que, devant cet édifice archaïque, s'expriment des insatisfactions et que se profilent des aspirations à une modernisation de notre système de traitement des infractions douanières. Le problème n'est pas simple, on s'en doute.

Il n'en est pas moins indispensable de s'interroger sur les orientations souhaitables.

II. Les orientations souhaitables

Si l'on souhaite proposer une réforme significative dans le domaine du contentieux douanier, il importe avant tout de réaffirmer que cette réforme ne doit pas aboutir à affaiblir la lutte contre la délinquance douanière. Il s'agit là d'une évidence tant il est vrai que tous les États voient leurs intérêts menacés par le développement inquiétant de pratiques frauduleuses favorisées par la mondialisation. Cela étant, il n'en est pas moins indispensable de procéder à une révision en profondeur des principes sur lesquels repose le système actuel et de proposer une adaptation du droit pénal douanier aux données du monde contemporain.

A. Établir le système sur de nouveaux principes

Ce qui caractérise le système actuel, c'est tout d'abord le fait qu'il ne tient pratiquement aucun compte de la

différence, pourtant fondamentale, entre les opérateurs économiques qui, dans leur immense majorité, s'efforcent de respecter les réglementations en vigueur mais ne sont pas à l'abri d'une erreur de comportement ou du non respect d'une formalité, et les fraudeurs professionnels, qui violent délibérément les obligations légales et réglementaires. En faisant de la moindre peccadille une infraction pénale-une contravention dans le meilleur des cas, un délit dans le pire pour peu que les marchandises en cause soient qualifiées de prohibées ou de fortement taxées-le droit douanier fait peser sur toutes les entreprises qui participent au commerce international, même celles dont la moralité est au-dessus de tout soupçon, la menace de sanctions dont on connaît la lourdeur. A l'heure où l'on encourage la participation des petites et moyennes entreprises à la conquête des marchés étrangers, cette situation n'est plus tolérable.

On notera que, dans le cadre de l'Union douanière européenne, la plus grande attention est accordée au comportement des entreprises auxquelles sont reconnus divers droits, comme celui de se faire rembourser des droits indûment perçus, en particulier si cette situation résulte de «circonstances particulières n'impliquant ni manœuvre ni négligence manifeste de la part de l'opérateur». Il y a là une indication précieuse qui pourrait inspirer les réformateurs.

Il s'agirait essentiellement de réduire le champ du droit pénal douanier à ce qui en justifie l'intervention, c'est-à-dire à la répression des comportements frauduleux ou, si l'on préfère de «dépenaliser» les simples irrégularités et erreurs qui peuvent être commises par des opérateurs dont l'honnêteté ne peut être systématiquement mise en doute.

Contrebande

On l'a compris : il faudrait, évidemment, mettre en place un système particulier de sanctions administratives pour ces comportements irréguliers, qu'il n'est pas question d'excuser purement et simplement. Sur ce plan, les possibilités ne manquent pas et il suffirait de puiser dans l'arsenal des mesures qui peuvent être prises en cas de violation d'une multitude de réglementations économiques : droit de la concurrence, de la consommation, de l'environnement, etc. Le droit fiscal, pour sa part, pourrait être également une importante source d'inspiration, qui fait précisément une distinction claire entre les sanctions qui frappent ceux qui sont coupables de simple négligence et ceux qui ont eu la volonté avérée de frauder le fisc. On songe par exemple aux pénalités de retard infligées à ceux qui dépassent la date à laquelle ils devraient payer leurs impôts. Il n'est pas question de prêcher ici pour une sorte de tolérance à l'égard des entreprises mais bien de demander que leur soient appliquées des sanctions administratives et non plus pénales avec ce que ces dernières comportent parfois de traumatisant pour ceux qui n'ont aucune conscience d'être des malfaiteurs.. Est-il admissible, en effet, de voir, comme nous l'avons personnellement vu, le président de la plus importante compagnie française d'aviation traduit devant le tribunal correctionnel en tant que prévenu parce qu'un expéditeur de matériel stratégique vers l'URSS avait omis de fournir l'autorisation du ministère français de la défense, qui lui avait d'ailleurs été accordée ?

S'agissant du droit pénal douanier proprement dit, il est non moins indispensable d'examiner enfin comment sortir de la situation actuelle

B. Adapter le droit pénal douanier aux données du monde contemporain

Au nom du prétendu caractère «exorbitant» du droit douanier, le système actuel ne correspond plus aux principes les plus élémentaires du droit pénal. Il faut donc renoncer délibérément à certaines solutions auxquelles il est impossible de trouver une véritable justification et entreprendre le renouveau tant des règles de fond que des règles de procédure du droit pénal douanier.

En ce qui concerne les règles de fond, il convient de s'attaquer tout d'abord à la notion d'infraction douanière et de la recentrer autour de ce qui en fait l'essentiel, à savoir la volonté frauduleuse de l'auteur. Il faut, en quelque sorte, s'abstraire de la conception traditionnellement matérielle de l'infraction pour mettre en évidence sa spécificité. Il faut surtout accepter d'en faire une infraction intentionnelle, dans la mesure où c'est bien l'élément volontaire qui la caractérise. Dans cette perspective il est indispensable de mettre fin à l'aberration qui consiste à faire peser sur le prévenu une présomption, même si celle-ci peut être combattue, d'intention délictueuse.

Quant aux sanctions encourues, il faut arrêter de les faire dépendre de la valeur des marchandises ou de l'importance des droits compromis. S'agissant de sanctions pénales, elles doivent être réellement dissuasives et, une fois de plus, il n'est pas question d'encourager les fraudeurs, mais en même temps il faut renoncer au lien qui existe aujourd'hui entre les sanctions encourues et la nature des marchandises. La sanction pénale ne doit pas être liée à l'importance du préjudice. Il n'y a aucune raison valable pour que l'auteur d'une fausse déclaration commise en

Contrebande

toute connaissance de cause soit puni différemment selon que la marchandise déclarée est plus ou moins fortement taxée, ce qui entraîne, selon le cas une peine contraventionnelle ou une peine délictuelle. Ce qui importe, c'est la gravité objective de son comportement. Et cette considération conduit à rappeler que la sanction doit être proportionnelle à cette gravité. Il est aberrant de prévoir, comme c'est le cas actuellement, que n'importe quelle violation des règles douanières doit être considérée comme une contravention.

Sur le plan procédural, ensuite, rien ne justifie, dès lors qu'on est dans le domaine pénal, le maintien du déséquilibre que l'on constate actuellement entre le rôle prépondérant de l'administration et les moyens de défense des personnes soupçonnées. Certes, il n'est pas question de priver les fonctionnaires de l'administration des douanes des prérogatives qu'ils tirent de leur qualité d'agent «disposant de certains pouvoirs de police judiciaire». Mais il est au moins un point sur lequel une réforme s'impose : les procès-verbaux de douane, même établis par deux agents, doivent pouvoir être contestés au même titre que ceux qu'établissent les policiers ou les gendarmes.

Enfin et surtout, sans exclure que la plupart des infractions puissent donner lieu à une transaction, il ne faut pas oublier que cette transaction met fin à l'action publique, ce qui justifierait, sinon que le juge soit associé à la négociation, au moins qu'elle soit homologuée par un juge, ce qui officialiserait ce mode de règlement du contentieux. De manière plus générale il serait certainement souhaitable que le juge soit associé au déroulement de certaines enquêtes douanières, ne serait-ce que pour s'assurer du

Contrebande

respect de ce que la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme appelle «l'égalité des armes».

Ce bref survol est, bien entendu, très incomplet, sinon superficiel. Si l'on souhaite s'attaquer à une réforme en profondeur du contentieux douanier, c'est à un examen approfondi des règles actuelles qu'il faudrait se livrer et, pour cela, créer une structure (une Commission, par exemple) au sein de laquelle pourraient s'exprimer les points de vue de l'administration, des magistrats et, pourquoi pas de représentants du monde des affaires? Ne nous berçons pas d'illusions. La question est, à l'évidence, hautement politique. Ce n'est pas une raison pour ne pas la poser.