

Le contrôle des changes à l'épreuve du droit communautaire et de la CESDH

Jean PANNIER
Docteur en droit
Avocat au Barreau de Paris

À l'origine, le contrôle des changes était un instrument conçu pour lutter contre la fuite des capitaux et la spéculation. Efficace ou pas, les avis étaient souvent partagés, le gouvernement durcissait la réglementation des changes au gré des attaques contre le franc ⁽¹⁾.

La douane en revanche, toujours pragmatique, exploitait de différentes manières les informations qui résultaient de ses contrôles des mouvements financiers aux frontières et aux aéroports et transmettait souvent – pas toujours – ses procédures à l'administration fiscale spécialement pour les revenus dissimulés à l'étranger. Progressivement, le contrôle des changes est donc aussi devenu un instrument de lutte contre la fraude fiscale au point que des ministres du budget n'ont pas hésité à laisser parfois la douane se procurer des *listings* de banques étrangères, moyennant rémunération, du moins jusqu'à ce que la Cour de cassation mette un terme à ces *fishing expeditions* ⁽²⁾ par un arrêt retentissant de rappel à l'ordre du 28 octobre 1991 ⁽³⁾.

À cette époque, la réglementation des relations financières avec l'étranger avait déjà changé de visage du fait de l'entrée en vigueur de la directive CEE n° 88-361 du 24 juin 1988 sur la libre circulation des capitaux qui était fixée au 1^{er} juillet 1990.

On rappellera qu'en vertu de la loi n° 66-1008 dite « Debré » du 28 décembre 1966, les relations financières avec l'étranger sont libres dans le respect des engagements internationaux signés par la France. C'est paradoxalement grâce à la directive communautaire précitée que cette liberté avait pu redevenir réalité puisque, dès janvier 1967, le gouvernement n'avait pas résisté à la tentation de rétablir un contrôle des changes « provisoire » en conformité il est vrai de l'article 3 de la loi de 1966 qui autorise des entorses exceptionnelles au principe de liberté. En vérité, à des degrés divers, le provisoire a duré jusqu'en 1989 et les poursuites pénales ont encombré les juridictions correctionnelles jusqu'à ce que

la Cour de cassation prononce l'absolution par la magie de la *lex mitior* avec la bénédiction du ministère public ⁽⁴⁾.

Paradoxalement, c'est le droit communautaire drapé dès l'origine du sacro-saint principe de liberté, pilier de la construction européenne, qui va ouvrir un nouveau boulevard au contrôle des changes l'utilisant comme une arme au service non plus de la monnaie mais de la politique internationale au sens le plus large du terme puisque le Conseil des Communautés européennes va voler au secours des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU. Le côté expérimental de cette orientation a surtout suscité l'incrédulité lorsqu'il fut question d'imposer de nouvelles restrictions de change à l'égard de l'Afrique du Sud (décret du 15 janvier 1990), de l'Irak et du Koweït (décret du 2 août 1990), de la République d'Haïti (décret du 18 octobre 1991), enfin, de la Serbie et du Monténégro (décret du 4 juin 1992). Ces décrets contiennent tous le visa de l'article 3 de la loi du 28 décembre 1966 lequel est donc bien en vigueur malgré les très sérieuses réserves suscitées ⁽⁵⁾.

De l'idéal de liberté on est vite passé au pragmatisme le plus réactif sous la forme de nouvelles chasses aux sorcières comme la lutte contre le blanchiment d'argent au risque de neutraliser le principe de liberté lui-même. Outre cela, on va voir que le droit pénal qui en est découlé a changé de nature, il est devenu un vaste filet de pêche tendu contre des fraudes éventuelles ce qui implique, hélas, un système de renversement de la charge de la preuve. Il est vrai que nous sommes en matière douanière. Avant la réforme de l'article 64 du Code des douanes qui aligna le régime des visites domiciliaires des douanes sur celui des autres administrations... la pêche se faisait directement au domicile des particuliers ⁽⁶⁾.

(1) J. Ferrand de Boissard, Inefficace et antiéconomique : le contrôle des changes, Gaz. Pal. du 31 juillet 1984, p. 2.

(2) P. Juillard, Les suites judiciaires de l'affaire Paribas, Dr. et prat. du com. intern., 1985, tome II, n° 1, p. 107.

(3) Cass. crim., 28 octobre 1991, Bull. crim., n° 381 ; Dr. pén. 1992, n° 42, obs. J.-H. Robert ; JCP 1992. II. 21952, note J. Pannier ; Merle et Vitu, Traité de droit criminel, T. 2, Proc. pén. 5^e éd., 2001, p. 201.

(4) Cass. crim., 21 mai 1992, Bull. crim., n° 203 ; Gaz. Pal., Rec. 1993, p. 1, note D. Bayet ; Dr. pén. 1992, n° 179, note J.-H. Robert ; JCP 1993. II. 21985, note J. Pannier.

(5) D. Bayet, « Obstina ratio » : le contentieux des changes et la logique du droit, Rev. dr. bancaire, 1993, n° 37 p. 111 ; P. Juillard, Où en est le droit français des relations financières avec l'étranger ?, D. 1993, doctr. p. 281.

(6) Cass. crim., 2 juin 1986, Bull. crim., n° 185 ; Gaz. Pal., Rec. 1987, 329, note D. Bayet ; JCP 1987, II. 20752, note J. Pannier.

I. DU CONTRÔLE DES CHANGES AU CONTRÔLE DES CAPITAUX

Depuis que la France vit à l'heure de l'euro, l'article 3 de la loi de 1966, prêt à bondir pour sauver les intérêts nationaux, fait plutôt figure de pièce de musée, car il est techniquement dépassé sauf à considérer que, le respect des engagements internationaux de la France pourrait nous obliger à le sortir de la naphthaline. Mais personne n'y pense, car on a trouvé beaucoup mieux. On peut peut-être même avancer que l'article 3 ne serait plus la base légale la plus adaptée.

En effet, bien que le domaine d'application soit plus restreint, la directive n° 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 avait mis au point un outil permettant aux États membres de surveiller la circulation des capitaux. Ce sont les articles 4 et 7 qui fixent la nouvelle règle du jeu :

Article 4

« Les dispositions de la présente directive ne préjugent pas le droit des États membres de prendre les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou de surveillance prudentielle des établissements financiers, et de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique. »

L'application de ces mesures et procédures ne peut avoir pour effet d'empêcher les mouvements de capitaux effectués en conformité avec les dispositions du droit communautaire ».

Article 7

« 1 – Les États membres s'efforcent d'atteindre, dans le régime qu'ils appliquent aux transferts afférents aux mouvements de capitaux avec les pays tiers, le même degré de libération que celui des opérations intervenant avec les résidents des autres États membres, sous réserve des autres dispositions de la présente directive. »

Les dispositions du premier alinéa ne préjugent pas de l'application, vis-à-vis des pays tiers, des règles nationales ou du droit communautaire, et notamment des conditions éventuelles de réciprocité, concernant les opérations d'établissement, de prestation de services financiers et d'admission de titres sur les marchés des capitaux.

2 – Au cas où des mouvements de capitaux à court terme de grande ampleur en provenance ou à destination des pays tiers perturbent gravement la situation monétaire ou financière interne ou externe des États membres ou de plusieurs d'entre eux, ou entraînent des tensions graves dans les relations de change à l'intérieur de la Communauté ou entre la Communauté et les

pays tiers, les États membres se consultent sur toute mesure susceptible d'être prise pour remédier aux difficultés rencontrées. Cette consultation a lieu au sein du comité des gouverneurs des banques centrales et du comité monétaire à l'initiative de la Commission ou de tout État membre ».

Ces deux articles sont conformes aux dispositions du Traité de Rome puisque l'article 58 reconnaît aux États membres le droit de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique.

Toutefois, le paragraphe 2 de cet article indique que ces mesures et ces procédures ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements telle que définie à l'article 56. L'argument servira.

À cette époque est en train de mûrir une sorte de prise de conscience internationale de la nécessité de promouvoir une action concertée, pour résister à la prolifération du blanchiment d'argent provenant du trafic de drogue, basée sur l'idée que s'attaquer au blanchiment permet de ralentir le trafic puisque l'argent revient plus difficilement dans le circuit. La réflexion va s'orienter également sur le financement du terrorisme.

Le Groupe d'action financière (GAFI), créé en juillet 1989 par le sommet du Groupe des Sept (G7) à Paris, est un organisme intergouvernemental (actuellement composé de trente et un pays et de deux organisations régionales), qui vise à développer et promouvoir des politiques nationales et internationales afin de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

Le GAFI a adopté en 1990 quarante recommandations (révisées en 1996 et 2003) qui énoncent les mesures que les gouvernements nationaux doivent prendre pour appliquer des plans efficaces de lutte contre le blanchiment de capitaux.

En octobre 2001, le GAFI a étendu son mandat à la question du financement du terrorisme et a adopté huit recommandations spéciales sur le financement du terrorisme, auxquelles une neuvième a été ajoutée en 2004. Ces recommandations contiennent une série de mesures visant à combattre le financement des actes et des organisations terroristes et complètent les quarante recommandations.

La recommandation 3 prévoit que les pays doivent adopter des mesures, y compris législatives, leur permettant de confisquer les biens blanchis ou produits issus du blanchiment, ainsi que de prendre des mesures provisoires (gel, saisie). Aux termes de la recommandation 17 : « *Les pays devraient s'assurer qu'ils disposent de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives, qu'elles soient pénales, civiles ou administratives, applicables aux personnes physiques ou morales visées par ces recommandations qui ne se conforment pas aux obligations en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme* ».

La recommandation spéciale III prévoit des dispositions similaires (gel, saisie et confiscation) pour les biens des terroristes. La recommandation spéciale IX est ainsi rédigée : « *Les pays devraient avoir en place des mesures destinées à détecter les transports physiques transfrontaliers d'espèces et instruments au porteur, y compris un système de déclaration ou toute autre obligation de communication*.

Les pays devraient s'assurer que leurs autorités compétentes sont dotées du pouvoir de bloquer ou retenir les espèces ou instruments au porteur soupçonnés d'être liés au financement du terrorisme ou au blanchiment de capitaux, ou faisant l'objet de fausses déclarations ou communications.

Les pays devraient s'assurer que des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives peuvent s'appliquer aux personnes qui ont procédé à des fausses déclarations ou communications. Lorsque des espèces ou instruments au porteur sont liés au financement du terrorisme ou au blanchiment de capitaux, les pays devraient aussi adopter des mesures, y compris de nature législative, conformes à la recommandation 3 et la recommandation spéciale III, qui autorisent la confiscation de telles espèces ou de tels instruments ».

La note interprétative de cette recommandation spéciale indique au point 9 que les États peuvent s'acquitter des obligations prévues dans la recommandation en adoptant l'un des deux systèmes de déclaration ou de communication. S'ils choisissent le premier, toutes les personnes qui procèdent au transport physique transfrontière d'espèces dont la valeur dépasse un montant déterminé au préalable, qui ne peut être supérieur à 15.000 dollars américains/euros, doivent remettre une déclaration authentique aux autorités compétentes. Les États devront s'assurer que le plafond a été fixé à un niveau suffisamment bas pour répondre aux objectifs de la recommandation.

Le document relatif aux meilleures pratiques internationales du 12 février 2005 précise, dans son point 15 intitulé « *Blocage, confiscation des espèces* » : « *En cas de fausse déclaration... ou lorsqu'il y a des motifs raisonnables de soupçonner des actes de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, les pays sont encouragés à imposer un renversement de la charge de la preuve sur la personne portant les espèces... lors du franchissement d'une frontière quant à la légitimité de ces espèces... En conséquence, si, dans de telles circonstances, une personne est dans l'incapacité de démontrer l'origine et la destination légitime des fonds..., ces fonds... peuvent être bloqués ou retenus. Les pays sont invités à envisager la confiscation des espèces... même en l'absence de condamnation conformément à la recommandation 3 du GAFI* ».

Les travaux du GAFI n'ont pas manqué d'inspirer le Conseil de l'Europe. C'est ainsi que fut adoptée la Convention du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993 et ratifiée par la France le 1^{er} février 1997. Quarante-sept États sont parties à la Convention. Elle fut complétée par une Convention du 16 novembre 2005 entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008 ayant pour objet de prendre en compte le fait que les activités liées au terrorisme pourraient être financées non seulement par le blanchiment de capitaux issus d'activités criminelles mais aussi par des activités licites. La France, pour l'instant, ne l'a pas signée.

Il y avait cependant un grand pas à franchir entre la signature des conventions et leur transposition en droit interne.

Parmi les législations des États membres du Conseil de l'Europe, un certain nombre avaient institué une obligation de déclaration des moyens de paiement, titres ou valeurs à leurs frontières. Cette déclaration, selon les pays, devait être faite spontanément (Bulgarie, Croatie, Danemark, Espagne, France, Italie, Lituanie, Moldova, Monténégro, Pologne, Russie, Serbie, Slovénie, Slovaquie, Ukraine) ou à la demande d'un agent des douanes (Allemagne, Autriche, Portugal). Un certain nombre de pays ne prévoyaient pas d'obligation déclarative (Andorre, Belgique, Estonie, Finlande, Géorgie, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Turquie).

En règle générale, l'amende était la sanction la plus souvent rencontrée en cas de non-respect de l'obligation déclarative. Selon les États, le montant de l'amende était très différent et pouvait varier d'un minimum de 27 euros (Ukraine) à un maximum de 75.000 euros (Slovaquie). À part la France,

un seul État (Bulgarie) prévoyait le cumul d'une amende pouvant aller jusqu'au double de la somme non déclarée avec la confiscation de la totalité de ladite somme.

Enfin, la réflexion engagée par le GAFI a convaincu aussi les Nations Unies puisque l'article 18, § 2 b) de la Convention des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme, ratifiée par la France le 7 janvier 2002 et entrée en vigueur le 10 avril 2002, dispose que : « *Les États parties coopèrent également à la prévention des infractions visées à l'article 2 en envisageant :...*

b – Des mesures réalistes qui permettent de détecter ou de surveiller le transport physique transfrontière d'espèces et d'effets au porteur négociables, sous réserve qu'elles soient assujetties à des garanties strictes visant à assurer que l'information est utilisée à bon escient et qu'elles n'entravent en aucune façon la libre circulation des capitaux ».

La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, ratifiée par la France le 29 octobre 2002 et entrée en vigueur le 29 septembre 2003, précise dans son article 7, § 2 (mesures de lutte contre le blanchiment d'argent) : « *Les États parties envisagent de mettre en œuvre des mesures réalisables de détection et de surveillance du mouvement transfrontière d'espèces (...), sous réserve de garanties permettant d'assurer une utilisation correcte des informations et sans entraver d'aucune façon la circulation des capitaux licites. Il peut être notamment fait obligation aux particuliers et aux entreprises de signaler les transferts transfrontières de quantités importantes d'espèces (...)* ».

Aux termes de l'article 12, § 7 de cette Convention : « *Les États parties peuvent envisager d'exiger que l'auteur d'une infraction établisse l'origine licite du produit présumé du crime ou d'autres biens pouvant faire l'objet d'une confiscation, dans la mesure où cette exigence est conforme aux principes de leur droit interne et à la nature de la procédure judiciaire et des autres procédures* ».

Dans un tel consensus international, l'Union européenne a bien évidemment adopté plusieurs instruments pour lutter contre le blanchiment de capitaux, en partant du principe que l'introduction, dans le système financier, du produit d'activités illicites était de nature à nuire à un développement économique sain et durable. Une première étape a consisté en l'adoption de la directive n° 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment. Cette directive a instauré un mécanisme communautaire de contrôle des tran-

sactions effectuées par le biais des établissements de crédits, des institutions financières et de certaines professions.

Dans la mesure où, par sa mise en œuvre, ce mécanisme était susceptible d'entraîner un accroissement des mouvements d'argent liquide à des fins illicites, il a été complété par le règlement n° 1889/2005 du 26 octobre 2005 relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de l'Union européenne. Ce règlement est entré en vigueur le 15 juin 2007. Il ne concerne pas les mouvements d'argent entre États de l'Union européenne.

S'appuyant notamment sur les recommandations du GAFI et tirant les conséquences des disparités entre États membres, dont tous ne connaissaient pas de procédures de contrôle, ce règlement vise à mettre en place, à l'échelle de l'Union, des mesures de contrôle des mouvements de capitaux aux frontières extérieures de l'Union, à l'entrée comme à la sortie.

Il est fondé sur le principe de la déclaration obligatoire, pour toute personne entrant dans l'Union ou en sortant, de l'argent liquide transporté (qu'elle en soit ou non propriétaire), à partir d'un seuil de 10.000 euros, permettant ainsi aux autorités douanières de collecter des informations, mais également de les transmettre aux autorités des autres États lorsqu'il y a des indices que les sommes en question sont liées à une activité illégale.

L'article 9 du règlement prévoit que chaque État membre doit introduire des sanctions applicables en cas de non-exécution de l'obligation de déclaration. Selon cet article, ces sanctions doivent être « *effectives, proportionnées et dissuasives* ». Les États membres sont tenus de les notifier à la Commission européenne au plus tard le 15 juin 2007.

II. UNE RÉPRESSION À GÉOMÉTRIE VARIABLE

Pour les États membres qui sont également ou sont devenus entre-temps membres de l'Union européenne, le régime de la déclaration obligatoire institué par le règlement n° 1889/2005 pour toute somme en liquide au-delà de 10.000 euros entrant ou sortant de l'Union est entré en vigueur le 15 juin 2007.

S'agissant des sanctions en cas de non-déclaration, le règlement prévoyant seulement, dans son article 9, qu'elles doivent être « *effectives, proportionnées et dissuasives* », elles relèvent de la responsabilité des États, ceux-ci étant uniquement tenus de les notifier à la Commission européenne.

Ceux des États de l'Union dont le système ne prévoyait pas de déclaration obligatoire ont modifié leur législation en conséquence. Certains États

n'appartenant par à l'UE ont également modifié le montant minimum sujet à déclaration pour le rapprocher de celui de 10.000 euros prévu par le règlement n° 1889/2005 (c'est le cas notamment de la Serbie, de la Moldavie et de l'Ukraine, la Russie pour sa part ayant opté pour un seuil de 10.000 USD). Le seuil de déclaration le plus bas se rencontre au Monténégro (2.000 euros).

Dans la plupart des États, le défaut de déclaration constitue une infraction de nature administrative, punie généralement d'une amende qui, soit est fixée en valeur absolue variant considérablement d'un État à l'autre, soit est calculée selon un pourcentage de la somme non déclarée, soit encore est modulée selon la gravité de l'infraction et son caractère intentionnel ou non.

Dans quelques rares pays comme les Pays-Bas ou la Lituanie, la non-déclaration est considérée en soi comme une infraction pénale, punissable d'une amende ou d'une peine de prison (pouvant aller, en Lituanie, jusqu'à huit ans). Dans un certain nombre d'autres pays, si le défaut de déclaration est lié à d'autres infractions pénales (contrebande, blanchiment d'argent) ou concerne des sommes particulièrement importantes, il peut être puni d'une peine d'emprisonnement pouvant aller, selon les pays, jusqu'à six ans.

Plusieurs législations prévoient également des mesures de confiscation, parfois à titre provisoire, notamment si les sommes non déclarées proviennent d'une activité criminelle ou y sont destinées, ou si leur origine légale ne peut pas être prouvée. Le montant confisqué est en général celui qui dépasse le seuil fixé pour la déclaration. Toutefois, les législations de certains États disposent qu'en cas de poursuites pénales pouvant donner lieu à des peines d'emprisonnement la totalité de la somme est confisquée. La Bulgarie semble être le seul pays qui combine une amende de nature administrative ou pénale pouvant aller jusqu'au double de la somme non déclarée avec la confiscation automatique de l'intégralité de la somme.

Dira-t-on que nos fonctionnaires ont réussi à vendre le brevet français du contrôle des changes à plus de cinquante pays ? Quoi qu'il en soit, la France a depuis la loi du 3 avril 1918 une très sérieuse expérience en la matière et elle n'a pas attendu que soient ratifiées les conventions précitées pour donner l'exemple. Ainsi va-t-on voir débarquer dans le paysage cambiaire déjà fort complexe compte tenu de l'imminence de l'entrée en vigueur de la directive du 24 juin 1988 – la France est en plein nettoyage des entraves à la liberté des changes et s'emploie au démantèlement de l'arsenal réglementaire – le désormais célèbre article 98 de la loi de finances pour 1990 qui va devenir l'article 464 du Code des douanes.

Article 464

« Sans préjudice des dispositions de la loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger, les personnes physiques qui transfèrent vers l'étranger des sommes, titres ou valeurs, sans l'intermédiaire d'un organisme soumis à la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, ou d'un organisme cité à l'article 8 de ladite loi, doivent en faire la déclaration dans les conditions fixées par décret.

Une déclaration est établie pour chaque transfert à l'exclusion des transferts dont le montant est inférieur à 50.000 francs ».

Comme aménagement de la liberté des changes à peine retrouvée, on fait mieux ; les manquements à l'obligation déclarative étaient sanctionnées deux fois, sur le plan douanier d'abord (article 459 du Code des douanes) et fiscal ensuite (article 98, § 6 de la loi de finances pour 1990). Il s'ensuivit une cacophonie judiciaire qui vint s'ajouter à la dissidence des cours d'appel quant au sort des poursuites en cours en matière de change. Ainsi la Cour d'appel de Chambéry tentera-t-elle le grand écart entre l'ancien et le nouveau régime de sanctions applicables aux transports de capitaux bien qu'un texte supposé apporter une clarification soit intervenu avant sa première décision (7). La même Cour recommencera l'exercice l'année suivante en considérant cette fois que les faits poursuivis en application de la réglementation abrogée avaient un petit air de famille avec le régime nouveau de l'obligation déclarative – il s'agissait également de transferts physiques de moyens de paiement – et qu'il y a lieu d'appliquer aux faits poursuivis sous l'empire de l'ancienne législation (article 459 du Code des douanes) les peines de la nouvelle parce qu'elles sont moins sévères (8). Il s'agissait du célèbre article 23 de la loi du 12 juillet 1990 qui, selon ses inspirateurs, avait pour objectif principal d'opérer un « transfert de base légale ». En effet, selon la fiche explicative de la Direction générale des douanes l'article 23 (ex-article 18) poursuit un triple but :

« – transférer dans la loi sur le blanchiment des capitaux la base légale de l'obligation douanière de déclaration des transferts physiques, actuellement prévue dans le cadre de la législation sur les relations financières avec l'étranger qui, du fait de la libération des changes, est devenue inadaptée ;

– diminuer le quantum des sanctions douanières en cas de non déclaration : ainsi, l'amende serait

(7) C. Chambéry, 28 février 1991, JCP 1991, éd. E, II, 205, note J. Pannier ; Sur la rébellion des cours d'appel, v. J. Pannier, Droit pénal douanier et des changes : l'application de la loi dans le temps, Rev. sc. crim. 1991, n° 2, p. 296.

(8) C. Chambéry, 15 novembre 1992, Gaz. Pal., Rec. 1993, jur. p. 580, note J. Pannier.

au plus égale au montant de la somme non déclarée ; de même, les peines privatives de droits et de libertés ne s'appliqueraient pas dans ce cas ; – supprimer le cumul de sanctions introduit depuis l'intervention de l'article 98 de la loi de finances pour 1990 : désormais la majoration de 40 % prévue au paragraphe 6 de cet article ne serait plus mise en œuvre en cas d'application de la sanction douanière ».

Ainsi est né l'article 465 du Code des douanes issu de l'article 23 de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment de capitaux provenant du trafic des stupéfiants) : « II – La méconnaissance des obligations énoncées au I de l'article 98 de la loi de finances pour 1990 (n° 89-935 du 29 décembre 1989), sera punie de la confiscation du corps du délit ou, lorsque la saisie n'aura pu être faite, d'une somme en tenant lieu et d'une amende égale, au minimum, au quart et, au maximum, au montant de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction (...) ».

La Cour de cassation elle-même a montré des hésitations quant à la portée des textes réglementaires qui affichaient surtout les tâtonnements du gouvernement, mais aussi quant à l'effet direct du droit communautaire sur la législation nationale.

Dans un arrêt du 13 juin 1994, elle balaya l'argument du pourvoi selon lequel, au moment de la constatation des infractions, les textes d'application des nouveaux articles 464, 465 et 466 du Code des douanes qui devaient fournir la liste descriptive des « sommes, titres ou valeurs » concernées par l'obligation déclarative ainsi que les modalités de déclaration n'étaient pas encore publiés. De fait, les arrêtés du 18 décembre 1990 et 28 janvier 1991 pris pour l'exécution du décret n° 90-1119 du 18 décembre 1990 étaient tous postérieurs aux dates de constatation des faits poursuivis. La chambre criminelle a confirmé l'analyse de la Cour d'appel qui ne voyait dans ces textes d'application que « de simples changements de détail au dispositif initial ». Cette analyse expéditive qui nous rapproche de Chambéry et qui fait si peu de cas de la réglementation dans une matière où c'est d'ordinaire elle qui définit les éléments matériels des infractions n'étonna guère le professeur Jacques-Henri Robert dès lors que les fonds saisis provenaient du trafic de stupéfiants : « Cette coïncidence est de plus en plus fréquente et c'est elle qui, aujourd'hui, menace la liberté des changes difficilement acquise, alors que les fluctuations monétaires n'inquiètent plus autant les gouvernements » (9).

(9) Cass. crim., 13 juin 1994, Bull. crim., n° 232 ; Dr. pén. 1994, n° 210, obs. J.-H. Robert.

La position de la chambre criminelle paraîtra d'autant plus fragile qu'elle va à l'encontre de sa propre jurisprudence affirmée dans un arrêt important du 1^{er} février 1990 dans lequel elle rappelle qu'il résulte des articles 6-3 a et 7 de la Convention européenne, de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des articles 34 et 37 de la Constitution et de l'article 4 du Code pénal que toute infraction doit être définie en termes clairs et précis, pour exclure l'arbitraire (10). La solution retenue dans l'arrêt du 13 juin 1994 était d'autant plus critiquable que le décret d'application du 18 décembre 1990 était annoncé par la loi elle-même (article 98, § 1 de la loi du 29 décembre 1989).

Passée cette période de transition, les choses reprennent leur cours normal c'est-à-dire que les sanctions pleuvent tandis que les avocats cherchent de nouvelles failles, y compris dans le droit communautaire. Dans un arrêt du 7 novembre 1996, la chambre criminelle décide que les pénalités douanières prévues par l'article 465 du Code des douanes ne méconnaissent aucune disposition du Traité de Rome et des textes pris pour son application, ni le principe de proportionnalité important en droit communautaire (11). S'agissant de la charge de la preuve des transferts multiples, la Cour décide cependant que c'est à la douane qu'il appartient de rapporter la preuve des infractions pour chaque transfert (12). Curieusement, elle a décidé le contraire à propos d'une saisie de lingots d'or précisant qu'il appartient au prévenu de rapporter la preuve que la valeur des lingots était inférieure à 50.000 francs (13).

On va retrouver cette valse-hésitation entre rigueur et tolérance à propos de la qualité des personnes visées par l'obligation déclarative.

Persuadée dans un premier temps de l'objectif fiscal de l'obligation déclarative, la Cour avait d'abord décidé dans un arrêt du 25 juin 1998 auquel la douane n'était pas partie que le régime de l'article 464 ne vise que les résidents français (14).

L'administration des douanes ayant formé opposition à cet arrêt, la Cour de cassation a, par un nouvel arrêt du 29 mars 2000, dit l'opposition recevable, mettant ainsi à néant son précédent arrêt, et a notamment considéré que l'obligation déclarative s'impose à toute personne physique, résident ou non-résident français et que les dispositions des textes qui la régissent « sont compatibles avec les exigences de la directive du Conseil du 24 juin 1988, sur la libre circulation des capitaux, dont

(10) Cass. crim., 1^{er} février 1990, Bull. crim., n° 56, Gaz. Pal., Rec. 1990. 398, note J.-P. Doucet.

(11) Cass. crim., 7 novembre 1996, Bull. crim., n° 398.

(12) Cass. crim., 26 novembre 1998, Bull. crim., n° 320.

(13) Cass. crim., 29 mars 2000, Bull. crim., n° 146.

(14) Cass. crim., 25 juin 1998, Dr. pén. 1998, n° 145, note J.-H. Robert.

l'article 4 autorise les États membres à prendre les mesures indispensables pour faire échec à leurs lois et règlements » (15). Au moins, la position était-elle claire ? Elle ne devait pourtant pas résister aux critiques qui surgissaient de toutes parts pour protester contre la sévérité des sanctions douanières françaises qui ont fini par persuader la Commission européenne de rendre un avis motivé le 27 juillet 2001 : « *L'article 58 du Traité CE stipule que l'article 56, qui instaure la libre circulation des capitaux, ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures liées à l'ordre public ou à la sécurité publique. Néanmoins, le même article 58 du Traité CE précise que ces procédures de déclaration ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements telle que définie à l'article 56.*

C'est ainsi que la Commission considère que les effets d'une telle obligation administrative, en l'occurrence les sanctions douanières, doivent s'apprécier en appliquant le critère de proportionnalité. En effet, selon la jurisprudence de la Cour (16), *les mesures administratives ou répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est strictement nécessaire aux objectifs poursuivis et il ne faut pas rattacher aux modalités de contrôle une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave aux libertés consacrées par le Traité.*

Or, la Commission a constaté que, dans le cas d'espèce, la sanction normalement prévue et appliquée, à savoir la confiscation des fonds, conduit à la négation même de la liberté fondamentale du mouvement des capitaux, de sorte qu'il s'agisse d'une mesure manifestement disproportionnée.

Les autorités françaises défendent le caractère dissuasif que devraient revêtir ces sanctions au vu de l'importance des objectifs visés selon elles par l'introduction de ces obligations déclaratives, à savoir la lutte contre le blanchiment d'argent et la lutte contre la fraude fiscale. De son côté, la Commission considère que la sanction devrait correspondre à la gravité du manquement constaté, à savoir du manquement à l'obligation de déclaration et non pas à la gravité du manquement éventuel non constaté, à ce stade, d'un délit tel que le blanchiment d'argent ou la fraude fiscale ».

(15) Cass. crim., 29 mars 2000, Bull. crim., n° 145.

(16) Arrêts du 16 décembre 1992, Commission c/ République hellénique, C-210/91, et du 26 octobre 1995, Siesse, C-36/94.

Cet avis motivé remettait enfin sur la table non seulement le principe de proportionnalité que la Cour de cassation, d'une formule lapidaire, prétendait respecté mais surtout la philosophie du système communautaire qui interdit les mesures qui seraient de nature à neutraliser un principe communautaire. On rappellera que, selon le paragraphe 3 de l'article 58 du Traité : « *Les mesures et procédures visées aux paragraphes 1 et 2 ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements telle que définie à l'article 56* ». On retrouve la même idée avec l'interdiction des taxes d'effet équivalent. L'avis motivé s'inspire aussi de la jurisprudence de la CJCE.

En ce qui concerne les infractions douanières, la CJCE considère de façon constante qu'en l'absence d'harmonisation de la législation communautaire dans ce domaine, les États membres sont compétents pour choisir les sanctions qui leur semblent appropriées. Ils sont toutefois tenus d'exercer cette compétence dans le respect du droit communautaire et de ses principes généraux et, par conséquent, dans le respect du principe de proportionnalité (17).

La CJCE précise que les mesures administratives ou répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est nécessaire aux objectifs poursuivis et qu'une sanction ne doit pas être si disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction qu'elle devienne une entrave à l'une des libertés consacrées par le Traité (18).

Le gouvernement français s'inclina devant tant de fermeté. A la suite de l'avis motivé de la Commission européenne, les autorités françaises modifieront le Code des douanes pour en tirer les conséquences. Ces modifications (introduites par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 et le décret n° 2004-759 du 27 juillet 2004) sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2004.

Ces modifications ont eu pour effet d'actualiser le chiffre limite fixé à 7.600 euros et de supprimer la peine de confiscation automatique réduisant aussi l'amende au quart de la somme sur laquelle a porté l'infraction.

À la suite de l'entrée en vigueur, le 15 juin 2007, du règlement n° 1889/2005 relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté (§ 35 ci-dessous), les articles 464 et 465 du Code des douanes ont encore été modifiés par le

(17) V. arrêts du 16 décembre 1992, Commission c/ Grèce, C-210/91, Rec. p. I, 6735, point 19 du 26 octobre 1995, Siesse, C-36/94, Rec. p. I-3573, point 21, et du 7 décembre 2000, de Andrade, C-213/99, Rec. p. I-11083, point 20.

(18) V. notamment arrêt Commission c/ Grèce, préc., point 20 et la jurisprudence citée et arrêt du 12 juillet 2001, Louloudakis, C-262/99, Rec. p. I-5547 ; v. également l'arrêt rendu par la CJCE dans l'affaire Bosphorus Airways, préc., cité au § 52 de l'arrêt.

décret du 28 mars 2007 qui porte la somme limite au-delà de laquelle la déclaration est obligatoire à 10.000 euros.

L'accumulation de tous ces tâtonnements réglementaires et jurisprudentiels dans un contexte communautaire « bousculé » par rapport au principe de liberté ne pouvait que constituer une bombe à retardement qui éclaterait inéluctablement à la première occasion. L'occasion prit la forme d'une procédure initiée par un contrôle douanier à la frontière franco-andorrane, en janvier 1996, sur la personne d'un citoyen hollandais porteur d'une forte somme en florins. Condamné très sévèrement en première instance, l'intéressé s'adressa sans plus de succès à la Cour d'appel de Montpellier qui confirma la condamnation le 20 mars 2001. La Cour de cassation, par arrêt du 30 janvier 2002 rejeta le pourvoi du requérant, précisant que ces sanctions qui ont été instituées notamment en vue de la lutte contre le blanchiment de capitaux sont conformes au principe communautaire de proportionnalité et non contraires aux dispositions de la Convention européenne (19). La Cour de Strasbourg fut saisie par une requête n° 28336/02 du 23 juillet 2002 qui invoquait principalement la disproportion des sanctions prononcées par rapport à la nature du fait reproché, en l'occurrence une non-déclaration.

La Cour rejoint l'approche de la Commission européenne qui, dans son avis motivé de juillet 2001, a souligné que la sanction devait correspondre à la gravité du manquement constaté, à savoir le manquement à l'obligation de déclaration et non pas à la gravité du manquement éventuel non constaté, à ce stade, d'un délit tel que le blanchiment d'argent ou la fraude fiscale.

La Cour relève qu'à la suite de cet avis motivé, les autorités françaises ont modifié l'article 465 précité. Dans sa rédaction entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2004, cet article ne prévoit plus de confiscation automatique et l'amende a été réduite au quart de la somme sur laquelle porte l'infraction. La somme non déclarée est désormais consignée pendant une durée maximum de six mois, et la confiscation peut être prononcée dans ce délai par les juridictions compétentes lorsqu'il y a des indices ou raisons plausibles de penser que l'intéressé a commis d'autres infractions au Code des douanes ou y a participé. De l'avis de la Cour, un tel système permet de préserver le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la protection des droits fondamentaux de l'individu.

La Cour observe enfin que, dans la plupart des textes internationaux ou communautaires applica-

bles en la matière, il est fait référence au caractère « proportionné » que doivent revêtir les sanctions prévues par les États.

Au vu de ces éléments et dans les circonstances particulières de la présente affaire, la Cour arrive à la conclusion que la sanction imposée au requérant, cumulant la confiscation et l'amende, était disproportionnée au regard du manquement commis et que le juste équilibre n'a pas été respecté (20).

Il y a donc eu en l'espèce violation de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention (21). Voilà qui va redonner du tonus à ce texte, surtout en cette matière, car il faut bien dire que jusqu'à présent le juge européen faisait la part belle aux intérêts du fisc (22). Si l'on considère que plus de 98 % des saisies douanières n'ont rien à voir avec le narcotrafic ou avec le terrorisme, cette décision fait figure de lot de consolation et n'est pas de nature à freiner la pêche miraculeuse. Pendant longtemps une magnifique tapisserie d'Aubusson trôna dans le bureau du directeur du Trésor, il représentait la cueillette des poires...

(19) Cass. crim., 30 janvier 2002, Bull. crim., n° 16 ; Gaz. Pal., Rec. 2003, jur. p. 2319, note A.C. ; D. 2003, somm. p. 173, obs. B. de Lamy.

(20) V. CEDH, 6 novembre 2008, *Ismayilov c/ Russie*, n° 30352/03, § 38.

(21) CEDH (1^{re} sect.) 26 février 2009, *JCP*, éd. G, II, 10075, 2009, note J. Pannier.

(22) F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^e éd., PUF, p. 589.