

Auteur : **Fabien FOUCAULT**, avocat à la Cour

Date : réunion du **19 juin 2008**

INTRODUCTION AU DROIT DOUANIER

Fabien FOUCAULT

Avocat à la Cour



GOGUEL MONESTIER VALLETTE VIALARD & ASSOCIÉS

AVOCATS À LA COUR

22, AVENUE DE FRIEDLAND - 75008 PARIS

TÉLÉPHONE : 33 (0)1 42 25 34 65 - TÉLÉCOPIE : 33 (0)1 43 59 48 26

ff@gmavocats.com

WWW.GMAVOCATS.COM

L'Administration des douanes (administration relevant du Ministère du budget) est responsable en France notamment de l'application des dispositions du Code des douanes Communautaire, du Code des douanes national, des contributions indirectes, et des réglementations du commerce extérieur.

Exemple de compétences de la douane :

- Importation et exportation,
- le respect des règles de politique commerciale (contingents, mesures antidumping),
- les marchandises prohibées (armes, stupéfiants, biens culturels, faune et flore soumises à la convention de Washington),
- la politique agricole commune,
- les mouvements de fonds transfrontaliers,
- les contrefaçons et les normes,
- les produits pétroliers,
- les bordereaux de vente à l'export (voyageurs) ...
- accises
- environnement

L'Administration fiscale (administration relevant du Ministère de l'Economie et des Finances) est chargée de l'application des dispositions fiscales internes.

Problèmes de conflit de compétence : en matière de TVA (par exemple dans le cadre de l'exonération de TVA à l'exportation ou de la TVA à l'importation lorsque la mise à la consommation n'est pas réalisée dans l'état dans lequel a été effectué les opérations de dédouanement).

Les difficultés de la douane :

- cette matière intéresse très peu le législateur
- les juridictions sont très rarement saisies des litiges douaniers. La plus grande majorité des litiges est en effet soldée par une transaction du fait que les risques pour une entreprise et son dirigeant peuvent être particulièrement élevés (par exemple pénalité de trois fois le prix de la marchandise)
- administration partagée :
 - elle est prise entre une tradition répressive toujours vivace et le souhait de favoriser le commerce et récupérer des parts de marchés par rapport aux autres Etats membres.
 - elle est prise entre des règles de fond modernes, car résultant du droit communautaire, et des règles de procédure nationales parfois archaïques, principalement dans le domaine contentieux.
 - elle est enfin soumise aux contrôles des autorités communautaires.

LE CODE DES DOUANES COMMUNAUTAIRE MODERNISE : Règlement (CE) n°450/2008 du 23 avril 2008 (JOCE L 145 du 4 juin 2008)

- **difficultés d'application :**
 - au plus tôt le 24 juin 2008**
 - au plus tard le 24 juin 2013**
 - le 1^{er} janvier 2011**

PAS ENCORE DE DAC

1. LES TROIS PILIERS DE LA TAXATION DOUANIÈRE

1.1. ESPÈCE

Les marchandises doivent être déclarées selon la nomenclature de dédouanement des produits (NDP) figurant au tarif d'usage des douanes. Cette nomenclature est composée de douze caractères numériques et d'une lettre-clé. Il convient de faire un choix dans cette nomenclature très détaillée, puisqu'elle comporte près de 15 500 rubriques de classement.

- Les 6 premiers chiffres : Système Harmonisé (S.H.),
- La nomenclature combinée à 8 chiffres
- TARIC (tarif intégré des Communautés européennes) : 10 chiffres (reprenant les réglementations européennes, notamment les suspensions et préférences tarifaires, les prohibitions, les licences ou les droits anti-dumping.
- 12 chiffres et une lettre qui reprend les mesures réglementaires et fiscales spécifiques à la France.

Règles générales interprétatives

Libellés de positions

Notes de sections et de chapitres

Notes explicatives du système harmonisé de l'OMD

Notes explicatives pour la nomenclature combinée

Règlements de classement

Exemples de difficultés :

- Remise en cause de l'accord ATI (Accord sur le commerce des produits des technologies de l'information signé par la Communauté Européenne dans le cadre de l'OMC le 13 décembre 1996 à Singapour et entré en vigueur en 1997). En application de cet accord, la Communauté a réduit à zéro les droits sur les produits correspondant à toutes les subdivisions des positions 8471 et 8517 depuis le 1^{er} janvier 2000. Donc veut classer les produits dans d'autres positions
- Appareils multifonctions (imprimantes, lecteurs MP 3)
Voir « Le classement tarifaire des appareils à fonctions multiples », Fabrice GOGUEL, Revue des Affaires Européennes de janvier 2007, page 615

1.2. ORIGINE

1.2.1. Origine de droit commun

Applicable pour :

- si pas de régime préférentiel
- quotas, pour les produits textiles
- droits antidumping
- marquage d'origine

article 22 CDC :

- Entièrement obtenu
- Dernière transformation ou ouvraison substantielle économiquement justifiée effectuée dans une entreprise équipée à cet effet et ayant abouti à la fabrication d'un produit nouveau ou représentant un stade de fabrication important : Annexe 10 et 11 des DAC

1.2.2. Origine préférentielle

* Différents champs d'application :

- Les relations préférentielles résultant d'accords conclus par l'UE avec un pays ou un groupe de pays : 22 : Suisse, Espace Economique Européen, Roumanie, Bulgarie, Maroc, Tunisie
- Les relations préférentielles résultant de concessions tarifaires octroyées unilatéralement par la Communauté : 2 : SPG, Bosnie-Herzégovine et Serbie et Montenegro (2000)

- Les relations préférentielles mixtes (union douanière et accord de libre échange selon les produits) : CE/Andorre et CE/Turquie

* Règles d'origine

- "produits entièrement obtenus"
- "transformation suffisante" (TS) : Syrie : changement de position tarifaire (SH 4) entre le produit fini et les produits non originaires mis en œuvre dans sa fabrication.
- "produits suffisamment ouvrés ou transformés" dans tous les autres accords et systèmes préférentiels : un produit est considéré comme suffisamment ouvré ou transformé lorsque les conditions fixées pour ce produit dans l'annexe II du protocole origine de l'accord concerné sont remplies. L'annexe II de chaque accord (annexe 15 des DAC pour le SPG et régime Balkans) : liste. + annexe I (annexe 14 des DAC pour le SPG et régime Balkans) : mode d'emploi de la liste

* cumul

- Cumul bilatéral
- Cumul diagonal
- Cumul régional au sein du SPG
- Cumul total

* Les justifications d'origine en régime préférentiel

EUR 1 (accords), FORM A (SPG)

1.2.3. Discussions OMD

1.2.4. CDM : articles 35 et suivants : similaire

Voir : « Le droit douanier, symbole de l'ambivalence de la Cour de cassation », Fabien FOUCAULT, JCP E, n°21 du 22 mai 2008, n°1666

1.3. VALEUR

1.3.1. Plusieurs valeurs :

- en douane
- statistique (douane + frais de transport et frais connexes au transport jusqu'au point d'entrée en France)
- TVA (douane + impositions + frais accessoires (commission à l'achat, frais de transport et assurance après introduction, intérêts pour paiement différé)

1.3.2. CDC (articles 28 et suivants)

* Valeur

- transactionnelle
- comparative
- déductive (marchandise similaire totalisant la plus grande quantité),
- calculée : « cost plus »,
- dernier recours : utilisation souple des règles précédentes + accord avec les douanes

* Valeur transactionnelle + ou - :

+ article 32 :

- > Frais de transport jusqu'au lieu d'introduction
- > coûts supportés par acheteur (commission à la vente, frais de courtage, contenant et emballages)
- > apports (moules, ingénierie)

- article 33 :

- > montage et assistance après importation
- > droit de douane et autre
- > droit de reproduction
- > frais de transport après importation
- > commission d'achat

* Redevances (article 32 CDC) ne sont à ajouter au prix que si toutes les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- leur acquittement est relatif aux marchandises importées (article 157.2) ;
- leur acquittement est une condition de la vente (article 157.2) ;
- ils concernent des marchandises revendues en l'état ou ayant fait l'objet d'une opération mineure après importation (article 159) ;
- ces marchandises sont commercialisées sous la marque, apposée avant ou après l'importation, pour laquelle la redevance est payée (article 159) ;
- l'acheteur n'est pas libre de se procurer de telles marchandises auprès d'autres fournisseurs non liés au vendeur (article 159).

* Prix de transfert : logique opposée

1.3.3. CDM : articles 40 et suivants

Presque même type de valeur :

Valeur transactionnelle

Ou :

- Valeur transactionnelle de marchandises identiques
- Valeur transactionnelle de marchandises similaires
- Valeur déductive (marchandise identique ou similaire totalisant la plus grande quantité),
- Valeur calculée

Mais il n'y a plus de précisions quant aux retraitements (dans les futurs DAC ?)

2. BENEFICIER DES PROGRES DE LA SECURITE JURIDIQUE : ANTICIPER

2.1. La protection par le droit interne

2.2. La protection par le droit communautaire :

2.2.1. Les « renseignements contraignants »

2.2.2. Art 220 2 b du CDC

2.2.3. Art 239 du CDC

2.1. LA PROTECTION PAR LE DROIT INTERNE

En matière fiscale, deux types de garantie opposable à l'Administration fiscale :

- L'article L. 80 A du LPF : opposabilité des prises de position générales ;
- L'article L. 80 B du LPF : le rescrit fiscal : opposabilité des prises de position formelles sur l'appréciation de la situation de fait au regard du droit fiscal.

Garanties équivalentes créés contre la douane en matière fiscale : article 345 bis (ordonnance du 7 décembre 2005). Mais applicable seulement aux prises de positions relatives à la fiscalité nationale (comme les taxes prévues dans code des douanes : la taxe intérieure sur la consommation, tgap, taxe à l'essieu, taxe sur les appareils de reprographie).

2.2. LA PROTECTION PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE

2.2.1. Les « renseignements contraignants » : espèce (RTC) et origine (RCO)

Il n'existe aujourd'hui que des renseignements sur l'origine et l'espèce. En 2006, la douane française a annoncé la mise en place de renseignements contraignants en matière de valeur (effet limité à la France). Rien en 2008 !

2.2.1.2. L'utilité des renseignements surtout en matière d'espèce

Opération complexe : L'étude de la nomenclature et des différentes règles d'interprétation (les 6 règles générales pour l'interprétation du Système Harmonisé, les notes explicatives du système harmonisé, les notes explicatives de la Nomenclature Combinée) se révèle très souvent insuffisante

notamment lorsque l'on recherche à classer de nouveaux produits ou des produits d'élaboration complexe (comme les produits technologiques).

RTC : meilleur moyen pour un opérateur de ne plus avoir de doute et de se préserver contre un éventuel changement d'interprétation de l'Administration (et donc de devoir ultérieurement des droits importants qu'elle ne pourra pas répercuter sur son prix de vente).

Les renseignements lient, vis-à-vis de son titulaire, tous les services douaniers de l'Union européenne, sous réserve que la marchandise corresponde à celle qui y est décrite.

2.2.1.3. Sécurité non intangible, article 12 CDC : un RTC cesse d'être valable :

- i) par suite de l'adoption d'un règlement, il n'est pas conforme au droit ainsi établi ;*
- ii) il devient incompatible avec l'interprétation d'une des nomenclatures visées à l'article 20 paragraphe 6 :*
 - *soit, sur le plan communautaire, à la suite d'une modification des notes explicatives de la nomenclature combinée ou d'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes,*
 - *soit, sur le plan international, à la suite d'un avis de classement ou d'une modification des notes explicatives de la nomenclature du système harmonisé de désignation et codification des marchandises, adoptés par l'Organisation mondiale des douanes, créée en 1952 sous le nom de « Conseil de coopération douanière »*
- iii) il est révoqué ou modifié conformément à l'article 9, et sous réserve que cette révocation ou modification soit notifiée au titulaire.*

La date à laquelle le renseignement contraignant cesse d'être valable, pour les cas visés aux points i) et ii), est la date de publication desdites mesures ou, en ce qui concerne les mesures internationales, la date d'une communication de la Commission dans la série C du Journal officiel des Communautés européennes. »

2.2.1.4. CDM :

- Valide 3 ans au lieu de 6
- Lie également l'opérateur
- article 12 CDC supprimé (dans les DAC ?)

2.2.2. Art 220 2 b CDC (article 82 CDM)

L'article 220-2-b prescrit qu'il n'y pas lieu à recouvrement a posteriori de droits légalement dus lorsque leur montant « n'avait pas été pris en compte par suite d'une erreur des autorités douanières elles-mêmes qui ne pouvait raisonnablement être décelée par le redevable, ce dernier ayant pour sa part agi de bonne foi ».

Le remboursement ou la remise des droits est accordé sur demande déposée auprès du bureau de douane concerné, avant l'expiration d'un délai de trois ans à compter de la date de la communication des droits au débiteur.

2.2.3. Art 239 CDC (article 83 CDM) : équité

Peuvent également ouvrir droit au remboursement ou à la remise des droits des situations particulières résultant de circonstances n'impliquant ni manoeuvre, ni négligence manifeste de la part du redevable.

Le délai de dépôt est fixé à un an (3 ans dans le CDM) à compter de la date de communication des droits à l'intéressé.

Voir article de Fabrice GOGUEL : « La garantie contre le changement de doctrine face au droit communautaire – Le droit douanier peut-il sauver l'article L. 80 A du LPF ? » Revue Droit Fiscal 2006, n°21-22, étude 22.

3. LE CONTRÔLE DOUANIER : COMMENT SE COMPORTE

- 3.1. Le contrôle au moment du dédouanement
- 3.2. Le contrôle à la circulation et à la détention
- 3.3. Le contrôle a posteriori

3.1. LE CONTRÔLE AU MOMENT DU DÉDOUANEMENT

Dès leur introduction sur le territoire communautaire, les marchandises doivent être conduites au bureau de douane sans délai par la personne qui a procédé à cette introduction, afin d'être présentées en douane.

Après contrôle de recevabilité et enregistrement des déclarations en douane, le service des douanes peut procéder au contrôle physique et/ou documentaire de tout ou partie des marchandises déclarées (le service des douanes n'est pas tenu de procéder à la vérification effective des marchandises).

La vérification physique doit toujours s'effectuer en présence du déclarant en douane.

- Procédures simplifiées et dédouanement à domicile
- La difficulté des contrôles techniques
- Mainlevée sous bénéfice de garantie

CDM :

- Opérateur Economique Agréé (moins contrôlé)
- déclaration sommaire d'entrée (avant l'arrivée des marchandises)

3.2. LE CONTRÔLE À LA CIRCULATION ET À LA DÉTENTION

Certaines marchandises restent soumises à contrôle à la circulation et à la détention :

- les marchandises tierces placées sous régime de transit ;
- les marchandises visées à l'arrêté du 11/12/2001 portant application de l'article 215 CD (bijoux, espèces préservées, armes ...);
- les marchandises communautaires visées aux § 4 et 5 de l'article 38 du code des douanes, soumises à restriction de circulation dans les échanges intracommunautaires.

3.3. LE CONTRÔLE A POSTERIORI

A peu près aucune des garanties existant en matière fiscale :

- Pas d'avis de vérification mais d'emblée un procès-verbal
- Pas de droit à l'assistance d'un conseil qui n'est que toléré
- Pas d'interdiction de double vérification
- Pas d'obligation de notifier l'absence de redressement, si bien qu'on n'est jamais sûr qu'une enquête soit terminée (un procès-verbal de fin de contrôle a été créé, mais il n'a jamais été publié. Je n'en ai jamais vu officiellement).
- Surtout, pas de véritable respect du contradictoire pendant l'enquête

Avant tout contrôle, la personne contrôlée peut vérifier la qualité des enquêteurs : carte professionnelle (appelée « commission d'emploi »)

3.3.1. La date et la durée du contrôle

- Contrôle inopiné (douaniers préviennent rarement). Le contrôle ne peut cependant être commencé avant 8 heures ni après 20 heures. Un contrôle commencé dans la journée peut cependant se poursuivre au-delà de 20 heures.

- Pb de remboursement des frais dans CDM

3.3.2. Les pouvoirs des douaniers : articles 60 à 67 CD, article 68 CDC et article 25 CDM

3.3.2.1. Le droit de visite

Droit d'accès aux locaux à usage professionnel (art 63 ter CD).

Droit de visite domiciliaire (article 64 CD) = perquisition. Comme L 16 B du LPF.

Il autorise les agents des douanes à pénétrer dans les locaux de l'entreprise mais aussi dans les lieux privés voire chez des tiers comme les banques (visite des coffres, accès aux comptes...) afin de rechercher et de constater des délits douaniers. Sauf en cas de flagrant délit, la visite doit avoir fait l'objet d'une autorisation du président du TGI territorialement compétent qui délivre une ordonnance devant être remise au préalable à la personne faisant l'objet de la visite domiciliaire.

3.3.2.2. Le Droit de communication (article 65 CD)

Ce droit est seulement un droit d'accès aux locaux à usage professionnel (art 63 ter CD). La douane ne peut contraindre le représentant de l'entreprise à lui remettre les documents sollicités.

La remise des documents ne peut en effet qu'être volontaire. Cependant, l'Administration pourrait considérer que l'entreprise commet une « opposition à fonction ».

Droit de saisir les documents (originaux ou copies) régulièrement communiqués.

Droit de saisir des échantillons : art 63 ter CD.

Bien conserver une copie des documents communiqués à la douane : contrairement à l'administration fiscale, la douane n'a pas l'obligation de restituer les documents ni même d'en donner une copie.

3.3.2.3. L'audition

- Pas de débat oral et contradictoire.
- Pas de pouvoir de contrainte : la personne interrogée peut donc refuser de répondre.
- Droit de se taire.
- Refus possible de se présenter à une convocation.
- PV : « bien que n'ayant pas été invité à témoigner sur la foi du serment, toute déclaration, fausse ou inexacte, donnée sciemment aux agents enquêteurs pour couvrir ses agissements ou ceux d'un tiers, est susceptible d'engager sa responsabilité pénale. » Cette mention n'est prévue par aucun texte mais démontre que l'Administration douanière n'est pas complètement insensible aux droits de la défense !
- L'entreprise peut demander à son conseil de l'assister dans ses relations avec les vérificateurs (il s'avère cependant que les douaniers refusent parfois la présence d'un conseil d'autant plus lorsqu'il n'est pas spécialisé).
- Rarissime que l'opérateur et son conseil aient accès au dossier avant d'être auditionné, l'Administration des douanes considérant qu'il s'agit d'une enquête administrative.

Conseil : ne pas faire obstacle au bon déroulement de l'enquête. Le contrôle douanier repose avant tout sur un dialogue avec les agents des douanes et des difficultés graves lors de l'enquête pourraient avoir de lourdes conséquences sur la suite des opérations. Notamment l'opposition à contrôle (si elle est retenue par les Tribunaux) entraîne des sanctions pénales et problèmes pour transiger => fournir les éléments demandés lorsqu'ils sont disponibles immédiatement et qu'ils ne comportent pas d'éléments allant à l'encontre des intérêts de l'opérateur. Un délai peut être sollicité pour les communiquer.

3.3.3. La rédaction de procès-verbaux

Au cours du contrôle, différents procès-verbaux sont rédigés :

le procès-verbal de constat : utilisé pour relater la procédure, recueillir des déclarations ou saisir des documents et des échantillons remis.

- le procès-verbal de saisie : utilisé en cas de saisie de marchandises ou de documents ou en cas de flagrant délit, même si il n'y a pas de saisie. Il sert également à constater une opposition à fonction.

L'importance des procès-verbaux :

- Les constatations matérielles des enquêteurs (s'ils sont 2) font foi jusqu'à inscription de faux : ne s'applique pas à l'opinion personnelle des agents, ni aux conséquences ou déductions qu'ils peuvent en tirer, ni des raisonnements auxquels ils se livrent.
- Tous les procès-verbaux interrompent la prescription.

Après relecture, paraphe et signature du procès-verbal : la signature n'est pas obligatoire. Il est cependant conseillé de signer le procès-verbal, ce qui peut éviter des difficultés avec les douaniers.

En principe, le procès verbal est un moyen de constat de la douane. Le simple fait de signer ne matérialise donc pas un aveu. Il n'implique pas la reconnaissance des faits ou de l'infraction. La signature signifie que l'on a assisté au contrôle, elle ne signifie pas que l'on reconnaît les faits ou l'infraction.

Pas vrai pour les auditions : porter la plus grande attention à la lecture du procès verbal : il est possible de discuter les termes employés par les douaniers et de les faire modifier s'ils sont d'accord. Si les douaniers ne veulent pas modifier le contenu : rédiger des observations dans la case : « Déclaration de la personne intéressée ».

En principe, les agents remettent au signataire une copie du procès-verbal.

3.3.4. La fin du contrôle

La fin du contrôle est matérialisée soit :

- par la délivrance du bon à enlever des marchandises lorsque le contrôle intervient au moment du dédouanement des marchandises et que la situation des marchandises est reconnue comme régulière ou a été régularisée ;
- par la rédaction d'un procès verbal dit de « notification d'infraction » récapitulant les différents actes accomplis au cours de l'enquête et qualifiant l'infraction éventuelle et cela quel que soit le moment du contrôle (au moment du dédouanement, a posteriori ou à la circulation). Ce procès-verbal est signifié au représentant de l'entreprise à qui il en est remis une copie. L'entreprise peut parfaitement indiquer in fine du procès-verbal qu'un mémoire sera adressé ultérieurement pour contester l'infraction notifiée.

3.3.5. La prescription

Dans ses contrôles différés ou a posteriori, le service des douanes peut donc remonter sur les opérations antérieures de trois ans à sa première intervention. Les procès-verbaux sont interruptifs de prescription. Discrimination européenne : Voir : « Droit de Douane et prescription », Fabien FOUCAULT, Gazette du Palais 12 décembre 1999, page 14

3.3.6. Rappel de quelques recommandations pratiques :

- **Ne pas confondre le droit de communication et le droit de perquisition**
- **Exiger si nécessaire un délai pour communiquer les renseignements demandés**
- **Garder copie des documents communiqués en original**
- **Désigner un responsable compétent pour les contacts avec les enquêteurs**
- **Vérifier les termes des procès-verbaux**
- **Ne pas hésitez à**

4. LES CONSEQUENCES DU CONTROLE : COMMENT AGIR

- 4.1. Est-ce utile de saisir la CCED ?
- 4.2. La « nouvelle » procédure d'AMR
- 4.3. L'aspect pénal

Après la notification de l'infraction, l'entreprise peut :

- solliciter la saisine de la CCED lorsque le litige porte sur l'espèce, l'origine ou la valeur ;
- solliciter le bénéfice d'un arrangement transactionnel ;
- contester l'AMR émis par la Douane s'il existe des droits éludés ;
- solliciter la remise ou le non recouvrement a posteriori ;
- attendre que la Douane cite au pénal pour développer son argumentation.

4.1. EST-CE UTILE DE SAISIR LA CCED ?

1 magistrat et 2 professionnels

Avis consultatif sur espèce, origine et valeur

Comparable aux Commissions Départementales des Impôts : seules leurs constatations matérielles s'imposent aux Tribunaux.

4.2. LA « NOUVELLE » PROCÉDURE DE RECOUVREMENT (DEPUIS LE 1/1/2003)

Auparavant : sauf transaction, mise en œuvre quasi systématique d'une procédure pénale, y compris en l'absence de mauvaise foi.

Aujourd'hui : avis de mise en recouvrement (sans pénalités) comparable à ce qui existe en matière fiscale : en cas de contestation (3 ans), droit au sursis de paiement moyennant constitution de garanties ; saisie du Tribunal d'Instance dans les deux mois du rejet (ou, si on le juge opportun après un silence de 6 mois de l'administration).

En matière fiscale : il existe un véritable débat contradictoire avant que les droits soient mis en recouvrement. Le contribuable peut en effet émettre des observations en réponse à la notification de redressements. Il peut également rencontrer le supérieur hiérarchique. Après la notification de redressements fiscale et avant que les droits « définitifs » soit mis en recouvrement, le contribuable dispose d'un véritable pouvoir pour défendre son point de vue.

En matière douanière : aucun débat. Après la notification d'infraction, un avis de mise en recouvrement est émis dans un délai très bref (environ 15 jours). L'opérateur ne dispose d'aucun moyen légalement prévu pour exposer son point de vue avant que l'avis de mise en recouvrement soit émis et que donc les droits soient exigibles.

Le contribuable ne peut que contester l'avis de mise en recouvrement et solliciter le sursis de paiement. Ainsi, contrairement à la procédure fiscale, l'opérateur doit verser ou garantir les droits prétendument éludés avant d'avoir pu émettre la moindre observation.

L'absence de débat douanier lors de la procédure administrative n'était pas auparavant choquant puisque les droits n'étaient dus que lorsque l'opérateur était définitivement condamné par les juridictions. Dans le cadre de la procédure contentieuse, il avait donc tout le temps et tout le loisir de développer son argumentation.

La transposition en droit douanier de l'avis de mise en recouvrement du droit fiscal par la Loi de Finance rectificative pour 2002 (n°2002-1576 du 30 décembre 2002) est cependant particulièrement attentatoire aux droits des opérateurs puisqu'elle n'a pas été accompagnée des dispositions fiscales préservant les droits de la défense.

Cependant, contrairement au droit fiscal, dans la pratique de la douane le sursis de paiement est acquis « jusqu'à l'issue du litige ».

4.3. L'ASPECT PÉNAL

4.3.1. L'archaïsme subsiste en matière de contentieux répressif

C'est au redevable de supporter la charge de la preuve de sa bonne foi et non l'inverse.

Des pénalités théoriques sans lien avec les montants de droits en cause (une ou deux fois la valeur des marchandises « de fraude »), et un pouvoir de modulation limité au 1/3 des ces montants pour les Tribunaux.

4.3.2. La transaction

Cet arrangement amiable implique le paiement des droits et taxes éventuellement dus.

Le montant de la transaction dépend du seul pouvoir de l'Administration, sans autre limite que la compétence des fonctionnaires et la possibilité du recours hiérarchique.

Sur son site, la douane affirme que : « Pour l'établissement des pénalités, l'administration accorde le plus grand soin à respecter le principe de proportionnalité des sanctions par rapport aux infractions et prend en considération l'ensemble des circonstances propres à chaque affaire, notamment le degré de bonne foi de l'opérateur. »

Or, l'existence et le montant des transactions sont appréciés souverainement par l'Administration sans qu'aucune modalité autre que la conscience professionnelle des fonctionnaires concernés ne vienne corriger le fait qu'en l'espèce l'Administration est à la fois juge et partie.

Il n'existe aucune possibilité de passer outre à un éventuel refus de la Douane de transiger.

En l'absence de procédure judiciaire, il existe bien un Comité du Contentieux fiscal douanier et des changes, mais ce comité est quasi inutile en pratique. Ce Comité ne peut être saisi que par la Douane, avant l'engagement de toute procédure judiciaire, et donc seulement si elle est d'accord sur le principe d'une transaction. Ce Comité ne donne d'avis que sur le montant de la transaction, d'ailleurs sans le moindre respect du contradictoire puisque le redevable n'a connaissance ni de la teneur de sa saisine par la douane, ni du montant de transaction que la douane lui propose, ni du rapport sur la base duquel il statue. Lors des débats devant ce Comité, le représentant de la Douane assiste aux explications du prévenu qui quitte ensuite la salle, et il est loisible à ce représentant de compléter ses observations orales en l'absence du prévenu et de son conseil. Même l'avis, purement consultatif, donné par le Comité reste secret. En cas de refus de transaction, ou de proposition transactionnelle manifestement disproportionnée, le redevable ne dispose d'aucun recours judiciaire.

Ainsi, le processus transactionnel, qui en pratique assure le règlement de 95% des affaires de douane fonctionne en dehors de tout contrôle judiciaire, et en violation manifeste des règles relatives au procès équitable et au droit à un recours effectif prévus par les articles 6 et 13 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme.

4.3.3. La privation de facto du recours en cassation en cas de condamnation pénale

La transaction n'est possible que si la condamnation n'est pas définitive. En cas de condamnation en appel, il est donc important de former un pourvoi, mais on est alors quasi obligé de transiger.

EN CONCLUSION

Des progrès réels :

- une certaine dépenalisation grâce au recouvrement des droits par voie d'avis de mise en recouvrement
- un vrai progrès de la sécurité juridique, essentiellement, mais pas uniquement grâce au droit communautaire.

Mais les enquêtes, dans lesquelles le contradictoire est mal respecté (et en tout cas pas réglementé), peuvent désormais déboucher sur des mises en recouvrement exécutoires.

Et il subsiste des archaïsmes principalement en matière de pénalités.