



Le recours au droit pénal pour lutter contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne

Jean-Luc Albert

► To cite this version:

Jean-Luc Albert. Le recours au droit pénal pour lutter contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. *Revue Française de Comptabilité*, 2020, 538, pp.44-46. hal-03201894

HAL Id: hal-03201894

<https://amu.hal.science/hal-03201894>

Submitted on 29 Apr 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'Ordonnance n°2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal

Jean-Luc ALBERT
Professeur des universités
Centre d'études fiscales et financières (EA 891)
Aix Marseille Université

Déjà largement commentée¹, cette ordonnance² est généralement présentée comme l'acte de transposition de la directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal³.

Nonobstant le fait que la directive précitée prévoyait, en son article 17, la nécessité de sa transposition au plus tard le 6 juillet 2019, ce qui pour la République française n'est que la traduction d'un retard raisonnable en ce domaine, cette ordonnance, qui supposera une validation expresse par une loi, a été présentée comme un instrument de clarification s'agissant de la notion de fraude, et de réorganisation des procédures et sanctions, y compris sur le plan douanier.

Est-ce si clair que cela ?

En tout état de cause et en préalable à la brève analyse qui suit on notera que sur le terrain de la validation législative de cette ordonnance et conformément aux dispositions de l'article 38 de la Constitution, cette transposition qui se fonde sur l'article 202 de la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises⁴, doit reposer sur une loi dont le projet doit être déposé devant le Parlement dans un délai de six mois à compter de la publication de l'ordonnance.

La protection des intérêts financiers de l'Union européenne est une question ancienne qui a donné lieu dès 1995 à une convention de protection des intérêts financiers dite convention PIF ; plus de vingt ans après, la directive 2017/1371 se substitue à cette convention et ce dans un contexte juridique marqué par la création du Parquet européen au travers du règlement du Conseil du 12 octobre 2017⁵ et le renforcement du rôle de l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), lui-même créé en 1999⁶.

En somme, les intérêts financiers de l'Union européenne se trouvent (ou se trouveront) désormais « couverts » à la fois par une entité qui dispose d'un pouvoir d'enquête, l'OLAF, service administratif de la Commission européenne, une institution chargée d'initier les

¹ Lucie Robillard, « La lutte contre la fraude fiscale et intérêts financiers de l'Union européenne », *Dalloz actualité*. Droit pénal des affaires ; éd. du 20 novembre 2019 ; Mariana-Hélène Firidion, L'ordonnance n°2019-963 du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal, *Petit journal du droit public*, 5 oct. 2019 ; Pascal Beauvais, « Chronique Droit pénal de l'Union européenne – Le renforcement de la protection pénale des intérêts financiers de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2017, 875, Pauline Masson, « Lutte contre la fraude et protection des intérêts financiers de l'UE », *AJ Pénal*, 2017, p.417.

² *JORF*, 19 sept. 2019, texte n°3.

³ *JOUE*, 28 juil. 2017, L.198/29.

⁴ Loi n°2019-486, *JORF*, 23 mai 2019, texte n°2. Cons. const. Décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019,

⁵ Fabrice Andreone, « L'institution du Parquet européen », *Revue de l'UE*, 2018, p.43 et s. ; Myriam Benlolo-Carabot, « Chronique de droit pénal de l'Union européenne – Une avancée historique dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : la naissance du Parquet européen », *RTD eur.*, 2019, 225, dans le prolongement de l'article 86 du TFUE qui a permis cette création « Pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union », Jean-François Thony, « Genèse du parquet européen », *AJ Pénal*, 2018, 276.

⁶ Jean-Luc Albert, *Finances publiques*, Dalloz, 11^{ème} éd., p.255 et s.

poursuites, le Parquet, une démarche d'harmonisation des règles et procédures régissant la poursuite de la fraude sur le plan national.

Or, cette transposition concerne un champ financier limité, celui des intérêts financiers de l'Union européenne, intérêts dont la défense au niveau national laisse quelques interrogations (I), et peut être discutée en elle-même (II).

I – Un champ limité : la protection des intérêts financiers de l'Union européenne

La Cour des comptes européenne, a rendu en 2019 différents rapports centrés sur les atteintes aux intérêts financiers de l'Union européenne, comme en mai 2019 s'agissant des dépenses de cohésion de l'Union européenne⁷, en juillet 2019 pour ce qui est de certaines ressources et en particulier de la collecte des droits de douane⁸ ; mais c'est en janvier 2019 qu'a été rendu public le rapport le plus complet en ce domaine, à savoir le Rapport spécial n° 01/2019 : *Dépenses financées par l'UE: des mesures s'imposent pour lutter contre la fraude*⁹.

La Cour soulignait alors que la Commission européenne ne disposait pas de données complètes et comparables sur le niveau de la fraude détectée dans les dépenses de l'Union européenne. Elle notait en outre l'absence d'estimation des fraudes non détectées, l'absence d'analyse détaillée, remarquant que cela amène les opérateurs économiques à entreprendre des activités frauduleuses ! et d'en conclure que « Cela limite la valeur pratique et l'efficacité des plans stratégiques établis par la Commission pour protéger les intérêts financiers de l'UE contre la fraude » !

Les dysfonctionnements inhérents à la lutte contre la fraude et l'atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne tant en ce qui concerne les ressources propres de l'UE (dont les droits de douane) que les dépenses de l'UE au travers notamment du budget de l'UE, ont été soulignés mettant en cause non pas les règles nationales de nature pénale mais le processus répressif lui-même, les limites de l'action de l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF), déjà mises en avant, la remarque majeure de la Cour est en ce domaine étant quelque peu décisives lorsqu'elle constate que « Les enquêtes de l'OLAF n'ont débouché sur des poursuites à l'encontre des fraudeurs présumés que dans moins de la moitié des cas, et se sont traduites par le recouvrement de moins d'un tiers des fonds de l'UE indûment versés ».

Si l'on s'en tient aux recettes, un constat très similaire a été mis en avant, la Cour rejointe en cela par la Cour de justice de l'Union européenne, soulignant le « laxisme » de certaines administrations dans la collecte des droits de douane et le contrôle effectif des déclarations des opérateurs économiques¹⁰.

L'OLAF s'essaie pourtant à chiffrer cette fraude qu'il présente plutôt sous le vocable « d'irrégularités » et a pu porter (rapport de 2017) sur 2,58% du montant brut des ressources propres traditionnelles et 1,8% des paiements en dépenses.

Il est dès lors toujours intéressant de noter cette constante qui figure au TFUE en son article 325 qui fait obligation faite aux Etats membres de protéger les intérêts financiers de l'Union européenne de la même façon que leurs propres intérêts, en particulier au travers de la poursuite pénale des fraudes sur le fondement de la convention CIF du 26 juillet 1995.

⁷ 16/05/2019 Cour des comptes européenne, Rapport spécial n° 06/2019: *La lutte contre la fraude au détriment des dépenses de cohésion de l'UE: les autorités de gestion doivent renforcer la détection, la réaction et la coordination*.

⁸ 16/07/2019 Cour des comptes européenne, Rapport spécial n° 12/2019: *Commerce électronique: la perception de la TVA et des droits de douane reste problématique à bien des égards*.

⁹ 10/01/2019.

¹⁰ Voir ainsi le contentieux initié en 2017 par la Commission européenne contre le Royaume-Uni à propos d'importation et réexportation d'aluminium ayant causé des pertes de ressources propres (recours introduit le 30 juin 2017), aff. C-391/17.

Selon l'OLAF, la fraude porte sur les recettes au travers des importations clandestines, les faux transits, que sur les dépenses (fonds social, Fonds structurels, aides agricoles...). Elle apparaît relativement importante pour certains pays selon le type de question : on notera ainsi que le Royaume-Uni se fait plutôt remarquer, en matière douanière, par une sous-évaluation des marchandises importées dans l'UE. La Slovaquie, l'Espagne le sont plus s'agissant des fonds structurels, de l'agriculture...

Dans ce cadre, l'adoption de la directive du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal s'inscrit, certes, dans un processus juridique vieux de plus de vingt ans mais sans être nécessairement marqué par une volonté juridiquement contraignante ; compte tenu de l'objet de cette directive le recours au règlement est écarté.

Mais le contenu même de cette directive peut laisser quelques interrogations sur la portée de ce texte et l'interprétation qu'en ont faite les Etats membres ou du moins certains d'entre eux.

N'a-t-elle pas été détournée de son objectif et permet-elle de réaliser une véritable harmonisation du droit pénal des atteintes aux intérêts financiers de l'Union européenne, car cette directive se limite à ce seul champ financier ?

La directive de 2017 dite PIF ne se limite pas à mettre en avant une dimension pénale de cette protection puisqu'elle fait aussi référence à la création du Parquet européen en précisant que les cas graves de fraude à la TVA figurent « parmi les délits sur lesquels » ce Parquet sera chargé d'enquêter, en tout état de cause à partir de 2020¹¹.

Ce règlement définit les intérêts financiers de l'Union européen en son article 2-3 comme étant « l'ensemble des recettes perçues et des dépenses exposées, ainsi que des avoirs, qui relèvent du budget de l'Union et des budgets des institutions, organes et organismes institués en vertu des traités ou des budgets gérés et contrôlés par eux ». La directive de 2017 précise la même proposition en son article 2 en énonçant le fait qu'elle s'applique en matière de recettes uniquement en cas d'infraction grave contre le système commun de TVA, c'est-à-dire lorsque la fraude à la TVA transfrontalière cause un dommage financier d'un montant total d'au moins 10 millions d'euros. Le nouvel article 113-14 du Code pénal français reprend l'énoncé de l'article 2-1 de la directive, tout en s'insérant dans un champ juridique précis relatif aux infractions commises hors du territoire de la République.

II – Une transposition française discutable

La France est réputée pour être un Etat répressif et même apparaître quelque peu trop en pointe dans la la lutte contre les fraudes en particulier au travers de son droit pénal et des prérogatives d'enquête et de contrôle reconnues à ses administrations.

Il en résulte sur le théâtre européen une situation déjà dénoncée mais mal perçue à savoir l'existence d'une concurrence dans la « moins-disance » répressive entre Etats membres.

Cette situation, qui a déjà été analysée sous différents angles juridiques¹², pose à l'évidence la question de l'aggravation d'un droit pénal qui en pratique peut amener les opérateurs à se détourner du territoire français.

Ce qui est présenté comme une transposition présente en réalité à la fois des éléments relativement clairs de transposition directement issus de la directive mais aussi une liberté nationale qui s'inscrit dans l'abondance des textes français adoptés ces dernières années en matière de lutte contre les fraudes. L'ampleur de la pénalisation des fraudes soulève à l'évidence d'évidentes questions.

¹¹ Règlement UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017, mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, *JOUE*, 31 oct. 2017, L.283-1.

¹² Eric Carpano, Manuel Chastagnaret, Emmanuelle Mazuyer (dir.), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Larcier, 2016.

En ce sens, le récent arrêt de la Cour de cassation, rendu en chambre criminelle, amène à poser quelques « jalons » ou « limites » à cette pénalisation à outrance. La Cour devait ainsi rappeler que le juge qui prononce « une peine d'emprisonnement sans sursis doit en justifier la nécessité au regard de la gravité de l'infraction, de la personnalité de son auteur et du caractère manifestement inadéquat de toute autre sanction »¹³.

Elle s'inscrit ainsi dans un processus répressif destiné à renforcer l'action au niveau de l'Union européenne et la coopération entre les organismes concernés et les autorités douanières et fiscales des Etats membres¹⁴.

Nonobstant cette limite financière, la directive se veut un instrument répressif contre la fraude intentionnelle dont elle définit le champ d'application en matière de dépenses (non marchés publics et marchés publics) et de recettes (TVA et non TVA). Elle intègre aussi dans son périmètre le blanchiment de capitaux, la corruption, le détournement de fonds européens, en mettant l'accent sur une double responsabilité, celle des personnes physiques et celle des personnes morales. Ce qui transparaît dans cette directive est incontestablement le fait qu'elle n'est pas une directive d'harmonisation du système répressif des Etats membres.

Elle pose quelques principes de base évidents et non réellement nouveaux : l'adoption par les Etats membres des mesures nécessaires, l'adoption de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives (article 7).

Ce qui suppose un minimum d'effectivité à partir d'un seuil minimal qui n'est pas défini. En revanche, ces dispositifs doivent intégrer une perspective d'emprisonnement tout en plafonnant les dispositifs en question à une « peine maximale d'au moins quatre ans d'emprisonnement « lorsqu'elles entraînent un préjudice ou un avantage considérable »....celui-ci étant défini à plus de 100 000 euros¹⁵.

Dans ce cadre, la directive autorise aussi les mesures de gel et de confiscation et organise des délais de prescription qui ne peuvent dépasser les cinq années sans être inférieurs à trois années. Le cadre étant ainsi posé, et les compétences des juridictions françaises précisées, le droit français au travers de l'ordonnance de 2019 reprend un champ d'infractions en son article 1 et insère au Code pénal un système particulièrement sévère de peines d'au moins cinq années d'emprisonnement en cas d'abus de confiance¹⁶, de sept années lorsque l'infraction est un acte de contrebande commise en bande organisée, et ce nonobstant des amendes pouvant atteindre les 2 millions d'euros voire le double du produit de l'infraction si celle-ci dépasse ce montant. De la même façon le code des douanes est modifié avec la création d'une nouvelle infraction pénale punie de cinq années d'emprisonnement et d'une amende se situant entre une et deux fois la valeur de l'objet de fraude lorsqu'elle est commise intentionnellement et se rapporte à certaines marchandises dans le cadre d'une contrebande, ainsi que tout fait d'importation ou d'exportation sans déclaration tout en allant jusqu'à dix ans d'emprisonnement et une amende pouvant aller jusqu'à dix fois la valeur de l'objet de la fraude lorsque les actes sont commis en bande organisée¹⁷.

En ne retenant pas les bases minimales européennes, déjà sévères, posées par la directive, ne peut-on ici s'interroger sur la persistance du phénomène de sur-transposition des directives européennes, souvent dénoncé, et qui devait, semble-t-il cesser ?

¹³ C. cass. ch. Crim., 23 oct. 2019, n°18-85088, ECLI :FR : CCASS :2019 :CR01963.

¹⁴ Rép. Commission européenne, M. Oettinger, 15 févr. 2018, FR E-006894/2017.

¹⁵ Les Etats membres peuvent aussi prévoir un dispositif répressif lorsque l'avantage procuré est inférieur à 10 000 euros au travers de sanctions qui peuvent ne pas être pénales.

¹⁶ Sylvie Jouniot, « L'abus de confiance du nouvel article 314-1-1 du code pénal », *AJ Pénal*, 2019, 549.

¹⁷ La confiscation de l'objet de la fraude, des moyens de transport, des objets servant à maquer la fraude... est aussi prévue.

A cet égard, on signalera « l’encalminage » du projet de loi portant suppression de sur-transposition de directives européennes en droit français dont la discussion et le vote opérés au sénat n’ont pas eu de suite depuis la fin 2018 au niveau de l’Assemblée nationale.

En prévoyant des peines minimales la directive offre ainsi aux Etats membres et en particulier à la France la faculté de renforcer une « panoplie » répressive certes importante mais qui se limite à la protection des intérêts financiers de l’UE.

Elle ne constitue pas un instrument réel d’harmonisation car se situant dans un champ d’abord centré sur la fraude à la TVA transfrontalière et laissant à traiter la question de la concurrence répressive entre Etats membre et de l’effectivité des mesures répressives adoptées nationalement.

Or, contrairement aux énonciations de l’administration française aucune réelle harmonisation n’a été à ce jour opérée en matière répressive, au-delà des principes et concepts juridiques.

Le droit pénal douanier français¹⁸ a connu ces dernières années quelques évolutions significatives dont le fondement était ou pouvait être l’harmonisation européenne.

Ce fut le cas s’agissant des délais de prescription en matière de délits douaniers passant de 3 à 6 ans¹⁹, évolution fruit de la loi du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale²⁰, c’est à présent le cas avec la création d’un délit de fraude intentionnelle à l’exportation et à l’importation au travers de l’article 414-2 du Code des douanes avec une adaptation d’un ensemble de dispositifs de ce code.

On peut ici s’interroger sur cet élément novateur dès lors que la proposition de directive sur le cadre juridique de l’Union régissant les infractions douanières et les sanctions qui y sont applicables présentée par la Commission européenne en 2013 n’a toujours pas été adoptée à ce jour et paraît elle aussi « encalminée » mais cette fois au niveau du circuit entre les institutions européennes et les Etats membres²¹.

L’ordonnance s’inscrit certes dans une démarche de transposition de la directive PIF mais se veut aussi instrument d’aggravation du dispositif pénal ; elle ne saurait cependant être soustraite aux principes juridiques régissant les droits des personnes énoncés à la fois par le Conseil constitutionnel notamment à l’occasion de QPC²², ou même par la Cour de justice de l’Union européenne²³ qui rappelait à différentes reprises que la lutte contre la fraude ne saurait exclure des voies de recours juridictionnel en cas de violation des droits, le respect des dispositions de la charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, le principe de proportionnalité...²⁴

¹⁸ Rozenn Cren, *Poursuites et sanctions en droit pénal douanier*, thèse doctorat en droit privé spécialité droit pénal, Paris 2, soutenue en 2011, direction Jacques-Henri Robert ; Eric Belfayol, *Le contentieux pénal douanier*, Economica, 2016.

¹⁹ Article 351 du Code des douanes.

²⁰ Loi n°2017-242, *JORF*, 28 févr. 2017, texte n°3, loi qui n’a pas été contestée devant le Conseil constitutionnel.

²¹ Cf. Conseil de l’Union européenne, 13 juillet 2017, 10934/17, CODEC 1198, dossier interinstitutionnel : 2013/0432 (COD), Secrétariat général du Conseil ; Parlement européen, Avis de la commission du commerce international, 25 mai 2016, 2013/0432 (COD) ; ²¹ Jean-Luc Albert, *Le droit douanier de l’Union européenne*, Bruylant, 2019, p.515 et s.

²² Par exemple en matière de confiscation des biens et s’agissant des droits du propriétaire.

²³ Emmanuel Daoud, Dalia Boudjellal, Sophia Nizard, « L’influence de la jurisprudence de la CJUE sur le droit pénal général et fiscal », *AJ Pénal*, 2019, p.308.

²⁴ Cf. CJUE, 27 sept. 2017, *Peter Puskar c. Finančné riaditeľ'stvo Slovenskej republiky, Kriminalny urad financnej spravy*, aff. C-73/16, ECLI :EU :C :2017 :725 ; CJUE, 16 janv. 2019, *Deutsche Post AG c. Hauptzollamt Köln*, aff. C-496/17, ECLI :EU :C :2019 :26.