



Commission d'accès aux et de
réutilisation des documents
administratifs

Section publicité de l'administration

23 septembre 2019

AVIS n° 2019-107

CONCERNANT UNE QUESTION CONCERNANT
L'APPLICATION DE LA LOI DU 11 AVRIL 1994
ET LA LOI DU 5 MAI 2019

(CADA/2019/94)

1. Aperçu

1.1. Par courriel du 8 août 2019 Monsieur Alexandre J. Cuvelier demande un avis sur une question de principe qui soulève la loi du 5 mai 2019 'portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes' au nom de l'Administrateur général de l'AGISI du SPF Finances.

« Les articles 3 et 4 de cette loi concernent l'article 29 et 29*bis* du Code d'instruction criminelle, organisant le régime connu sous le nom de « una via ». Ce régime impose aux agents du fisc de dénoncer au procureur du Roi les faits révélant des indices de fraude grave dont ils prennent connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. S'ensuit alors une concertation puis la décision du procureur de poursuivre les faits sur le plan pénal ou non. Le nouvel article 29 § 3, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle prévoit que cette décision du procureur est communiquée par écrit à l'administration fiscale.

Ce document fait donc partie intégrante du dossier fiscal du contribuable poursuivi sur le plan fiscal et pénal. Le problème vient du fait que, si le contribuable demande l'accès à son dossier fiscal et que nous produisons ce document, il sera informé de l'existence d'une enquête pénale. Or, il se peut qu'à ce moment, le juge d'instruction n'ait pas encore eu l'occasion d'exécuter les mesures d'investigations ad hoc (par exemple une perquisition). Le contribuable aura alors l'occasion d'interférer avec l'enquête pénale, par exemple en faisant disparaître des éléments de preuve.

En d'autres termes, produire la décision écrite du procureur du Roi d'intenter des poursuites mettrait en péril la recherche ou la poursuite de faits punissables (article 5, 6° de la loi du 11 avril 1994). Par ailleurs, expliquer au contribuable que nous ne produisons pas l'ensemble du dossier fiscal au motif de l'article 5, 6°, de la loi du 11 avril 1994 aboutirait au même résultat puisque le contribuable pourrait déduire, sur base de la simple mention de cet article, qu'il fait l'objet d'une enquête pénale.

Il convient également de souligner que la production d'un tel document n'aura aucun intérêt sur le plan fiscal de sorte que sa non-production n'entraverait nullement le libre exercice des droits de la défense du contribuable.

Notre question est donc la suivante : notre administration étant saisie d'une demande d'accès d'un contribuable à son dossier fiscal, peut-elle omettre de produire la décision du procureur du Roi d'intenter des poursuites pénales visée à l'article 29 § 3, alinéa 3 du Code d'instruction criminelle sans même mentionner qu'elle ne produit pas ce document ? »

2. La recevabilité de la demande d'avis

La Commission estime que la demande d'avis est recevable. L'article 8, § 3, de la loi du 11 avril 1994 'relative à la publicité de l'administration' (ci-après : loi du 11 avril 1994) donne la possibilité pour une autorité administrative fédérale de consulter la Commission.

3. L'avis

3.1. Analyse de la disposition concernée

La demande d'avis concerne l'article 29 du Code d'instruction criminelle tel que modifié par l'article 3 de la loi du 5 mai 2019 'portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social' (MB 24 mai 2019) qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 2020 (article 200 de la loi du 5 mai 2019). Le futur article 29 du CIC s'énonce comme suit :

« § 1er. Toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public et, pour le secteur des prestations familiales, toute institution coopérante au sens de la loi du 11 avril 1995 visant à instituer "la charte" de l'assuré social qui, dans l'exercice de ses fonctions acquerra la connaissance d'un crime ou d'un délit, sera tenu de donner avis sur-le-champ au procureur du Roi près le tribunal dans le ressort duquel ce crime ou ce délit aura été commis ou dans lequel l'inculpé pourrait être trouvé, et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.

Les fonctionnaires qui, sur la base de la loi du 15 septembre 2013 relative à la dénonciation d'une atteinte suspectée à l'intégrité dans une autorité administrative fédérale par un membre de son personnel, ont recours au système de dénonciation, sont dispensés de l'obligation visée à l'alinéa 1er.

§ 2. Les fonctionnaires de l'Administration générale de la Fiscalité, de

l'Administration générale de la Perception et du Recouvrement, de l'Administration générale de la Documentation patrimoniale, de l'Administration générale de l'Inspection Spéciale des Impôts ou le fonctionnaire compétent à cet effet en cas de fiscalité régionale ou locale ne peuvent, sans autorisation du conseiller général dont ils dépendent ou du fonctionnaire assimilé, porter à la connaissance du procureur du Roi les faits pénalement punissables aux termes des lois fiscales et des arrêtés pris pour leur exécution.

§ 3. Sans préjudice de l'application du paragraphe 2, le conseiller général de l'Administration générale de la Fiscalité, de l'Administration générale de la Perception et du Recouvrement, de l'Administration générale de la Documentation patrimoniale et de l'Administration générale de l'Inspection spéciale des Impôts ou le fonctionnaire qu'il désigne ou le fonctionnaire compétent à cet effet en cas de fiscalité régionale ou locale dénonce au procureur du Roi les faits dont l'examen fait apparaître des indices sérieux de fraude fiscale grave, organisée ou non, qui constituent des infractions pénales aux termes des lois fiscales et des arrêtés pris pour leur exécution.

Le procureur du Roi se concerta à cet égard avec les fonctionnaires visés à l'alinéa 1er dans le mois de leur réception. Il peut inviter les services de police compétents à participer à cette concertation.

Sur la base de la concertation, le procureur du Roi décide pour quels faits décrits dans le temps et dans l'espace il exercera l'action publique et en fait part au conseiller général compétent ou au fonctionnaire compétent à cet effet en cas de fiscalité régionale ou locale par écrit et au plus tard dans les trois mois de la dénonciation initiale visée à l'alinéa 1er.

§ 4. Le Roi fixe les critères auxquels répondent les faits visés au paragraphe 3, par un arrêté délibéré en Conseil des ministres.

§ 5. Deux fois par an, le procureur général qui est chargé de la criminalité en matière économique, financière et fiscale au sein du collège des procureurs généraux rencontre les autorités fiscales et la police fédérale afin d'identifier les mécanismes de fraude fiscale, grave ou organisée, qui nécessitent une attention particulière. »

Dans l'exposé des motifs de ce nouvel article, il peut être lu ce qui suit :

L'article 3 remplace l'article 29 du Code d'Instruction criminelle.

1° Le nouveau paragraphe premier reprend l'alinéa premier et l'alinéa 4 de l'ancien article 29. Aucun changement de fond n'est apporté à cette disposition qui porte sur le principe général de la dénonciation émanant des autorités constituées, des fonctionnaires et des officiers publics. Ce paragraphe reprend également la dispense de l'obligation de dénonciation prévue pour les fonctionnaires qui ont recours au système de dénonciation prévu par la loi du 15 septembre 2013 relative à la dénonciation d'une atteinte suspectée à l'intégrité dans une autorité administrative fédérale par un membre de son personnel.

2° Le nouveau paragraphe 2 reprend l'alinéa deux de l'ancien article 29. Cette disposition précise que les infractions de droit pénal fiscal ne peuvent être communiquées par l'administration fiscale au ministre public sans autorisation du conseiller général. Elle trouve son origine dans la "Charte du contribuable", à savoir la loi du 4 août 1986 portant des dispositions fiscales (M.B. 20 août 1986) et a une fonction de filtre: l'objectif était et est qu'un haut fonctionnaire (actuellement un conseiller général) vérifie le bien-fondé de la plainte. Cette autorisation concerne les faits qui ne remplissent pas les critères déterminés à l'alinéa 1er.

Le nouveau paragraphe 3 remplace l'alinéa 3 de l'article 29. Cet article dispose que l'administration fiscale est tenue de communiquer les faits graves de fraude fiscale au procureur du Roi.

Ainsi, comme c'est déjà le cas actuellement, les cas de fraude fiscale les plus simples ou ceux qui ne requièrent pas de recourir aux moyens dont disposent les autorités judiciaires seront traités par la voie administrative. Dans ce cas, l'administration fiscale établira le montant de la fraude et la sanctionnera par des sanctions administratives.

Les dossiers dont l'examen fait apparaître des indices de fraude fiscale plus grave répondant aux critères définis par le Roi feront, quant à eux, l'objet d'une dénonciation au procureur du Roi. Il est important de souligner que l'objectif est en effet de porter à la concertation des dossiers le plus tôt possible afin d'éviter de possibles doubles

enquêtes. Il n'est donc pas requis que l'administration fiscale ait déjà fait toute l'enquête. C'est pourquoi le projet de texte précise que les dossiers dénoncés sont ceux dont l'examen fait apparaître des "indices" de fraude grave. Cette disposition est également en lien avec le nouvel article 29bis du Code d'Instruction criminelle.

Elle est obligatoire en cas de fraude fiscale grave.

Dans un alinéa 2, le projet de texte impose en outre une concertation obligatoire entre le ministère public, l'administration fiscale et, le cas échéant, la police sur les dossiers qui ont été dénoncés par l'administration fiscale. Cette concertation doit avoir lieu dans le mois de la dénonciation des faits.

Le pouvoir d'appréciation du ministère public n'est en aucun cas limité par ces nouvelles dispositions. Les critères obligent l'administration fiscale à communiquer certains faits au ministère public et entraînent une concertation obligatoire. Mais le ministère public reste libre de décider de poursuivre ces faits.

L'alinéa 3 précise clairement que le ministère public dispose d'une priorité. C'est à lui que revient de décider s'il poursuit les faits soumis à la concertation. Le procureur du Roi doit prendre une décision dans les 3 mois de la dénonciation originale. Le système mis en place permet d'éviter les doubles poursuites et au moins les intégrer.

Dans son avis, le Conseil d'État suggère de compléter le paragraphe 3 d'une disposition qui, dans l'attente de la concertation à mener, règle les conséquences de la dénonciation sur l'exécution de l'action de l'administration (note de bas de page n° 21 de l'avis). L'avis du Conseil d'État n'est pas suivi sur ce point. Tant que la concertation n'a pas eu lieu et que le procureur du Roi n'a pas décidé de poursuivre les faits dans les délais prescrits, l'administration est libre de poursuivre la procédure administrative.

Le projet de texte insère deux nouveaux paragraphes dans l'article 29.

Le paragraphe 4 habilite le Roi à définir les critères qui permettent d'identifier les faits de fraude fiscale grave, organisés ou non.

Ces critères peuvent être :

- les faits qui se caractérisent par leur caractère sérieux et organisé ;
- les faits pour lesquels il existe des indices sérieux qu'ils soient connexes à des infractions de droit commun comportant un volet financier, économique, fiscal ou social grave ou des éléments sérieux de corruption ;
- les faits pour lesquels les actes d'information incluent une mesure contraignante ;
- les faits pour lesquels il existe des indices sérieux qu'ils servent à financer les activités d'un groupe terroriste ou d'une organisation criminelle. » (*Doc.Parl.* Chambre 2018-2019, n° 543515/001, 7-9).

Le paragraphe 5 organise une concertation stratégique entre le ministère public, les autorités fiscales et la police fédérale afin d'identifier les mécanismes de fraude fiscale grave, organisée ou non, qui nécessitent une attention particulière. Cette disposition permet de répondre à la recommandation 128 du rapport de la Commission spéciale Fraude fiscale internationale/ Panama Papers du 31 octobre 2017 portant sur les Panama Papers et la fraude fiscale internationale stipulant que "la loi "Una Via" ne devrait pas seulement prévoir une consultation sur des dossiers spécifiques (en termes concrets), mais également une consultation stratégique (in abstracto) en ce qui concerne les nouveaux "phénomènes de fraude", dont le parquet ou le SPF Finances ont connaissance "(Doc. parl., Chambre, sess. ord., 2017-2018, DOC 54 2749/001, p.99). »

3.2. La disposition concernée dans le contexte de la publicité de l'administration

L'article 32 de la Constitution et la loi du 11 avril 1994 consacrent le principe du droit d'accès à tous les documents administratifs. L'accès aux documents administratifs ne peut être refusé que lorsque l'intérêt requis pour l'accès à des documents à caractère personnel fait défaut et lorsqu'un ou plusieurs motifs d'exception figurant à l'article 6 de la loi du 11 avril 1994 peuvent ou doivent être invoqués et qu'ils peuvent être motivés de manière concrète et pertinente. Seuls les motifs d'exception imposés par la loi peuvent être invoqués et doivent par ailleurs être interprétés de manière restrictive (Cour d'Arbitrage, arrêt n° 17/97 du 25 mars 1997, considérants B.2.1 et 2.2 et Cour d'Arbitrage, arrêt n° 150/2004 du 15 septembre 2004, considérant B.3.2).

Il en ressort que dès qu'un document est qualifié de document administratif au sens de la loi du 11 avril 1994, la publicité ne peut être refusée que si un motif d'exception doit ou peut être invoqué et que ce dernier est suffisamment concrètement motivé. Un document administratif est défini comme étant « toute information, sous quelque forme que ce soit, dont une autorité administrative dispose ». Cette définition confirme donc qu'il n'est pas nécessaire que l'autorité administrative soit l'auteur du document concerné. Les documents d'autres autorités, citoyens ou entreprises qui sont en la possession d'une autorité administrative, doivent dès lors également être considérés comme des documents administratifs. Leur publicité est soumise à l'article 32 de la Constitution et au champ d'application de la loi du 11 avril 1994.

Le droit d'accès fondé sur l'article 32 de la Constitution et sur la loi du 11 avril 1994 comprend, sauf application d'un motif d'exception légal, non seulement le droit d'obtenir une copie, explication et un extrait d'un document administratif, mais également, implicitement, le droit de savoir qu'un document administratif existe.

Le recours à un motif d'exception implique en principe toujours une motivation explicite à moins que l'on puisse appliquer les motifs d'exception de l'article 4 de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs' (ci-après : loi du 29 juillet 1991). Ces motifs d'exception doivent en effet être interprétés de manière restrictive. En outre, la Commission doit constater que *dans ce cas*, l'article 4 de la loi du 29 juillet 1991 ne fournit pas de base pour se soustraire à l'obligation de motivation formelle à moins qu'une obligation de confidentialité fixée par une autre loi (spécifique) puisse être invoquée *en combinaison* de l'article 4, 4° de la loi du 29 juillet 1991. La combinaison de la loi du 29 juillet 1991 et des motifs d'exception repris dans la loi du 11 avril 1994 implique en principe que, pour tout motif d'exception de la loi du 11 avril 1994 invoqué, l'existence d'un document administratif doit être au moins confirmée et la raison de l'impossibilité de rendre publics les documents administratifs doit être donnée. Cette justification doit être effectuée *in concreto*.

En ce qui concerne la possibilité d'invoquer des motifs d'exception, la Commission pense tout d'abord à la possibilité d'invoquer l'article 6, §1^{er}, 5° de la loi du 11 avril 1994 sur la base duquel une autorité administrative:

« rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif si elle a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection de l'un des intérêts suivants : [...] 5° la recherche ou la poursuite de faits punissables. »

Ensuite, l'article 6, §1^{er}, 6° de la loi du 11 avril 1994 peut éventuellement être invoqué, sur la base duquel une autorité administrative

« rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif si elle a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection de l'un des intérêts suivants : [...] 6° un intérêt économique ou financier fédéral, la monnaie ou le crédit public. »

Comme il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État et de la pratique d'avis de la Commission, l'intérêt fiscal doit également être compris.

Les deux motifs d'exception repris ci-avant requièrent outre une motivation *in concreto*, une mise en balance entre d'une part, l'intérêt général de la publicité et d'autre part, l'intérêt protégé par le motif d'exception légal.

En ce qui concerne le motif d'exception spécifique à l'article 6, §1^{er}, 5° de la loi du 11 avril 1994, la Commission tient à souligner que la communication-même de l'existence d'une lettre d'avis du Procureur du Roi semble impliquer d'office que le contenu de ce courrier devrait également être rendu public. La transmission de cette information peut également causer des dommages à l'enquête, à la poursuite d'infractions pénales et au secret d'une enquête judiciaire. Le risque que, par la publication de ces informations, l'individu faisant l'objet d'une enquête judiciaire fasse disparaître certains éléments ou fasse pression sur des personnes, est bien réel car cela concerne des cas où il y a des indices de fraude massive.

Cependant, aucune mise en balance n'est exigée pour le motif d'exception repris à l'article 6, §2, 2° de la loi du 11 avril 1994 sur la base duquel :

« une autorité administrative fédérale ou non fédérale rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous

forme de copie d'un document administratif qui lui est adressée en application de la présente loi si la publication du document administratif porte atteinte : [...] 2° à une obligation de secret instaurée par la loi; »

en combinaison de l'article 28quinquies, §1^{er} du Code d'instruction criminelle. Il suffit dans ce cas de motiver *concrètement* que la publication peut porter atteinte au secret de l'enquête judiciaire tel que fixé par l'article 28quinquies, § 1^{er} de Code d'instruction criminelle.

L'article 28quinquies du Code d'Instruction criminelle a été inséré par l'article 5 de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction. Il ressort des travaux parlementaires de cette loi (*Doc. Parl. La Chambre, 1996 - 1997, document n° 857/1, 7 et 26*) que cet article introduit explicitement le secret de l'instruction et qu'il s'applique tant à l'égard de l'auteur des faits et de la victime qu'à l'égard de tiers et du public. Il a été jugé nécessaire, pour le bon déroulement de l'enquête préliminaire, d'empêcher que la divulgation d'informations résulte en la perte d'éléments de preuve importants et, pour la protection des droits du suspect, d'empêcher que la divulgation d'informations ne puisse conduire à un jugement public entraînant une violation du droit à la présomption d'innocence et au droit au respect de la vie privée. L'information est « l'ensemble des actes destinés à rechercher des infractions, leurs auteurs et les preuves, et à rassembler les éléments utiles à l'exercice de l'action publique » et se déroule sous la direction de l'autorité du ministère public. Il ressort des travaux parlementaires que le secret de la phase préparatoire du procès n'est pas absolu et doit être adouci à l'égard de la presse afin de garantir le droit à la liberté d'expression prévu à l'article 10 de la CEDH.

À l'égard du suspect, le principe du caractère secret de la phase préparatoire du procès a pour conséquence qu'il n'est en principe pas impliqué dans les investigations, hormis dans les investigations qui le concernent personnellement, et que les résultats de ces investigations ne lui sont pas communiqués. Au cours de cette phase, ni le suspect ni son avocat n'ont le droit de regard dans le dossier pénal.

L'article 28quinquies, § 1^{er} du Code d'Instruction criminelle dispose que l'information est en principe secrète et que toute personne qui est appelée à prêter son concours professionnel à l'information est tenue au secret de l'enquête. Cette disposition ne s'applique toutefois pas aux fonctionnaires

de l'Inspection spéciale des Impôts, étant donné que sur la base de l'article 463, premier alinéa du CIR 92 ceux-ci ne peuvent être entendus que comme témoins. La Cour de cassation, dans ses arrêts du 29 mars 1994 et du 17 décembre 2008 (AR P.2008.0878.F, à consulter sur www.cass.be), a jugé que la disposition de l'article 463 précité impliquait que les fonctionnaires des administrations fiscales « ne peuvent intervenir à titre d'expert ou participer à des perquisitions, des descentes sur les lieux ou des auditions effectuées par le juge d'instruction, le procureur du Roi ou la police judiciaire », tout en précisant qu'« ils peuvent cependant, ensuite d'une plainte ou dénonciation régulière par un fonctionnaire habilité, communiquer des renseignements au parquet ou au juge d'instruction et même transmettre le dossier fiscal ».

Considérant qu'en raison de cette interdiction d'entendre les fonctionnaires des administrations fiscales autrement que comme témoins, ces fonctionnaires ne peuvent collaborer activement à l'information ou à l'instruction et ne peuvent être réputés, lorsqu'ils transmettent des informations au procureur du Roi, accomplir un acte participant à l'information judiciaire. Que partant, ils ne peuvent être tenus au secret de cette information, l'obligation du secret de l'information concernant les magistrats du ministère public, les employés du parquet, les membres des corps de police, les experts désignés par le parquet, ..., mais non les témoins. (C.E. n° 215.115 du 13 septembre 2011 ; C.E. n° 215.116 du 13 septembre 2011 ; C.E. n° 215.117 du 13 septembre 2011 ; C.E. n° 215.118 du 13 septembre 2011 ; n° 215.119 du 13 septembre 2011 ; C.E. n° 215.120 du 13 septembre 2011 ; n° 215.355 du 27 septembre 2011 ; C.E. n° 215.475 du 30 septembre 2011 ; C.E. n° 215.545 du 4 octobre 2011 ; C.E. n° 215.546 du 4 octobre 2011 ; C.E. n° 215.562 du 5 octobre 2011 ; C.E. n° 215.561 du 5 octobre 2011)

L'obligation de confidentialité liée à l'article 28^{quinquies}, §1^{er} du Code d'instruction criminelle n'est cependant pas absolue. Par ailleurs, pour l'accès au dossier judiciaire, il existe la possibilité de demander aux autorités judiciaires de consulter ou d'obtenir une copie d'un document, et par le biais de la loi du 18 mars 2018 'modifiant diverses dispositions du droit pénal, de la procédure pénale et du droit judiciaire' (MB2 mai 2018), une procédure spécifique a été élaborée, en ce compris la procédure de recours contre un refus de consultation ou de remise de copie. Cette réglementation spécifique ne relève pas du droit d'accès tel que garanti par l'article 32 de la Constitution et de la loi du 11 avril 1994.

3.3. Conclusion

La Commission estime que l'administration fiscale, sur la base de l'article 5, § 1^{er}, 5° de la loi du 11 avril 1994 peut refuser d'informer de l'existence et du contenu de la communication du Procureur où ce dernier décide de procéder à une poursuite et peut se contenter, dans sa justification pour ce qui concerne ce document administratif, d'indiquer si une telle communication existe ou non et pourrait porter atteinte à la possibilité d'enquêter sur et de poursuivre des infractions pénales. L'intérêt général servi par l'enquête et la poursuite de faits pénaux prend, en tout cas, le dessus. L'intérêt d'avoir connaissance de cette communication se fonde principalement sur un intérêt personnel. L'intérêt général servi par la publicité ne l'emporte en tout cas pas.

Bruxelles, le 23 septembre 2019.

F. SCHRAM
secrétaire

K. LEUS
présidente