



Avis n° 12/2010 du 31 mars 2010

Objet : Proposition de loi modifiant certaines dispositions du Code des impôts sur les revenus 1992 relatives à la levée du secret bancaire (A-2010-005)

La Commission de la protection de la vie privée (ci-après "la Commission") ;

Vu la loi du 8 décembre 1992 *relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après la "LVP"), en particulier l'article 29 ;

Vu la demande d'avis du Président de la Chambre des Représentants, reçue le 29/01/2010 ;

Vu le rapport de Monsieur Trogh ;

Émet, le 31/03/2010, l'avis suivant :

I. OBJET ET CONTEXTE DE L'AVIS

A. Finalité de la proposition de loi

1. Le 29 janvier 2010, le groupe de travail "Fraude fiscale" de la Chambre a demandé à la Commission d'émettre un avis sur la proposition de loi Van Der Maelen – Mathot¹ (ci-après la "proposition de loi").

2. Le commentaire de la proposition de loi renvoie aux travaux de la commission d'enquête parlementaire chargée de l'enquête sur les grands dossiers de fraude fiscale². La proposition de loi octroie à l'administration fiscale des pouvoirs d'investigation supplémentaires à l'égard des clients des institutions financières, réformant ainsi le secret bancaire fiscal.

3. La Commission souscrit également à la motion que la Chambre a adoptée en séance plénière le 14 mai 2009. Cette motion souscrit aux "Constatations et Recommandations" de la commission d'enquête, telles que mentionnées dans la troisième partie de son rapport. Les constatations et recommandations pertinentes pour le présent avis sont celles qui concernent le secret bancaire fiscal³.

4. La commission d'enquête a constaté *"que le secret bancaire tel qu'organisé en Belgique, constitue un véritable obstacle à une lutte efficace contre la fraude fiscale"*. Elle a formulé à cet égard la recommandation n° 19 suivante : *"Adapter du point de vue de l'efficacité de la lutte contre la fraude fiscale les lois ainsi que les règles fiscales qui organisent le secret bancaire dans notre pays afin de permettre à l'administration d'interroger les banques lorsqu'elle dispose d'un ou de plusieurs indices que des revenus n'ont pas été déclarés. Cette adaptation se fera dans l'esprit des règles européennes et concernera notamment tout ou partie des articles 318, 322 et 323 du CIR, sans préjudice de l'application de l'article 333 CIR (obligation d'avertir dans certains cas le contribuable qu'on lève l'obligation de discrétion)."*

¹ Proposition de loi du 16 octobre 2009 modifiant certaines dispositions du Code des impôts sur les revenus 1992 relatives à la levée du secret bancaire, introduite par messieurs Dirk Van Der Maelen et Alain Mathot, Doc. Parl. Chambre, DOC. 52, 2205/001.

² Premier alinéa de l'Exposé des motifs de la proposition de loi Van Der Maelen.

³ Doc. Parl., Chambre, DOC 52, 0034/004, page 242.

B. Contenu de la proposition de loi

5. Le Conseil d'État⁴ définit le contenu de la proposition de loi comme suit : cette proposition de loi " vise à autoriser l'Administration des contributions directes à recueillir auprès des établissements de banque, de change, de crédit et d'épargne, des renseignements en vue de déterminer les impôts dus par un de leurs clients, lorsqu'il existe des indices permettant de présumer que l'impôt dû est plus élevé que ne le laissent apparaître les revenus déclarés par ce client (voir les articles 2 et 3 de la proposition). Le contribuable doit être informé dans le mois que des renseignements le concernant ont été obtenus auprès d'un établissement (article 4). En outre, les délais d'enquête et d'imposition sont prolongés si une requête est introduite contre les investigations ainsi menées (articles 5 et 6). La proposition suggère à cet effet de modifier les articles 318, 322, 333 et 354 du Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après CIR 92) et d'insérer un article 333/1."

C. Réglementation nationale actuelle

6. L'article 318 du CIR stipule que l'administration fiscale n'est en principe pas autorisée à recueillir, auprès des établissements de banque, de change, de crédit et d'épargne, des renseignements en vue de l'imposition de leurs clients. Ce "secret bancaire fiscal" n'existe que dans le cadre des impôts sur les revenus, et donc uniquement au profit de la clientèle des établissements précités. En ce qui concerne les autres impôts, cette limitation n'existe pas et l'administration fiscale peut actuellement soumettre les établissements financiers à une enquête fiscale portant sur des tiers⁵. Le secret bancaire fiscal n'est pas non plus absolu en matière d'impôts sur les revenus et peut être refusé dans certains cas⁶.

7. Le CIR fait une distinction fondamentale entre d'une part, l'enquête auprès des contribuables (articles 315-321 du CIR) et d'autre part l'enquête auprès de tiers (articles 322 et suivants). Pour les deux régimes, le secret bancaire fiscal de l'article 318 du CIR s'applique en principe⁷.

⁴ Point 1 de l'avis n° 47.425/1 du 3 décembre 2009 relatif à une proposition de loi modifiant certaines dispositions du Code des impôts sur les revenus 1992 relatives à la levée du secret bancaire, publié sur le site : <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/52/2205/52K2205002.pdf> et point 1 de l'avis n° 47.427/1 du 5 janvier 2010 relatif à une proposition de loi visant à supprimer le secret bancaire, publié sur le site : <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/52/2205/52K2205002.pdf>.

⁵ Rapport de la commission d'enquête, Chambre, 0034/004, pages 63 et 67.

⁶ Rapport de la commission d'enquête, Chambre, 0034/004, page 68.

⁷ Rapport de la commission d'enquête, Chambre, 0034/004, page 68.

II. EXAMEN GÉNÉRAL

A. Considération générale concernant la protection de la vie privée

8. Le Conseil d'État a affirmé ce qui suit : "*En l'espèce, on peut considérer que la proposition de loi est conforme à ces principes.*"⁸ (ndlr. concernant l'exigence d'une disposition légale).

La Commission reconnaît que la protection de la vie privée n'est pas une donnée absolue, comme également mentionné dans les avis du Conseil d'État⁹. La vie privée est un droit relationnel qui est toujours lié à d'autres droits et libertés et qui doit être examiné en fonction de ceux-ci. La Commission estime également que la lutte contre la fraude fiscale peut justifier une poursuite du démantèlement du secret bancaire fiscal, du moins dans la mesure où ce démantèlement va de pair avec une législation¹⁰ de qualité et une procédure équilibrée qui tient compte des droits et intérêts de toutes les parties impliquées (administration fiscale, contribuables et établissements concernés) (article 8 de la CEDH, article 22 de la Constitution, articles 7 et 8 de la Charte¹¹ et l'article 16.1 du TFUE¹²) et qui exclut efficacement l'utilisation arbitraire des pouvoirs d'investigation¹³.

9. En ce qui concerne les principes qui s'appliquent à l'échange interne de données à caractère personnel entre les diverses administrations du SPF Finances, la Commission se réfère en particulier à ses avis antérieurs n° 01/2007¹⁴, 16/2007¹⁵, 27/2007¹⁶ et 29/2009¹⁷. En ce qui concerne les principes qui s'appliquent en outre lors de la réclamation de renseignements à des contribuables en vertu de l'article 316 du CIR, la Commission se réfère également aux points 12 et suivants de l'avis précité n° 27/2007 (application des principes de proportionnalité et de transparence).

10. La commission d'enquête a en outre recommandé que l'adaptation se fasse dans l'esprit de la réglementation européenne. La Commission avait pris à cet égard acte du récent appel du Contrôleur européen de la protection des données ("CEPD") afin de mettre en place une approche

⁸ Point 1 de l'avis n° 47.427/1 du 3 décembre 2009 modifiant certaines dispositions du Code des impôts sur les revenus 1992 relatives à la levée du secret bancaire, publié sur le site www.lachambre.be

⁹ Voir le point 2 des avis précités n° 47.425/1 du 3 décembre 2009 et n° 47.427/1 du 5 janvier 2010.

¹⁰ Voir la CEDH, 4 mai 2000, Rotaru, § 52.

¹¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO, 14 décembre 2007, C 303/0. Ce texte a repris la Charte proclamée le 7 décembre 2000, avec des adaptations. Ce texte a remplacé la charte de 2000 à dater de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

¹² Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO, 9 mai 2008, C 115/47.

¹³ Voir notamment la CEDH, 26 mars 1987, Leander c. Suède, § 51, CEDH, 17 février 2004, Maestri c. Italie, § 30 et CEDH, 4 décembre 2008, S. and Marper c. Royaume-Uni, § 99.

¹⁴ Avis du 17 janvier 2007 concernant l'avant-projet de loi relatif à certains traitements de données à caractère personnel par le Service public fédéral Finances.

¹⁵ Avis du 11 avril 2007 concernant l'avant-projet de loi relatif à certains traitements de données à caractère personnel par le Service public fédéral Finances.

¹⁶ Avis du 19 septembre 2007 concernant l'échange de données à caractère personnel entre administrations fiscales – Vérification fiscale subséquente aux demandes de remboursement de la taxe sur les opérations boursières illégalement perçue suite à l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 15 juillet 2004.

¹⁷ Avis du 28 octobre 2009 concernant l'avant-projet de loi programme faisant suite à une notification dans le cadre du conclave budgétaire 2010-2011 en matière d'échange de données au sein du SPF Finances (chapitre IV - articles D1 à D8).

compréhensible et harmonisée dans le domaine des échanges de données internationaux. Bien que le CEPD pensait principalement¹⁸ aux accords PNR avec les USA et l'Australie et au Programme UE-USA "Terrorist Financing Tracking" (ledit accord SWIFT), la Commission souligne également un autre avis du 6 janvier 2010 concernant la proposition de directive du Conseil relative à la coopération administrative internationale dans le domaine de la fiscalité. Le CEPD constatait dans ce dernier avis que la conscience ("awareness") au niveau des exigences de la protection de la vie privée se trouvait encore dans sa phase initiale. Étant donné qu'il s'agit ici d'une matière complexe dans laquelle notamment le Parlement européen doit également intervenir, la Commission se réserve le droit de se prononcer ultérieurement, après concertation complémentaire avec (entre autres) l'administration fiscale, sur les conditions qui s'appliquent aux transferts internationaux de données à caractère personnel vers des pays sans niveau de protection adéquat des données (articles 21 et 22 de la LVP). Elle souligne toutefois que l'échange automatisé de données à caractère personnel par le SPF Finances avec des tiers en dehors du SPF Finances requiert actuellement une autorisation préalable du Comité sectoriel pour l'Autorité fédérale (article 36*bis* de la LVP).

11. Lors de l'exercice des pouvoirs d'investigation étendus que la proposition de loi tend à accorder à l'administration fiscale, il faut tenir compte du niveau adéquat de protection des données. À cette fin, la Commission considère qu'il est nécessaire de prendre en compte les règles et les mesures (ou le défaut de telles règles et mesures) encadrant concrètement et matériellement la grande masse de données à caractère personnel recueillies et traitées par l'administration fiscale.

12. L'administration fiscale se voit octroyer des pouvoirs étendus. Il est prévu la possibilité d'accéder à des sources d'informations jusqu'ici protégées et à des données jusqu'ici soustraites à ses investigations. Ce sont des mesures dont – de manière générale – la légitimité n'est pas contestée mais qui conduisent la Commission à insister fermement pour que le législateur règle rapidement la question de l'encadrement des traitements de données effectués par les divers services du SPF Finances et fixe clairement les conditions et procédures permettant les échanges de données entre ces services.

B. Clarté de la proposition de loi / sécurité juridique

1. Ratio legis et la base juridique du pouvoir d'investigation

13. La formulation de la base juridique pour le pouvoir d'investigation supplémentaire est très large, tandis que la *ratio legis* est exprimée de manière trop imprécise.

¹⁸ Commentaire du CEPD du 25 janvier 2010 sur différents accords internationaux, publié sous la rubrique "actualités", disponible en langue anglaise sur le site Internet suivant : <http://www.CEPD.europa.eu/CEPDWEB/CEPD/Home/CEPD/Pressnews/News>.

D'une part, le chapeau de l'Exposé des motifs se réfère explicitement aux travaux de la commission d'enquête parlementaire chargée de l'enquête sur les grands dossiers de fraude fiscale¹⁹. Le pouvoir d'investigation à l'article 3 de la proposition de loi se révèle toutefois être formulé de manière très large au niveau du champ d'application. L'existence d'indices "*permettant de présumer que l'impôt dû est plus élevé que ne le laissent apparaître les revenus déclarés*" est suffisante pour exercer le pouvoir d'investigation. Il apparaît que cette formulation s'inspire fortement du texte de l'article 354 du CIR92 concernant la prolongation du délai d'imposition ordinaire. Cette disposition stipule que le délai d'imposition ordinaire de l'article 353 du CIR92 peut être prolongé de 18 mois "*En cas d'absence de déclaration, de remise tardive de celle-ci, ou lorsque l'impôt dû est supérieur à celui qui se rapporte aux revenus imposables et aux autres éléments mentionnés sous les rubriques à ce destinées d'une formule de déclaration répondant aux conditions de forme et de délais prévues aux articles 307 à 311 du CIR92.*" La jurisprudence détaillée concernant l'article 354 du CIR92 favorise peut-être la prévisibilité de la proposition, de sorte que le choix de la formulation dans la proposition a certainement ses mérites. Cependant, la Commission constate qu'il existe manifestement déjà un consensus au sujet d'une autre formulation au sein de la commission d'enquête qui ne semble²⁰ pas limitée au traitement de la fraude dans le domaine de l'impôt sur les revenus (recommandations n° 19 et 24, voir plus loin aux points 16 et 21). La Commission propose dès lors d'utiliser la formulation "indices laissant penser que des revenus imposables n'ont pas été déclarés " et d'y ajouter "ou que l'impôt dû est supérieur à ce qui a été déclaré". Ceci, pour lutter contre l'abus des déductions fiscales, combiné ou non, à l'effet des conventions préventives de la double imposition.

14. La Commission souligne que les dispositions légales relatives au pouvoir d'investigation du fisc doivent être suffisamment claires à la lumière de l'exigence de prévisibilité²¹.

15. La Commission constate que l'existence d'une condition préalable objective pour pouvoir réclamer des données bancaires n'est à l'heure actuelle pas prévue en matière d'impôts indirects (art. 62 *bis* CTVA, 183 C. Enr., 100 C. Succ. et 205/1 CDTD), donnant à l'administration la possibilité de s'adresser aux banques sans prémisses préalable afin de soumettre des données.

16. La Commission constate par ailleurs qu'il ressort par contre de la recommandation 19 de la commission d'enquête une certaine intention, ce qui implique d'une part que l'on peut procéder à la suppression du secret bancaire non sans condition. D'autre part, il ressort de la recommandation un choix de ne pas utiliser ce pouvoir d'investigation uniquement en cas de fraude fiscale. La recommandation affirme en effet que l'administration doit avoir la possibilité de réclamer des

¹⁹ Première page de l'Exposé des motifs de la proposition de loi.

²⁰ Vu la formulation "notamment" dans la recommandation n° 19.

²¹ Ladite "exigence de prévisibilité" à laquelle doit répondre la réglementation signifie, selon la Cour européenne des droits de l'homme, que du point de vue de la formulation, elle doit "*assez précise pour que tout individu puisse prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé*". Voir notamment CEDH, 26 mars 1987, Leander c. Suède, § 51 et CEDH 4 mai 2000, Rotaru , § 52.

données bancaires si elle "*dispose d'un ou de plusieurs indices que des revenus n'ont pas été déclarés*". La commission d'enquête parlementaire a donc clairement pris une direction impliquant que des enquêtes bancaires doivent également être possibles dans des dossiers qui vont plus loin que l'existence "*d'indices de fraude fiscale*"²², donc des dossiers de fraude au sens strict.

2. Préciser les conditions pour l'exercice du pouvoir d'investigation

17. En ce qui concerne les termes "*indices*" (...) "*permettant de présumer*", la Commission constate que cette terminologie apparaît également dans le droit de procédure fiscale à l'article 333, troisième alinéa du CIR92 qui stipule que l'administration peut étendre le délai d'investigation de trois à sept ans si elle dispose "*d'indices*" qui peuvent prouver l'existence de fraude dans le chef du contribuable à charge duquel l'administration souhaite étendre le délai d'investigation. Il faut également faire remarquer, en ce qui concerne l'article 333, troisième alinéa du CIR92, que le législateur n'a pas prévu une définition propre de la notion "*d'indices*"²³. Ce n'est que lors des travaux parlementaires de la loi du 3 novembre 1976 *modifiant le Code des impôts sur les revenus* ²⁴ qu'il a été affirmé que la prolongation du délai d'investigation ne serait en fait appliquée que lorsque des pratiques illégitimes ont été constatées pendant le délai d'investigation normal, lesquelles laissent présumer que celles-ci existaient déjà antérieurement, ou encore lorsque suite à des informations obtenues ou recueillies, notamment auprès de tiers, il y a des indices sérieux d'une infraction commise avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire²⁵.

18. Le législateur n'a ainsi donné aucune définition de la notion d' "*indices de fraude fiscale*", mais a uniquement évoqué deux situations où il peut éventuellement y avoir des indices de fraude. La notion "*d'indices*" de l'article 333, troisième alinéa du CIR92 a dès lors la même signification que la notion "*d'indices*" de l'article 2 de la loi du 28 avril 1999 *complétant, en ce qui concerne la lutte contre la fraude fiscale, l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions de titres et valeurs et la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances*²⁶ qui a introduit une obligation d'information fiscale pour les membres du ministère public²⁷.

19. La Commission suppose dès lors que la notion d'indices, dans les deux références légales précitées, doit être comprise comme étant un synonyme de présomptions, c'est-à-dire des faits

²² Voir la possibilité, prévue à l'article 333, troisième alinéa du CIR92, d'extension du délai d'investigation en raison de l'existence de "*indices de fraude fiscale*".

²³ MAUS M., *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 577 e.s.

²⁴ M.B., 9 décembre 1976.

²⁵ Doc. Parl., Chambre, 1975-1976, 879/7, 43 ; Circulaire Ci.RH.831/288.492, Bull.Bel., 1976, n° 551, 1033.

²⁶ M.B., 25 juin 1999.

²⁷ À noter que la loi du 2 avril 1999 n'a pas non plus donné davantage de précisions quant à la notion "*d'indices de fraude*".

connus ou établis dont on peut déduire un fait inconnu²⁸. À la lumière de la proposition de loi, l'administration doit, dans le cadre de sa charge de la preuve, avancer les faits connus dont on peut déduire que *l'impôt dû est plus élevé que ne le laissent apparaître les revenus déclarés*.

20. Puisqu'il est question de clarté et de prévisibilité suffisantes dans l'interprétation, il s'agit donc de termes qui peuvent satisfaire l'exigence de transparence (de la réglementation). Il faut toutefois recommander d'éviter l'utilisation double des synonymes "indices" et "présomptions", vu la confusion qui peut découler de cette formulation.

3. Transparence et sécurité juridique via une harmonisation

21. La recommandation n° 24 de la commission d'enquête parlementaire²⁹ demande que soient harmonisées les règles de procédure fiscale pour les impôts fédéraux. La Commission s'y rallie. Vu l'exigence de prévisibilité susmentionnée, elle est en effet favorable à un maximum de transparence, de sécurité juridique et donc d'harmonisation des notions et procédures fiscales pour réaliser des enquêtes bancaires, ce contrairement à l'approche actuelle qui part manifestement du principe du maintien de différentes procédures et conditions pour réaliser des enquêtes bancaires par domaine fiscal (impôt des personnes physiques, TVA, droits d'enregistrement, ...)³⁰. On peut également suivre, à cette même fin, la recommandation n° 19 de la commission d'enquête précitée. Cela signifie que la formulation recommandée par la commission d'enquête peut être utilisée, à savoir lorsque l'administration "*dispose d'un ou de plusieurs indices que des revenus n'ont pas été déclarés*". Cette formulation est recommandée au lieu de développer des formulations alternatives dans la proposition de loi.

4. Préciser l'objet du pouvoir d'investigation (nature des données à caractère personnel et proportionnalité)

22. L'article 3 de la proposition de loi n'est pas assez clair quant à ce que l'on entend précisément par la notion de "*renseignements*" (quelles informations peuvent être réclamées aux établissements) qui peuvent être réclamés en vertu du nouveau pouvoir d'investigation. En ce qui concerne les impôts indirects³¹, il a toutefois été clairement prévu qu'il doit toujours s'agir d'informations pertinentes pour pouvoir procéder à la bonne imposition.

²⁸ Voir au sujet de la notion de présomption par exemple Liège, 4 mars 1998, Cour. Fisc., 1998, 253 ; Gand, 12 décembre 1996, T.G.R., 1997, 190 ; Anvers, 30 octobre 1995, F.J.F., 1996, n° 44 ; Liège, 4 mars 1994, J.D.F., 1994, 114 ; Anvers, 21 septembre 1993, F.J.F., 1994, 197 ; Anvers, 26 octobre 1992, F.J.F., 1993, 243.

²⁹ Voir recommandation 24, Doc. Parl., Chambre 2008-2009, 52-0034/004, 248.

³⁰ Voir notamment l'article 62*bis* CTVA, l'article 183 C. Enr., W Reg 100 C. Succ. Et W Reg 205/1 CDTD.

³¹ Voir l'article 62*bis* CTVA, l'article 183 C. Enr., l'article 100 C. Succ. Et l'article 205/1 CDTD.

23. Certes, les commentaires administratifs existants³² relatifs aux articles 315, 318 et 322 limitent actuellement un exercice trop arbitraire des pouvoirs d'investigation par l'administration fiscale à l'égard de la personne concernée et des tiers. Il a ainsi été rappelé précédemment dans la jurisprudence et la doctrine fiscales que les documents qui ne sont pas pertinents au niveau fiscal ou qui sont privés ne peuvent pas être demandés ("*Les documents de caractère purement privé, sans aucun rapport avec des placements de fonds ou des perceptions de revenus, tels que les livres et documents relatifs aux dépenses de ménage, ne peuvent pas être réclamés.*"³³)

24. L'article 3 de la proposition de loi concerne toutefois un nouveau contexte (impôt des personnes physiques et pouvoir d'investigation à l'égard d'établissements).

25. Par analogie avec la formulation de l'article 315 du CIR³⁴, la Commission recommande d'ajouter qu'il doit s'agir de renseignements qui sont nécessaires pour déterminer le montant des revenus imposables. Il faut par exemple exclure que l'administration puisse également réclamer des données auprès d'établissements concernant des opérations qui peuvent se rapporter à des données sensibles qui jouissent d'une protection particulière en vertu des articles 6, 7 et 8 de la LVP (par exemple, des paiements de cotisation syndicale, une affiliation politique, et d'autres opérations sensibles relevant de la sphère privée, ...), et qui ne sont pas fiscalement pertinentes.

26. Cette adaptation à la lumière de l'article 315 du CIR va d'autant plus de soi dès lors que l'article 315 du CIR⁹² autorise déjà l'administration à réclamer aux contribuables des données bancaires de comptes utilisés à des fins professionnelles et de comptes privés étrangers³⁵. En ce sens, il est évident que la même limitation en matière d'investigation s'appliquerait également à l'égard de la consultation de données bancaires belges.

C. Garanties de procédure, proportionnalité et principe de loyauté : prévoir une "procédure par paliers" (article 4, § 1, 1° et 3° de la LVP)

1. Procédure par paliers

³² Décrits dans le commentaire administratif des articles 315, 318 et 322 du CIR, notamment consultable via la banque de données fiscales du Service public fédéral Finances et des banques de données privées d'éditeurs privés tels que <http://www.monkey.be/db/?start&taal=fr>.

³³ Commentaire de la doctrine de l'article 315 du CIR.

³⁴ Cette disposition régit l'enquête sur les livres comptables auprès des contribuables en matière d'impôt des personnes physiques et stipule ce qui suit : "*Quiconque est passible de l'impôt des personnes physiques, de l'impôt des sociétés, de l'impôt des personnes morales ou de l'impôt des non-résidents, a l'obligation, lorsqu'il en est requis par l'administration, de lui communiquer, sans déplacement, en vue de leur vérification, tous les livres et documents nécessaires à la détermination du montant de ses revenus imposables. (...)*".

³⁵ MAUS M., *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 174 e.s.

27. La possibilité d'interprétations discrétionnaires de pouvoirs d'investigation administrative est limitée dans certains pays voisins³⁶ via une procédure dite par paliers. Une telle procédure signifie que le fisc ne peut réclamer les informations demandées auprès de l'établissement financier que si elles ont d'abord été demandées au contribuable et qu'il n'a pas fourni lui-même les informations.

28. Le modèle par paliers offre considérablement plus de garanties qu'un système dans lequel l'administration ne doit pas d'abord faire le premier pas vers le contribuable ou peut déterminer de manière discrétionnaire si l'approche par paliers est souhaitable. En tant que personne concernée (tant au sens de la LVP que pour la perception des impôts), le contribuable semble en effet la personne la plus appropriée pour être interpellée en premier lieu par l'administration fiscale, avant que des pouvoirs d'investigation spéciaux puissent être envisagées et exercées à l'égard d'établissements financiers. Au besoin, cela permettra également à la personne soit d'exercer en temps utile son droit de contestation, soit de transmettre à l'administration fiscale les documents demandés, permettant d'éviter des vérifications complexes auprès des établissements financiers.

2. Mention de la procédure par paliers dans l'Exposé des motifs

29. La Commission estime dès lors positif que l'Exposé des motifs de la proposition de loi renvoie à cette procédure par paliers. Toutefois, ce renvoi n'est fait que dans l'Exposé des motifs (pas à l'article 3 par exemple), et la formulation dans l'Exposé des motifs peut peut-être donner l'impression que ce n'est qu'une option "souhaitable" et donc facultative pour l'administration fiscale³⁷, étant donné que cela n'est pas formulé en tant qu'obligation dans la proposition de loi³⁸. La Commission met l'accent sur le fait que la procédure progressive doit être la règle. Les éventuelles exceptions doivent avoir un fondement juridique et être limitées aux risques ou cas concrètement décrits (8 CDEH).

3. Caractère subsidiaire de l'enquête auprès de tiers au sens de l'article 322 du CIR

30. La Commission comprend toutefois que l'examen de données bancaires auprès d'un établissement bancaire sur la clientèle de la banque constitue essentiellement une enquête auprès de tiers au sens de l'article 322 du CIR92. On peut dès lors s'attendre qu'une enquête bancaire telle que dans la proposition de loi soit soumise aux conditions d'application de l'article 322 du CIR92 qui est en essence une enquête subsidiaire, qui est subordonnée à l'enquête fiscale auprès du contribuable lui-même³⁹. D'après le Ministre des Finances, des attestations ou renseignements provenant

³⁶ Danemark, Allemagne et Pays-Bas, évoqués dans le rapport de la commission d'enquête.

³⁷ Voir le passage à la page 4 de l'Exposé des motifs : *"Il est à noter, par ailleurs, qu'il est souhaitable que l'administration réclame les documents bancaires dans un premier temps auprès du contribuable et qu'elle s'adresse à l'établissement de crédit du contribuable, en cas de refus de celui-ci ou de doute quant aux documents obtenus."*

³⁸ Voir supra au sujet des "renseignements" et infra au point 32.

³⁹ MAUS M., *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 225 e.s.

uniquement de tiers peuvent ainsi être réclamés lorsque le contribuable lui-même omet de donner suite à une demande qui lui est adressée en vertu de l'article 316 du CIR92, lorsque les renseignements qu'il a fournis apparaissent comme étant douteux, lorsque les renseignements s'avèrent être nécessaires pour imposer judicieusement un contribuable déterminé au sujet duquel on ne dispose pas de données suffisantes ou encore lorsque l'on veut rechercher certaines opérations effectuées par un contribuable que l'on soupçonne sur la base de présomptions sérieuses de fraude ou lorsque l'on veut déterminer la nature ou l'importance exacte de ces opérations^{40 41}. Si les tiers interrogés omettent de répondre aux demandes de renseignements qui leur sont adressées par l'administration ou si les renseignements envoyés par écrit semblent être insuffisants ou se révèlent être très douteux, on peut au besoin encore instruire une enquête et procéder à l'audition de ces tiers⁴².

4. Exigence d'une détermination légale explicite des garanties de procédure

31. La Commission estime que le fait de prévoir des garanties de procédure constitue un point essentiel si des ingérences dans la vie privée sont avancées comme étant nécessaires en vue de préserver la prospérité économique du pays ou de prévenir des faits punissables. À cet égard, il est préférable que le contenu de telles garanties ne soit pas uniquement laissé à l'interprétation de l'administration et/ou du ministre compétent(e), certainement si dans la procédure par paliers, certaines conditions qu'il est préférable de formuler explicitement dans la loi doivent être respectées.

La Commission pense à cet égard aux conditions suivantes :

- l'information préalable de la personne concernée doit exclure une éventuelle utilisation arbitraire du pouvoir d'investigation. Cette garantie peut également permettre davantage de sécurité juridique ainsi qu'une perception de l'impôt plus efficace (voir ci-après) ;
- la demande adressée aux établissements doit en outre se rapporter aux mêmes données que celles qui ont été demandées à la personne concernée ;
- la décision de l'administration d'adresser une demande à l'établissement doit être suffisamment motivée (pertinence fiscale des demandes⁴³, voir ci-avant).

32. La proposition tend également à insérer deux dispositions nouvelles dans le CIR92, rédigées comme suit : "*Les délais d'enquête mentionnés dans les alinéas précédents sont prolongés du délai*

⁴⁰ Q. Parl., Sénateur Valkeniers, 14 décembre 1984, Bull.Bel., 1985, n° 640, 1279 ; Q. Parl., Sénateur Guillaume, 16 janvier 1974, QRVA, Sénat, 1973-1974, 705.

⁴¹ Com.I.R.92, 322/4.

⁴² Com.I.R.92, 322/15.

⁴³ Des exemples, évoqués dans la doctrine récente, de demandes dont la pertinence fiscale est potentiellement contestable concernent la destination de gains du lotto ou du tiercé, le solde de comptes privés de personnes à charge, les écoles qui sont fréquentées par les enfants du contribuable, les factures de téléphone du contribuable, les dépenses ménagères, etc. (MAUS, M. et MERCIER, S., *Fiscale Controle in de praktijk*, Die Keure, 2009, page 264).

écoulé entre l'introduction de la requête introductive dirigée contre les investigations menées par l'administration conformément à l'article 318, alinéa 2, et le moment où la décision judiciaire en la matière acquiert force de chose jugée." La Commission attire l'attention sur les problèmes que peuvent poser ces deux dispositions :

- elles font référence à une procédure de recours qui n'est par ailleurs pas organisée spécifiquement dans la procédure fiscale, ce qui pourrait avoir pour effet (1) soit de rendre le recours impossible, (2) soit de renvoyer de manière aléatoire et risquée aux procédures judiciaires ordinaires (alors qu'il s'agit d'un incident qui devrait être soumis à celui qui statue sur le fond) en privant celui qui ne l'a pas fait du droit d'invoquer l'intervention ligieuse de l'administration lors de l'examen du fond.
- le délai d'examen de la requête suspend indéfiniment tous les délais de prescription, mesure inconnue jusqu'ici en procédure fiscale, et qui est de nature à fragiliser les droits des personnes concernées (y compris l'exercice des droits de la défense, dans la mesure où l'exercice du recours pourrait être découragé par cette suspension indéfinie de la prescription).

33. La Commission recommande de supprimer les deux dispositions proposées et de les reprendre dans un cadre fiscal plus général. Les dispositions traitent en effet d'une question d'ordre général qui n'est pas propre à la problématique du secret bancaire fiscal. Il s'agit de la question de savoir comment il faut réagir vis-à-vis de l'opposition de contribuables à n'importe quel acte d'investigation de l'administration fiscale, dont notamment la possibilité des contribuables de s'opposer à la rupture du secret bancaire

D. Information des personnes concernées (article 9 de la LVP)

34. La proposition de loi prévoit que l'information du contribuable doit se faire au plus tard dans le mois suivant celui au cours duquel les renseignements ont été obtenus⁴⁴. La formulation actuelle de l'obligation d'information permet donc à l'administration de toujours informer la personne concernée *a posteriori*.

35. La Commission a plusieurs objections à l'encontre du fait que l'information des personnes concernées ne se fasse qu'*a posteriori*.

- La proposition de loi ne comporte aucune motivation explicite de la raison et du choix du moment de l'information de la personne concernée. Il n'y a par conséquent aucune motivation indiquant qu'une information en temps utile, *a priori*, constituerait un grand obstacle ou risque

⁴⁴ Article 4 de la proposition de loi Van der Maelen.

pour l'enquête administrative fiscale ou la procédure qui en découle. Une information *a priori* garantira en outre plus facilement un traitement plus loyal et un équilibre des intérêts (article 4, § 1, 1^o de la LVP), surtout si les informations données en temps utile sont combinées avec la procédure par paliers évoquée plus haut.

- Si la personne concernée est d'abord informée en temps utile de l'intention de l'administration d'effectuer une enquête auprès de l'établissement, l'administration ne donne-t-elle pas d'abord précisément l'occasion, non seulement à la personne concernée mais aussi à elle-même, de transmettre encore les informations et de les juger, ou éventuellement de communiquer des objections fondées ou des renseignements plus précis qui ne sont pas en possession des établissements ?
- Enfin, la Commission souligne l'obligation minimale des établissements financiers d'informer le client dès qu'ils reçoivent la demande de renseignements du fisc (article 9, § 2 de la LVP), ce étant donné que le client (en cas d'information *a posteriori*) ne sera normalement pas déjà au courant de la demande de l'administration et que le fisc, en vertu des avant-projets, ne collecte pas les informations directement auprès de la personne concernée, mais via les établissements (voir l'article 9, § 2 de la LVP).

PAR CES MOTIFS,

36. La Commission demande qu'il soit prêté attention aux recommandations formulées aux points 13, 20, 26 et 32 du présent avis.

37. La Commission peut émettre un avis positif concernant la présente proposition de loi à condition que les recommandations exposées aux points 25, 31-32 et 34 soient strictement respectées. À cet effet, une proposition de texte est jointe en annexe.

38. La Commission reste à disposition pour une éventuelle concertation à venir avec le groupe de travail "Fraude fiscale" ainsi que pour d'autres discussions ou avis.

Pour l'Administrateur e.c.,

Le Président,

(sé) Patrick Van Wouwe

(sé) Willem Debeuckelaere

Proposition de texte

Art. 2

L'article 318, alinéa 2 du Code des impôts sur les revenus 1992, modifié par l'arrêté royal du 20 décembre 1996 et par la loi-programme du 20 juillet 2006, est remplacé comme suit :

"Si toutefois, sur la base de l'enquête effectuée en vertu des articles 315, 315*bis* et 316, l'administration dispose d'un ou de plusieurs indices laissant penser que des revenus imposables n'ont pas été déclarés ou que l'impôt dû est supérieur, le fonctionnaire désigné à cette fin par le ministre des Finances peut, à défaut de coopération du contribuable à l'enquête fiscale, prescrire à un fonctionnaire du grade d'inspecteur au moins, de relever dans les comptes, livres et documents de l'établissement, les renseignements nécessaires pour déterminer le montant des revenus imposables."

Art. 3

À l'article 322 du même Code, sont insérés un alinéa 3 et un alinéa 4, libellés comme suit :

"Sauf dans les cas prévus à l'article 318, alinéa 2 du CIR92, l'administration n'est pas autorisée à recueillir dans les comptes, livres et documents des établissements de banque, de change, de crédit et d'épargne des renseignements en vue de l'imposition de leurs clients."

Art. 4

Dans le même Code, il est inséré un article 333/1, rédigé comme suit :

"Art. 333/1. Dans les cas visés aux articles 318, alinéa 2, et 322, alinéa 4, l'administration informe le contribuable qu'elle recueillera des renseignements le concernant auprès d'un établissement de banque, de change, de crédit ou d'épargne.

L'information doit être adressée au contribuable au plus tard un mois avant que les renseignements ne soient recueillis auprès des établissements de banque, de change, de crédit ou d'épargne."