



Avis n° 13/2010 du 31 mars 2010

Objet : Proposition de loi relative à la levée du secret bancaire (A-2010-011)

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 un avis sur la proposition de loi Gilkinet-Van Hecke¹ (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 22 octobre 2009 visant à supprimer le secret bancaire, introduite par messieurs Georges Gilkinet et Stefaan Van Hecke, Doc. Parl. Chambre, DOC 52, 2216/001.

² Première page, dernier alinéa de l'Exposé des Motifs de la proposition de loi.

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 : la proposition de loi " vise à permettre à l'Administration des contributions directes de recueillir auprès des établissements de banque, de change, de crédit et d'épargne, des renseignements en vue de déterminer l'impôt dû par un de leurs clients, lorsqu'il existe des indices que ce client a enfreint ou se prépare à enfreindre les dispositions du Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après : CIR 92) ou ses arrêtés d'exécution (voir les articles 2 et 3 de la proposition).

En outre, les établissements de banque, de change, de crédit et d'épargne ainsi que tous les autres intermédiaires financiers opérant en Belgique sont tenus de fournir chaque année à l'Administration des contributions directes une liste, arrêtée à la fin de l'année qui précède, mentionnant les données d'identification de tous les comptes ouverts, ou qui ont été ouverts, au nom ou pour le compte de leurs clients ou au moyen d'une procuration, et indiquant l'identité des titulaires et des mandataires (article 4). Les amendes administratives imposées en raison du non-respect de cette obligation sont appliquées par compte (article 6). Si des renseignements sont demandés auprès d'un établissement, le contribuable concerné doit être informé dans le mois des indices qui ont justifié la demande (article 5). La proposition suggère à cet effet de modifier les articles 318, 322, 323 et 445 du 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.

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. 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.

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).

9. 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 et article 16.1 du TFUE¹¹) et qui exclut efficacement l'utilisation arbitraire des pouvoirs d'investigation¹².

10. 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° 01/2007¹³, 16/2007¹⁴, 27/2007¹⁵ et 29/2009¹⁶. 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).

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

⁸ Point 2 de l'avis n° 47.427/1 du 3 décembre 2009 relatif à une proposition de loi visant à supprimer le 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 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO, 9 mai 2008, C 115/47.

¹² 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.

¹³ 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.*

¹⁴ 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.*

¹⁵ 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.*

¹⁶ 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).*

11. 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 compréhensible et harmonisée dans le domaine des échanges de données internationaux. Bien que le CEPD pensait principalement¹⁷ à cet égard 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).

B. Clarté de la proposition de loi / sécurité juridique

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

12. 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.

13. Le commentaire se réfère explicitement au constat de la commission d'enquête parlementaire selon lequel le secret bancaire (fiscal) entraverait la lutte efficace contre la fraude fiscale¹⁸. Le pouvoir d'investigation à l'article 3 de la proposition de loi se révèle être formulé de manière très large au niveau du champ d'application. Tout(e) (indice d'une) infraction aux dispositions du CIR ou aux arrêtés d'exécution de celui-ci (article 3 de la proposition de loi) est suffisant(e) pour exercer le pouvoir d'investigation. Si l'objectif est d'introduire de nouveaux pouvoirs d'investigation fiscale pour chaque (indice d') infraction aux dispositions du CIR ou à ses arrêtés d'exécution (par exemple une déclaration tardive), le législateur doit alors le formuler de manière très claire dans la *ratio legis* (article 8 de la CEDH et article 22 de la Constitution). Toutefois, on peut sérieusement mettre en doute qu'une telle large possibilité de recours au pouvoir d'investigation fiscale dans les cas qui ne se

¹⁷ 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>.

¹⁸ Première page, dernier alinéa de l'Exposé des motifs de la proposition de loi.

rapporment pas à la non déclaration de revenus (par exemple une déclaration tardive) implique encore un exercice proportionnel et effectif des pouvoirs d'investigation fiscale.

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 prévisibilité¹⁹.

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 que l'on peut procéder à la suppression du secret bancaire non sans condition, et ce pas uniquement pour les cas de fraude fiscale. La recommandation affirme elle-même que l'administration doit avoir la possibilité de réclamer des 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*"²⁰, donc des dossiers de fraude au sens strict.

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

17. En ce qui concerne le terme "*indices*", 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*"²¹. Ce n'est que lors des travaux parlementaires de la loi du 3 novembre 1976 *modifiant le Code des impôts sur les revenus* ²² 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

¹⁹ 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 être "*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.

²⁰ 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*".

²¹ MAUS M., *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 577 e.s.

²² M.B., 9 décembre 1976.

auprès de tiers, il y a des indices sérieux d'une infraction commise avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire²³.

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*²⁴ qui a introduit une obligation d'information fiscale pour les membres du ministère public²⁵.

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 connus ou établis dont on peut déduire un fait inconnu²⁶. 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) de l'article 8 de la CEDH. Il faut toutefois 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 parlementaire²⁷ visait à harmoniser 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, ...) ²⁸. 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

²³ Doc. Parl., Chambre, 1975-1976, 879/7, 43 ; Circulaire Ci.RH.831/288.492, Bull.Bel., 1976, n° 551, 1033.

²⁴ M.B., 25 juin 1999.

²⁵ 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".

²⁶ 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.

²⁷ Voir recommandation 24, Doc. Parl., Chambre 2008-2009, 52-0034/004, 248.

²⁸ Voir notamment l'article 62*bis* CTVA, l'article 183 C. Enr., W Reg 100 C. Succ. Et W Reg 205/1 CDTD.

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 indirects²⁹, il a toutefois été clairement prévu qu'il doit toujours s'agir d'informations pertinentes pour pouvoir procéder à la bonne imposition.

23. Certes, les commentaires administratifs existants³⁰ 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. Les contribuables agiront dans ce domaine avec tact et discernement, afin d'éviter des discussions superflues et de ne pas indisposer le contribuable.*"³¹).

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 CIR³², 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.

²⁹ Voir l'article 62*bis* CTVA, l'article 183 C. Enr., l'article 100 C. Succ. Et l'article 205/1 CDTD.

³⁰ 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>.

³¹ Commentaire de la doctrine de l'article 315 du CIR.

³² 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.* (...)"

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 étrangers³³. 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

27. La possibilité d'interprétations discrétionnaires de pouvoirs d'investigation administrative est limitée dans certains pays voisins³⁴ 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 envisagés et exercés 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. 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).

2. Procédure par paliers – caractère subsidiaire de l'enquête auprès de tiers au sens de l'article 322 du CIR

29. La Commission comprend 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

³³ MAUS M., *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 174 e.s.

³⁴ Danemark, Allemagne et Pays-Bas, évoqués dans le rapport de la commission d'enquête.

essence une enquête subsidiaire, qui est subordonnée à l'enquête fiscale auprès du contribuable lui-même³⁵. D'après le Ministre des Finances, des attestations ou renseignements provenant 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^{36 37}. 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 tiers³⁸.

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

30. 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 (article 8 de la CEDH). 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 pas si dans la procédure par paliers, certaines conditions qu'il est préférable de formuler explicitement dans la loi doivent être respectées.

31. 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 demandes³⁹, voir ci-avant).

³⁵ MAUS M., *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 225 e.s.

³⁶ 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.

³⁷ Com.I.R.92, 322/4.

³⁸ Com.I.R.92, 322/15.

³⁹ 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).

4. Obligation de notification annuelle

32. La proposition de loi prévoit une obligation de notification annuelle des établissements (voir ci-avant) concernant tous les comptes ouverts et les nouveaux comptes. Pour l'expliquer, l'Exposé des motifs stipule que le fisc doit pouvoir effectuer son travail de contrôle correctement, donc au moyen de données communiquées au préalable concernant tous les comptes, au lieu de la communication sur demande.

33. Appliquer l'obligation de notification à tous les comptes et opérations de tous les contribuables pour une durée indéterminée semble disproportionné et inefficace car ce n'est que dans une minorité de l'ensemble de la population des contribuables qu'il peut y avoir des indices de fraude fiscale qui peuvent légitimer une communication d'informations à l'administration, et l'on peut encore moins affirmer qu'il serait toujours question de fraude fiscale (grave) ou d'indices de non-déclaration de revenus. La Commission insiste sur le fait que l'administration fiscale, même dans le cas de pouvoirs d'investigation légaux généraux, doit toujours respecter le principe de proportionnalité lors du contrôle fiscal. Il existe également une interdiction légale pour l'administration d'établir d'abord des profils, simplement sur la base du fait de figurer ou non sur les listes annuelles (reprises dans des traitements automatisés), au moyen desquels des décisions sont ensuite prises automatiquement avec des conséquences juridiques pour la personne concernée (article 12 *bis* de la LVP), ce qui met encore en doute l'objectif et l'utilité de l'obligation de notification annuelle.

34. La Commission rappelle les exigences à la lumière de l'article 8 de la CEDH et de l'article 22 de la Constitution, qui supposent une législation (plus) claire décrivant un certain nombre de garanties particulières. La manière dont l'obligation de notification annuelle est actuellement décrite dans la proposition de loi présente quelques lacunes significatives. La Commission souligne les éléments suivants :

- il est évidemment plus proportionnel de prévoir dans le cadre de la déclaration fiscale l'obligation de déclaration pour le contribuable de tous ses comptes. Cette obligation existe déjà actuellement pour les comptes bancaires étrangers (voir l'article 307 du CIR92) ;
- la Commission a pris note de la critique du Conseil d'État⁴⁰ qui mentionnait que la mesure allait bien au-delà de ce qui est nécessaire. Le Conseil d'État soulignait l'applicabilité (extraterritoriale) à tous les comptes, y compris ceux dont ni le titulaire, ni le mandataire ou bénéficiaire n'est un contribuable en vertu du droit belge ;

⁴⁰ Avis n° 47.427/1 du 3 décembre 2009 relatif à une proposition de loi visant à supprimer le secret bancaire, Chambre, 2216/002.

- la Commission souligne qu'elle émet des doutes quant au fait que l'on motive (puisse motiver) suffisamment la raison pour laquelle, et dans quelle mesure, la pratique courante (communication sur demande, notification obligatoire de comptes étrangers dans la déclaration, ...) serait à ce point inadéquate qu'une information préalable par les établissements concernant tous les comptes soit nécessaire ;
- une transmission d'informations répétitive et prévisible à certains moments clés accroît également le risque d'incidents de sécurité (lesdits "security breaches") via des communications interceptées, un usage impropre par l'administration (lesdits "fishing expeditions") ou des tiers ;
- le risque précité augmente dès lors que les modalités d'un tel nouveau traitement ne sont pas réglées (par exemple qui a accès, sous quelles conditions, à cette banque de données supplémentaire, quelle est la procédure d'accès et de rectification de telles données, y a-t-il un enregistrement central et un accès régional avec un contrôle des loggings, etc., y aura-t-il un contrôle préalable par la Commission vie privée lors de toute modification d'une telle nouvelle banque de données, quand les données sont-elles effacées, etc. ?).

35. La Commission estime que dans la formulation actuelle de l'obligation de notification annuelle, la proposition de loi n'est pas suffisamment claire et adéquate.

5. Données relatives à d'anciens titulaires ou mandataires de comptes

36. La proposition de loi prévoit également la communication de l'identité des titulaires ou mandataires de comptes. La Commission s'interroge quant à la signification et à la finalité de cette communication qui n'est en outre pas motivée dans L'Exposé des motifs. Signifie-t-on ainsi également que des informations sur d'anciens comptes clôturés de titulaires peuvent être réclamées ? Par ailleurs, pendant combien de temps les établissements doivent-ils conserver ces données ? De telles obligations implicites de conservation de données doivent être formulées de manière beaucoup plus précise dans une disposition légale claire (article 8 de la CEDH et article 22 de la Constitution).

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

37. 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 demandés⁴¹. La formulation actuelle de l'obligation d'information permet donc à l'administration de toujours informer la personne concernée *a posteriori*.

⁴¹ Article 5 de la proposition de loi.

38. La Commission a plusieurs objections à l'encontre de l'information *a posteriori* des personnes concernées.

- La proposition de loi ne comporte aucune motivation explicite de la raison et du choix du moment de l'information de la personne concernée. La proposition de loi stipule uniquement que les informations doivent donner à la personne concernée la possibilité de contester les indices sur lesquels l'administration fiscale base sa demande de renseignements⁴². Il n'y a par conséquent aucune motivation indiquant qu'une information en temps utile, *a priori*, constituerait un grand obstacle ou risque pour l'enquête administrative fiscale ou la procédure qui en découle. Une information *a priori* garantirait 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.
- L'Exposé des motifs de la proposition de loi ne semble mentionner l'obligation d'information qu'à la lumière d'éventuelles contestations formulées par la personne concernée. Cela semble être une présentation très unilatérale de la situation. 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).

E. Conditions supplémentaires (article 36 *bis* de la LVP)

39. L'échange de données à caractère personnel par le SPF Finances avec des tiers hors du SPF Finances requiert une autorisation préalable du comité sectoriel compétent, actuellement le Comité sectoriel pour l'Autorité fédérale (article 36 *bis* de la LVP).

⁴² Exposé des Motifs de l'article 5 de la proposition de loi.

PAR CES MOTIFS,

40. La lutte contre la fraude fiscale est un objectif légitime qui peut justifier un démantèlement du secret bancaire fiscal, du moins dans la mesure où ce démantèlement est assorti d'une législation de qualité et d'une procédure équilibrée qui prête attention aux droits et intérêts de toutes les parties concernées, aux exigences de transparence et aux recommandations (n° 19 et 24) de la commission d'enquête parlementaire.

41. La Commission estime qu'une *ratio legis* plus précise, une utilisation plus proportionnelle et des garanties de procédure suffisantes (comme la procédure par paliers et une information préalable avant d'interpeler les établissements financiers) sont nécessaires pour équilibrer au maximum les intérêts de toutes les parties concernées (administration fiscale, contribuables concernés et établissements concernés) (article 8 de la CEDH et article 22 de la Constitution), et garantir dans le même temps une approche plus efficace (des formes graves de) fraude fiscale.

42. Vu l'impact, la gravité et le nombre de remarques précitées à la lumière de l'article 8 de la CEDH, de l'article 22 de la Constitution, de l'article 4, § 1, 1° et 3° de la LVP et des articles 9 et 36 *bis* de la LVP, la Commission est contrainte d'émettre un avis négatif quant à la présente proposition de loi.

43. La Commission de la protection de la vie privée se réserve à cet égard le droit de procéder à des évaluations ultérieures concernant les échanges internationaux de données. Elle 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