CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 215.120 du 13 septembre 2011

A. 200.508/XV-1544

En cause : **XXXX**,

ayant élu domicile chez
Mes A. VANDAELE et H. VANDERMEERSCH, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
le ministre des Finances.

LE PRÉSIDENT F.F. DE LA XVe CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ,

Vu la requête unique introduite le 6 juin 2011 par XXXX, en tant qu'elle tend à la suspension de l'exécution de « la décision du 7 avril 2011 du SPF Finances, Inspection Spéciale des impôts de Namur 2, adoptée par Monsieur l'Inspecteur principal-chef de service, A. Graide, par laquelle la partie adverse, après reconsidération, continue à refuser partiellement de communiquer à la partie requérante le dossier fiscal établi à sa charge, plus particulièrement en ce qui concerne la communication de renseignements qui ont été communiqués à l'Inspection Spéciale des impôts par l'administration fiscale française »;

Vu le dossier administratif et la note d'observations déposés par la partie adverse;

Vu le rapport de M. D. DELVAX, auditeur au Conseil d'État;

Vu l'ordonnance du 9 août 2011 fixant l'affaire à l'audience du 8 septembre 2011 à 14 heures;

Vu la notification aux parties du rapport et de l'avis de fixation à l'audience;

Entendu, en son rapport, M. Ph. QUERTAINMONT, conseiller d'État, président de chambre f.f.;

Entendu, en leurs observations, Mes A. VANDAELE et E. SLAUTSKY, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M. F. GROBELNY, inspecteur d'administration fiscale, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. D. DELVAX, auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent ainsi qu'il suit :

1. Par un courrier recommandé daté du 7 janvier 2011, les services de la partie adverse, en l'occurrence l'Inspection spéciale des impôts de Namur 2, informent le requérant, domicilié à XXXX (XXXX), qu'ils ont constaté que des pratiques irrégulières se seraient produites dans son chef pour les exercices d'imposition 2005, 2006 et 2007, et qu'ils sont autorisés en vertu de l'article 333, 3e alinéa, du Code des impôts sur les revenus 1992 à procéder à des investigations.
Cette notification se fonde sur les éléments suivants :

> « En date du 7 juillet 2010, l'administration fiscale française a communiqué des renseignements à l'Administration belge de l'Inspection spéciale des impôts en application de la Convention préventive de la double imposition conclue entre la France et la Belgique le 10.3.1964 et la Directive européenne 77/799/CEE du 19.12.1977.
> De ces informations il ressort que vous êtes renseigné(e) comme étant titulaire, ayant droit, bénéficiaire économique ou mandataire, de un ou plusieurs comptes bancaires dont le code IBAN commence par les lettres "CH" (Suisse).
> En conséquence, l'administration fiscale peut présumer que vous avez perçu des revenus d'origine étrangère.
> Or, nous avons constaté que pour les années 2005, 2006 et 2007 vous n'aviez pas déclaré de revenus d'origine étrangère en matière d'impôt des personnes physiques.
> En application de l'article 333, 3e al. CIR 92, la constatation de telles pratiques irrégulières permet à l'administration fiscale de procéder à des investigations dans le délai supplémentaire de quatre ans après l'expiration du délai de trois ans prenant cours le 1er janvier de l'année qui désigne l'exercice d'imposition pour lequel l'impôt est dû.
> La présente vaut notification préalable prescrite par cette disposition précitée du CIR 92 ».

2. Le 10 janvier 2011, les services de la partie adverse adressent également au requérant, à son adresse en XXXX, une demande de renseignements fondée sur l'article 316 du CIR 92.
Ce questionnaire concerne les déclarations du requérant à l'impôt des personnes physiques pour les exercices d'imposition 2006 à 2010 et il lui est notamment demandé quel(s) compte(s) il détient ou a détenu en qualité de titulaire, ayant droit, bénéficiaire économique ou mandataire auprès d'une institution bancaire, de change, de crédit ou d'épargne étrangère, et quelle est la situation actuelle de ces comptes.
Le requérant est invité à renseigner pour chaque attribution de revenus et par compte, la date, le montant et la nature. Il lui est également demandé, s'il estime que certains des revenus ainsi mentionnés ne sont pas taxables, d'en fournir la motivation.

3. Le 9 février 2011, le requérant, par l'intermédiaire de ses précédents avocats, adresse aux services de l'Inspection spéciale des impôts de Namur une demande d'accès au dossier fiscal, afin de lui permettre de répondre de manière adéquate et en connaissance de cause à la demande de renseignements du 10 janvier 2011.
Cette demande se fonde sur les dispositions de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et développe les considérations suivantes :

> « […]
> Notre client ignore de quels renseignements ou de quelles informations (dont vous avez fait mention dans la lettre enregistrée du 7 janvier 2011) votre Administration disposerait.
> Le courrier recommandé du 7 janvier 2011 ne contient aucun élément concret et/ou précis de ce qui ressortirait de ces informations acquises. Au contraire, la lettre recommandée du 7 janvier 2011 se limite à une description générale de quelques éventuelles hypothèses, sur base desquelles l'Administration fiscale estime pouvoir présumer que notre client aurait perçu des revenus d'origine étrangère qui n'auraient pas été déclarés.
> Dès lors l'Administration ne notifie nullement de manière précise les indices de fraude qui existeraient en ce qui concerne monsieur XXXX pour la période considérée par cette lettre recommandée du 7 janvier 2011.
> […]
> Sur base du droit de la publicité de l'administration, consigné et ancré dans la Constitution, et en vertu des dispositions de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, nous vous demandons, au nom de notre client, d'autoriser la consultation du dossier fiscal intégral. À cette occasion nous solliciterons éventuellement la remise d'une copie de certains documents.
> Sous l'angle des principes de bonne administration il apparaît qu'une autorité fiscale est tenue à offrir une transparence totale en ce qui concerne la validité de ses actes et de son action. Toute appréciation quant à la validité de la notification du 7 janvier 2011 et de la demande de renseignements du 10 janvier 2011 est rendue impossible pour le contribuable, tant que celui-ci n'a pas pu avoir accès au dossier intégral.
> […] ».

4. Le 11 février suivant, les services de l'Inspection spéciale des impôts de Namur 2 répondent aux précédents avocats du requérant que la consultation de son dossier fiscal est refusée.

Ce refus se fonde sur l'argumentation suivante :

> « […]
> Je ne peux réserver une suite favorable à votre requête en vertu de l'application de l'article 6, § 2, 2° de la loi précitée [du 11 avril 1994]. En effet, l'exception qui y est prévue, tirée de l'obligation de secret instaurée par une loi, a un caractère absolu.
> En l'occurrence, l'obligation de secret est celle liée à une instruction ou une information pénale.
> Les articles 28*quinquies* et 57 du Code d'Instruction Criminelle prescrivent en effet le secret, sous peine des sanctions prévues à l'article 458 du Code Pénal, à ceux qui interviennent à titre professionnel dans le cadre d'une instruction ou d'une information pénale.
> Or, des éléments contenus dans les informations reçues de l'étranger concernant la détention de comptes bancaires par des contribuables belges ont été communiqués au Ministère Public à sa demande et ont donné lieu à l'ouverture de deux dossiers judiciaires aux Parquets de Bruxelles et d'Anvers, respectivement sous les numéros de notice : XXXX et XXXX.
> Quant à la demande de renseignements adressée à votre client, les quatre questions posées concernant le(s) compte(s) qu'il détient auprès d'une institution étrangère sont simples et ne demandent, à mon estime, aucune recherche particulière. Cela est particulièrement vrai pour la première question. En effet, il lui est simplement demandé de fournir des renseignements d'ordre général relatifs au(x) compte(s) qu'il détient à l'étranger, en quelque qualité que ce soit.
> […] ».

5. Le 23 février 2011, les précédents avocats du requérant adressent aux services de la partie adverse une demande de reconsidération du refus de consultation du dossier, demande visée à l'article 8, § 2, de la loi du 11 avril 1994.

Cette demande précise qu'elle concerne spécifiquement l'accès aux informations fournies par l'administration fiscale française et développe longuement les arguments suivants :

> « 1. La demande de consultation et de communication sous forme de copie concerne le dossier fiscal intégral au nom de notre client, et plus particulièrement les renseignements et informations que l'administration fiscale française a communiqué(s) à l'administration belge de l'ISI.
> L'obligation de secret prévue à l'article 28*quinquies*, § 1, al. 2 du Code d'Instruction Criminelle ne concerne que les informations des Parquets de Bruxelles et d'Anvers et donc les dossiers pénales (*sic*) constitués dans le cadre de ces informations.
> Ainsi l'obligation de secret prévue à l'article 28*quinquies*, § 1, al. 2 du Code d'Instruction Criminelle ne peut nullement s'étendre au dossier fiscal intégral de notre client tenu par votre administration.

Pour cette raison la décision de rejet du 11 février 2011 est incorrecte.

2. La demande de consultation et de communication sous forme de copie concerne bien entendu essentiellement les renseignements et informations que votre administration a obtenu(s) de l'administration fiscale française. Ce sont en effet ces renseignements et informations qui forment la base aussi bien de votre lettre recommandée du 7 janvier 2011 que de votre lettre recommandée du 10 janvier 2011.
Dans votre courrier recommandé du 7 janvier 2011 vous avez explicitement confirmé que votre administration a obtenu ces renseignements et informations directement de l'administration fiscale française.
Il ne s'agit donc nullement de renseignements ou informations qui auraient été réunis dans le cadre d'une information par le Parquet ou par la Police Judiciaire Fédérale et qui ensuite seraient arrivés dans le dossier fiscal de notre client, bien au contraire.
Aussi pour cette raison la décision de rejet du 11 février 2011 est incorrecte.

3. Sur base du droit de la publicité de l'administration, consigné et ancré dans la Constitution, toute obligation de secret fait exception au droit de la publicité de l'administration et pour cette raison toute obligation de secret doit être interprétée de manière restrictive et doit être appréciée de manière concrète.
C'est pourquoi votre administration doit nécessairement prendre en considération l'intention du Législateur quant à l'article 28*quinquies* du Code d'Instruction Criminelle.
Le secret de l'information tend d'une part à éviter que l'information soit contrariée et d'autre part à éviter que de la publicité inutile soit donnée à cette affaire.
La demande de consultation (éventuellement aussi la demande de communication sous forme de copie), qui concerne en substance et particulièrement les renseignements et informations que votre administration a obtenu(s) directement de l'administration fiscale française, est entièrement étrangère non seulement à l'obligation de secret visée à l'article 28*quinquies* du Code d'Instruction Criminelle en tant que telle mais également à ce que le Législateur a cherché à réaliser et à protéger par le secret de l'information visée à l'article 28*quinquies* du Code d'Instruction Criminelle.
Aussi pour cette raison la décision de rejet du 11 février 2011 est incorrecte.

4. Finalement nous devons invoquer que l'obligation de secret visée à l'article 28*quinquies* du Code d'Instruction Criminelle ne peut nullement impliquer ou viser l'administration de l'ISI et/ou ses fonctionnaires.
L'obligation de secret visée à l'article 28*quinquies* du Code d'Instruction Criminelle s'applique - entre autres - aux magistrats des Parquets, officiers de police, greffiers, interprètes, etc. qui sont effectivement appelés à prêter leur concours professionnel à l'information.
En vertu de l'article 463, alinéa 1 CIR92 les fonctionnaires de l'administration de l'ISI ne peuvent être entendus que comme témoins. Il leur est donc interdit de prêter leur concours professionnel à l'information.
Dès lors un fonctionnaire de l'ISI ne peut nullement être considéré comme étant une personne visée à l'article 28*quinquies* du Code d'Instruction Criminelle, qui est tenue au secret dans le cadre d'une information.

Aussi pour cette quatrième raison la décision de rejet du 11 février 2011 est incorrecte.
[..] ».

À la même date du 23 février, les conseils du requérant adressent une copie de leur demande de reconsidération à la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs, en lui demandant de formuler un avis.

6. En sa séance du 14 mars 2011, la Commission précitée, section publicité de l'administration, émet l'avis n° 2011-30, favorable à la thèse défendue par le requérant, en considérant que l'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994 combiné à l'article 28*quinquies*, § 1er, du Code d'Instruction criminelle ne peut valablement être invoqué par l'administration fiscale pour refuser l'accès au dossier administratif.
Sur le bien-fondé de la demande, l'avis est rédigé ainsi qu'il suit :

« L'article 32 de la Constitution et la loi du 11 avril 1994 partent du principe de la publicité de tous les documents administratifs. L'accès ne peut être refusé que si une ou plusieurs exceptions peuvent être invoquées.
La Commission constate que l'ISI Anvers 1 (*lire sans doute* : Namur 2) invoque l'article 6, § 2, 2° de la loi du 11 avril 1994 combiné à l'article 28*quinquies*, § 1er, du Code d'Instruction criminelle. L'article 28*quinquies* 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 de la préparation parlementaire 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 que cela 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 et l'autorité du ministère public. Il ressort de la préparation parlementaire 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 au 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.
La Commission estime qu'il n'est pas opportun d'invoquer l'article 6, § 2, 2° de la loi du 11 avril 1994 combiné à l'article 28*quinquies*, § 1er, du Code d'Instruction criminelle pour refuser la consultation. L'article 28*quinquies*, § 1er du Code

d'Instruction criminelle stipule 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. II est dès lors interdit aux fonctionnaires de l'administration fiscale de collaborer activement à l'information ou à l'instruction. Ils ne peuvent pas intervenir à titre d'expert ni participer à des perquisitions, des descentes sur les lieux ou des auditions. (Cour de Cassation, 17 décembre 2008, AR P.2008.0878.F, à consulter sur www.cass.be). Le fait que l'information à laquelle il est demandé accès fasse également l'objet d'une information n'empêche pas qu'il s'agisse toujours d'un document administratif au sens de la loi du 11 avril 1994. À l'article 1er, deuxième alinéa, 2°, de la loi un "document administratif' est en effet décrit comme "toute information, sous quelque forme que ce soit, dont une autorité administrative dispose". L'information et l'instruction sont en effet indépendantes de l'enquête fiscale.

La Commission n'exclut toutefois pas que d'autres motifs d'exception empêchent totalement ou en partie la divulgation des informations.

Tout d'abord, elle souhaite attirer l'attention sur l'article 6, § 1er, 5° 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 si elle a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection de la recherche ou de la poursuite de faits punissables. Ce motif d'exception devrait être invoqué s'il devait apparaître que la publicité peut entraver, voire même rendre impossible, la recherche ou la poursuite de faits punissables. Si tel est le cas, l'ISI doit le démontrer concrètement et cela doit faire l'objet d'une mise en balance des intérêts entre d'une part, l'intérêt général servi par la publicité et d'autre part, l'intérêt protégé.

Ensuite, la Commission souhaite attirer l'attention sur l'article 6, § 1er, 6° 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 si elle a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection d'un intérêt économique ou financier fédéral, la monnaie ou le crédit public. Il ressort de la pratique d'avis de la Commission et de la jurisprudence du Conseil d'État que l'intérêt fiscal doit être considéré comme faisant partie de l'intérêt économique ou financier fédéral. Dès lors, dans la mesure où la publicité porte préjudice à cet intérêt et où l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas, l'ISI peut, moyennant une motivation concrète et pertinente, refuser la divulgation de ces informations.

II est également possible que le document demandé reprenne des informations portant sur des tiers. Dans ce cas, l'accès à ces informations doit être refusé sur la base de l'article 6, § 2, 1° et sur la base de l'article 6, § 2, 2°. Dans le premier cas, une autorité administrative fédérale ou non-fédérale ne peut pas donner accès aux informations portant sur des tiers si la publicité du document administratif porte préjudice au respect de la vie privée de ces tiers. Dans le deuxième cas, la divulgation d'informations portant sur des tiers doit être refusée en raison d'une obligation de réserve imposée par l'article 337 du CIR 92. Toutefois, ces motifs d'exception ne peuvent pas être invoqués à l'égard des demandeurs dans la mesure où ces informations portent sur leur client.

La Commission souhaite insister sur le fait que, sur la base de l'article 6, § 4 de la loi du 11 avril 1994, toutes les informations contenues dans un document administratif qui n'entrent pas dans la définition d'un motif d'exception doivent être divulguées.
[…] ».

7. Néanmoins, en date du 7 avril 2011, le fonctionnaire compétent des services de l'Inspection spéciale des impôts de Namur 2 informe les précédents avocats du requérant qu'il a été décidé de ne pas suivre l'avis de la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs et, par conséquent, de ne pas faire droit à la demande d'accès intégral au dossier fiscal, les renseignements reçus de l'administration fiscale française ne pouvant leur être communiqués.
Cette décision de refus, qui constitue l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée au Conseil d'État, est ainsi libellée :

« […]
Vous soutenez que l'administration ne peut invoquer l'exception prévue à l'article 6, § 2, 2° de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration en combinaison avec l'article 28*quinquies*, § 1 du Code d'Instruction Criminelle.
En même temps que votre demande de reconsidération, vous avez introduit une demande d'avis à la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs (ci-après la Commission).
Dans son avis, communiqué à l'Administration le 24/03/2011, la Commission estime que l'article 6, § 2, 2° de la loi du 11 avril 1994 ne peut être invoqué en combinaison avec l'article 28*quinquies*, § 1 du Code d'Instruction Criminelle.
L'administration ne partage pas cette position.
En vertu de l'article 6, § 2, 2° de la loi du 11 avril 1994, la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif doit être rejetée si la publication du document administratif porte atteinte à une obligation de secret instaurée par la loi.
Cette "obligation de secret instaurée par la loi" concerne, entre autres, celle prévue par l'article 28*quinquies*, § 1 du Code d'Instruction Criminelle.
Cette dernière disposition prévoit en effet que "sauf les exceptions prévues par la loi, l'information est secrète. Toute personne qui est appelée à prêter son concours professionnel à l'information est tenue au secret. Celui qui viole ce secret est puni des peines prévues à l'article 458 du Code pénal."
L'article 28*quinquies*, § 1 a été inséré dans le Code d'Instruction Criminelle par l'article 5 de la loi du 12 mars 1998 (loi Franchimont) relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'Instruction.
Pour la réforme Franchimont, le secret est un principe de base de l'information et de l'Instruction. Ce principe vise à faire respecter la présomption d'innocence et la vie privée des personnes concernées.
D'autre part, le secret de l'information et de l'instruction a pour but de donner au procureur du Roi et au juge d'instruction une liberté aussi large que possible pour mener leurs investigations de manière unilatérale. Le secret est nécessaire vu qu'une communication prématurée pourrait faire perdre des éléments de preuve importants.

Comme la Commission, vous êtes d'avis que la disposition "Toute personne qui est appelée à prêter son concours professionnel à l'information est tenu au secret" n'est pas applicable aux agents de l'ISI puisque ceux-ci ne peuvent intervenir à titre professionnel dans une information qu'en qualité de témoin comme prévu à l'article 463 du CIR92.
La loi du 4 août 1986, dite Charte du contribuable, applicable à partir du 1er février 1987 a restreint la collaboration des fonctionnaires fiscaux à l'enquête pénale.
L'article 463 du CIR92, inséré par l'article 63 de la loi du 4 août 1986, prévoit que les fonctionnaires des contributions directes et de l'inspection spéciale des impôts ne peuvent être entendus qu'en tant que témoin.
En application de cette modification législative, les fonctionnaires ne peuvent plus intervenir en qualité d'expert ni participer activement aux perquisitions, aux saisies, aux auditions, aux confrontations et aux commissions rogatoires.
Une collaboration n'en reste pas moins possible, même après la loi du 4 août 1986, entre d'une part les autorités judiciaires et d'autre part les fonctionnaires fiscaux.
Dans le cadre de la Charte, les fonctionnaires sont toujours habilités à fournir des renseignements au parquet ou au juge d'instruction et même à leur communiquer le dossier fiscal, ainsi que cela l'a été confirmé à plusieurs reprises dans les travaux préparatoires de la loi du 4 août 1986 (voir Sénat, 310, 1985-1986, n° 2/2°, p. 20 et la Chambre, 576, 1985-1986, n° 7, p. 49 et 102).
L'administration peut, spontanément ou sur demande, fournir au procureur du Roi ou au juge d'instruction toutes les informations ou pièces utiles. La loi du 4 août 1986 n'a rien changé en cette matière (Cass. 29 maart 1994, F.J.F. nr. 94, 200; GOEMINE Ph., Réflexions relatives à la sécurité juridique du contribuable, R.D.P., 1987, 843-904).
L'article 337, 2ème al. CIR 92 prévoit d'ailleurs expressément que les fonctionnaires de l'administration des contributions directes sont autorisés à communiquer, entre autres, aux parquets et aux greffes des cours et de toutes les juridictions, les renseignements qui leur sont nécessaires pour assurer l'exécution des dispositions légales ou réglementaires dont ils sont chargés.
L'administration a prêté son concours professionnel à l'information pénale vu qu'elle a communiqué les renseignements en sa possession aux parquets de Bruxelles et d'Anvers, et cela respectivement à la demande du procureur P. Gérard le 25 août 2010 et du procureur P. Van Calster le 2 septembre 2010.
Ces renseignements font actuellement l'objet d'une information aux parquets d'Anvers et de Bruxelles, respectivement sous les numéros de notice XXXX et XXXX.
L'Administration maintient donc sa position selon laquelle l'accès et la communication sous forme de copie des renseignements en provenance de l'administration fiscale française doit être refusée conformément à l'article 6, § 2, 2° de la loi du 11 avril 1994 combiné à l'article 28*quinquies*, §1 du Code d'instruction criminel(le).
[…] »;

Considérant que la partie adverse soulève dans sa note d'observations une exception d'irrecevabilité de la demande de suspension; qu'elle fait valoir que l'acte attaqué est une décision de refus, qui ne nécessite aucune mesure d'exécution particulière, de sorte que la demande de suspension n'aurait pas d'objet; qu'elle

estime qu'un arrêt de suspension n'accorderait pas au requérant le droit de consulter les documents souhaités, car à la différence d'un arrêt d'annulation un arrêt de suspension, qui ne porte que sur l'exécution de l'acte, n'obligerait pas la partie adverse à statuer à nouveau sur la demande de reconsidération, de sorte que la suspension n'apporterait aucune satisfaction tangible à la partie requérante, et que la demande est donc irrecevable;

Considérant que la demande de suspension est l'accessoire de la requête en annulation; qu'en l'absence de disposition législative expresse en sens contraire, l'exécution d'un acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation est susceptible de suspension; qu'il en va d'autant plus ainsi qu'en l'espèce la partie adverse a précisé dans son courrier du 7 avril 2011 que l'article 8 de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration vous ouvre « le droit d'introduire un recours contre la présente décision conformément aux lois sur le Conseil d'État… »; qu'en cas de suspension de l'exécution de la décision de refus critiquée, le requérant qui introduirait une nouvelle demande ne pourrait se voir opposer un refus qui méconnaîtrait les motifs soutenant le dispositif de l'arrêt de suspension; qu'enfin, la partie adverse doit, à la suite d'un arrêt de suspension, décider si elle demandera ou non la poursuite de la procédure; qu'il n'est pas exclu qu'à cette occasion elle revoie sa position, ni qu'elle s'abstienne de demander la poursuite de la procédure; qu'il y a dès lors lieu d'admettre que le requérant tirerait un profit de la suspension de l'acte attaqué, quand bien même il n'en découlerait pas automatiquement qu'il a le droit d'accéder aux documents demandés; que l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse ne peut être accueillie;

Considérant qu'à l'appui de son recours en suspension le requérant soulève un moyen unique pris de la violation de l'article 32 de la Constitution, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, en particulier de ses articles 4 et 6, § 2, 2°, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que du principe de minutie en tant que principe de bonne administration; qu'en substance, il estime que la décision de refus attaquée fait usage à tort de l'exception visée à l'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994, en invoquant l'obligation de secret de l'information telle qu'imposée par l'article 28*quinquies*, § 1er, du Code d'instruction criminelle; qu'il expose que l'exception visée à l'article 6, § 2, 2°, peut uniquement être appliquée lorsque l'autorité concernée constate à l'issue d'une appréciation *in concreto* que la publicité « porte atteinte » à l'intérêt à protéger et, qu'en l'espèce, l'acte attaqué ne procède pas à une appréciation des raisons pour lesquelles la consultation du dossier fiscal porterait concrètement atteinte au secret de l'information qu'il convient de protéger en vertu de l'article 28*quinquies*, § 1er, du Code d'instruction criminelle; que le

requérant souligne qu'en vertu de l'article 32 de la Constitution et de l'article 4 de la loi du 11 avril 1994, il dispose du droit fondamental de consulter son dossier fiscal dès le moment où il apprend que des difficultés avec le fisc sont apparues, et que si la partie adverse invoque l'exception « absolue » prévue à l'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994 pour laquelle – contrairement à ce qui est prévu pour les exceptions « relatives » de l'article 6, § 1er – aucune balance des intérêts n'est requise, il est cependant nécessaire de nuancer cette distinction entre les exceptions obligatoires absolues et relatives, car cette distinction n'implique pas que les exceptions « absolues » puissent être invoquées de manière absolue, sans que l'administration ne soit tenue à rechercher au préalable, dans le cas d'espèce, si, en autorisant la consultation, il est bel et bien « porté atteinte » à l'intérêt à protéger (*in casu* l'obligation de secret);

Considérant que le requérant expose ensuite qu'il est donc nécessaire d'examiner la portée et la *ratio legis* du caractère secret de l'information, tel que prévu à l'article 28*quinquies*, § 1er, du Code d'instruction criminelle; qu'à cet égard, il soutient que la partie adverse interprète trop largement le but de l'obligation de secret de l'information prévue à l'article 28*quinquies* et l'applique pour un but distinct non protégé par cet article; qu'il soutient que la partie adverse a perdu de vue, tout d'abord, la portée matérielle du secret de l'information prévu à l'article 28*quinquies* précité, ce secret concernant uniquement l'information qui est menée par le parquet compétent et en particulier le dossier pénal rassemblé dans le cadre de cette information, alors que la demande d'accès du requérant concerne son dossier fiscal et plus particulièrement les informations et renseignements que l'administration de l'Inspection spéciale des impôts a reçus de l'administration fiscale française en application de la Convention préventive de la double imposition entre la France et la Belgique; que le requérant ajoute que la partie adverse perd de vue la portée personnelle limitée du secret de l'information et le fait que l'article 28*quinquies*, § 1er, du Code d'instruction criminelle ne prévoit le secret de l'information que pour « toute personne qui est appelée à prêter son concours professionnel à l'information », alors que les fonctionnaires de l'Inspection spéciale des impôts ne doivent pas prêter leur concours professionnel à l'information, la collaboration des fonctionnaires fiscaux à l'enquête pénale étant interdite, à peine de nullité de l'acte de procédure conformément à l'article 463, premier alinéa, du C.I.R. 92; que le requérant conclut que l'obligation de secret prévue à l'article 28*quinquies*, § 1er, du Code d'instruction criminelle ne concerne par conséquent que les informations qui ont été rassemblées dans le cadre des diverses enquêtes d'information menées lors de l'enquête préliminaire par le parquet et qui par la suite font partie du dossier pénal, en sorte que l'acte attaqué invoque à tort l'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994 combiné à l'article 28*quinquies*, § 1er, du Code précité pour lui refuser l'accès à son dossier

fiscal, pour ce qui concerne les renseignements reçus de l'administration fiscale française;

Considérant que la partie adverse, dans sa note d'observations, se réfère à l'acte attaqué, lequel est formellement motivé et expose clairement selon elle les raisons pour lesquelles elle a estimé, s'écartant de l'avis de la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs, que les agents de l'Inspection spéciale des impôts peuvent se prévaloir du secret invoqué; qu'elle souligne, quant à l'appréciation *in concreto* de l'atteinte à une obligation de secret, qu'elle a d'abord opposé une première décision de refus partiel, mais qu'en réponse à la demande de reconsidération et tenant compte de l'avis de la Commission d'accès, elle a davantage explicité sa position; qu'elle ajoute que la décision attaquée doit être lue avec la première décision de refus du 11 février 2011 dont elle constitue tout à la fois la confirmation et l'explicitation, dès lors que l'acte attaqué s'insère dans un échange suivi de correspondances; qu'elle estime qu'il ressort clairement des considérations contenues dans ces deux décisions que les informations fournies par l'administration fiscale française ont suscité l'ouverture de deux dossiers judiciaires aux parquets de Bruxelles et d'Anvers et qu'une communication prématurée pourrait faire perdre des éléments de preuve importants, ce qui constitue l'un des soucis du législateur qui a entendu maintenir le secret de l'information et de l'instruction; que la partie adverse conclut qu'elle a apprécié très concrètement en quoi la publicité de l'administration *in specie* portait atteinte à l'obligation de secret instaurée par le Code d'instruction criminelle;

Considérant que l'article 32 de la Constitution porte que « chacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 »; que chacun a intérêt à agir en vue du respect de ce droit fondamental et à contester les refus de consultation qui lui sont opposés;

Considérant que l'article 6, § 2, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration prévoit notamment que :

> « L'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;
> […] »;

que cette exception à une disposition établissant un droit fondamental doit être interprétée restrictivement, et que cette obligation de secret ne pourrait être invoquée

systématiquement à l'appui de tout refus de communication d'un dossier fiscal, sans vider le principe de la publicité des actes administratifs de toute portée à l'égard des administrations fiscales, ce qui n'a jamais été l'intention du législateur et irait à l'encontre des objectifs poursuivis par le Constituant; qu'il s'ensuit aussi que chaque chef de refus par l'autorité administrative doit faire l'objet d'une motivation *in concreto*;

Considérant qu'en l'espèce la partie adverse, se fondant sur l'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994, refuse de faire droit à la demande d'accès à des informations communiquées par l'administration fiscale française au motif que les services de l'Inspection spéciale des impôts, en ayant transmis ultérieurement ces informations au procureur du Roi, sont désormais tenus par le secret de l'instruction prévu par l'article 28*quinquies*, § 1er, du Code d'instruction criminelle;

Considérant que ce dernier article, inséré dans le Code 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, dispose comme suit :

> « Sauf les exceptions prévues par la loi, l'information est secrète. Toute personne qui est appelée à prêter son concours professionnel à l'information est tenue au secret. Celui qui viole ce secret est puni des peines prévues à l'article 458 du Code pénal. »;

Considérant toutefois que l'article 463 du Code des impôts sur les revenus 1992 – inséré dans la partie relative aux sanctions pénales – énonce ce qui suit :

> « Sous peine de nullité de l'acte de procédure, les fonctionnaires de l'administration des contributions directes et de l'administration de l'Inspection spéciale des impôts ne peuvent être entendus que comme témoins.
> [..] »;

qu'à cet égard, la Cour de cassation, dans ses arrêts du 29 mars 1994 et du 17 décembre 2008, a jugé que la disposition de l'article 463 précité implique 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; que la circonstance que les informations obtenues par l'administration belge de l'administration fiscale française et auxquelles le requérant demande à avoir accès, fassent également l'objet d'une information judiciaire, n'empêche pas qu'il s'agisse toujours de « documents administratifs » au sens de la loi du 11 avril 1994; qu'il en découle également qu'en soutenant qu'en raison de la communication au procureur du Roi des informations transmises par l'administration fiscale française, les fonctionnaires de l'Inspection spéciale des impôts auraient participé à l'information judiciaire diligentée par le parquet et seraient par là tenus au secret de l'information, la partie adverse a fait une interprétation erronée des articles 463 du C.I.R. 92 et 28*quinquies* du Code d'instruction criminelle et, par voie de conséquence, a violé l'article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994; que le moyen unique invoqué à l'appui de la demande de suspension est à ce point de vue sérieux;

Considérant qu'au titre du risque de préjudice grave et difficilement réparable que lui occasionnerait l'exécution immédiate de l'acte attaqué, la partie requérante fait valoir qu'elle « est confrontée à une situation qui porte gravement atteinte à ses droits de la défense ainsi qu'à d'autres droits fondamentaux dont elle dispose, et plus particulièrement, à son droit à la publicité de l'administration »; que concrètement, le requérant indique :

- qu'à défaut d'avoir accès aux pièces pertinentes de son dossier, il est incapable, d'évaluer sa situation fiscale, sur la base de laquelle il devrait pouvoir organiser sa défense de façon adéquate; il précise qu'il était, en vertu de l'article 316 du C.I.R. 92, tenu de répondre dans le mois au courrier qui lui a été adressé le 10 janvier 2011, que la partie adverse l'a informé de l'existence d' « indices de fraude fiscale » dans son chef, sans cependant mentionner de quels « indices » il s'agirait, et que le seul fait d'être ou non « titulaire, ayant droit, bénéficiaire économique ou mandataire » d'un compte en banque étranger ne constitue en soi aucune indication du fait de recevoir ou non, des revenus de l'étranger;
- qu'en raison de l'acte attaqué, il n'est aucunement en mesure d'anticiper au plus tôt un éventuel avis rectificatif de la déclaration conformément à l'article 346 du C.I.R. 92 ou d'anticiper une éventuelle taxation d'office conformément à l'article 351 du C.I.R. 92; le requérant précise que ce dernier article prévoit la possibilité pour l'administration de procéder à une taxation d'office, à charge pour le requérant de faire valoir ses observations par écrit, dans un délai d'un mois à compter de l'envoi de l'avis rectificatif, à nouveau sans avoir la possibilité d'accès à son dossier fiscal et

alors qu'aucun élément n'indique que la partie adverse pourrait modifier son attitude à cet égard dans le futur;
- que, le cas échéant, dans une phase ultérieure – après qu'une taxation d'office ait été imposée – il ne sera pas davantage en position pour évaluer l'utilité ou non d'un éventuel recours administratif;

Considérant que le requérant fait en outre valoir que la violation de ses droits de la défense implique un préjudice grave, vu que cette violation peut provoquer un dommage par un supplément d'imposition, des intérêts de retard et augmentations d'impôts à sa charge, qui peut être évité dans le cas où il aurait la possibilité de consulter son dossier fiscal de manière utile; qu'il ajoute que la seule violation des droits de la défense en raison d'un refus d'accès au dossier fiscal est d'ailleurs en soi un préjudice grave, qui concerne l'essence même de la méconnaissance de la finalité du droit d'accès aux documents administratifs, droit protégé par la Constitution;

Considérant que la partie adverse, dans sa note d'observations, reprend notamment l'argumentation déjà exposée à l'appui de l'exception d'irrecevabilité de la demande de suspension qu'elle avait soulevée précédemment; qu'elle souligne que le requérant se méprend sur les effets qu'aurait un arrêt de suspension, étant donné que dans ce cas seule l'exécution de l'acte attaqué est suspendue, l'acte en lui-même existant toujours tant qu'aucune annulation n'est intervenue, en sorte qu'en cas de suspension elle n'aura nullement l'obligation de reprendre position; que la partie adverse expose que dans une hypothèse comme celle faisant l'objet du présent recours, « croire qu'un arrêt de suspension l'amènera à revoir sa copie relève de la pure hypothèse, la question étant de principe et méritant assurément que le Conseil d'État la traite au fond »; qu'elle en déduit qu'un arrêt de suspension ne permettrait pas de lever le risque de préjudice grave difficilement réparable invoqué par le requérant, à supposer ce risque de préjudice établi, et qu'en tout état de cause le raisonnement du requérant concernant l'effet « éducatif » utile d'un arrêt de suspension prononcé vis-à-vis d'une décision de refus d'accès aux documents administratifs, en soi, ne démontre nullement l'existence d'un risque de préjudice grave et difficilement réparable;

Considérant que la partie adverse ajoute, quant aux droits de la défense, à l'avis de rectification et à l'imposition d'office, qu'il est inexact que le refus d'accès du requérant à la totalité de son dossier fiscal relève de la violation des droits de la défense; qu'elle expose que le principe du respect des droits de la défense impose à l'administration de permettre à l'administré de se défendre utilement lorsqu'elle envisage de prendre une mesure à caractère punitif à l'égard de ce dernier, et que

force est de constater qu'en l'espèce, à ce stade de la procédure, il n'est nullement question d'une quelconque mesure à caractère punitif, le requérant ayant actuellement reçu une notification prévue à l'article 333, alinéa 3, du C.I.R. 92 (notification d'indices de fraude fiscale ouvrant le délai supplémentaire d'investigations de quatre ans) ainsi qu'une demande de renseignements concernant des comptes qu'il détiendrait auprès d'une institution bancaire étrangère, en sorte qu'il n'y aurait lieu à application des droits de la défense qu'à partir du moment où une décision défavorable au contribuable serait prise, *quod non est in casu*; qu'elle indique, quant au risque de taxation d'office, que celui-ci ne résulte aucunement de la décision attaquée et que s'il y a taxation d'office, ce n'est pas parce que l'accès à l'intégralité de son dossier fiscal a été refusé au requérant mais parce que celui-ci s'est abstenu de répondre à la demande de renseignements dans le délai requis;

Considérant qu'en réponse à l'allégation du requérant selon laquelle le refus d'accès à la pièce émanant de l'autorité fiscale française provoque un préjudice grave et difficilement réparable en ce sens qu'il ne lui est ainsi pas permis d'évaluer sa propre situation en connaissance de cause, la partie adverse souligne que l'intéressé connaît mieux que l'administration fiscale sa propre situation, l'administration étant précisément contrainte de lui demander des informations complémentaires;

Considérant qu'il ressort du contexte du dossier et des courriers adressés au requérant – spécialement la lettre du 7 janvier 2011 l'informant qu'il a été constaté que des pratiques irrégulières se seraient produites dans son chef pour les exercices d'imposition 2006 à 2008, ainsi que la demande fondée sur l'article 316 du C.I.R. 92 qui lui a été adressée le 10 janvier suivant – qu'il est actuellement dans l'impossibilité de déterminer la position à adopter au regard des investigations et de la demande de renseignements formulée par la partie adverse; qu'il y a également lieu de constater, au vu de la position adoptée par la partie adverse, qu'aussi longtemps que l'information judiciaire se poursuivra, l'accès intégral à son dossier fiscal risque d'être refusé au requérant;

Considérant que l'impossibilité pour un contribuable d'évaluer sa situation fiscale en connaissance de cause, faute d'accès à l'intégralité de son dossier administratif, en particulier afin de juger si l'introduction d'une réclamation contre l'imposition contestée pourrait être utile, constitue un préjudice qui concerne l'essence même de la méconnaissance de la finalité du droit d'accès aux documents administratifs, protégé par la Constitution; qu'à ce titre, un tel préjudice doit être considéré comme grave; que s'il est vrai, comme le souligne la partie adverse, qu'à l'heure actuelle aucune décision formalisée n'a été prise à l'égard du requérant

concernant d'éventuels suppléments d'imposition ou des amendes fiscales, et que si un préjudice financier est par nature réparable, il apparaît néanmoins que les investigations menées par l'Inspection spéciale des impôts en rapport avec des pratiques irrégulières qui se seraient produites dans le chef du requérant, nécessitent que celui-ci ait, dès ce stade, accès à toutes les pièces utiles se trouvant en possession de l'administration et qui ont trait à sa situation fiscale personnelle; que la circonstance qu'une décision lui refuse cet accès constitue un préjudice grave qui ne peut être réparé que par la suspension de l'exécution de cette décision;

Considérant qu'il se déduit de ces différentes considérations que le requérant peut dans les circonstances de l'espèce se prévaloir d'un risque de préjudice grave difficilement réparable;

Considérant que les conditions prescrites par l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État pour que la suspension puisse être ordonnée sont réunies;

Considérant qu'à l'audience du 8 septembre 2011, le requérant a sollicité la dépersonnalisation du présent arrêt en application de l'article 2, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 7 juillet 1997 relatif à la publication des arrêts et des ordonnances de non-admission du Conseil d'État; qu'il convient de faire droit à cette demande,

D É C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la décision du 7 avril 2011 du SPF Finances, Inspection spéciale des impôts de Namur 2, par laquelle la partie adverse, après reconsidération, refuse l'accès et la communication sous forme de copie des renseignements en provenance de l'administration fiscale française concernant M. XXXX.

Article 2.

Lors de la publication du présent arrêt, l'identité du requérant sera omise.

Article 3.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XVe chambre siégeant en référé, le treize septembre deux mille onze par :

M. Ph. QUERTAINMONT, président de chambre f.f.,
M. R. GHODS, greffier assumé.

Le Greffier assumé, Le Président f.f.,

R. GHODS Ph. QUERTAINMONT