



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 65.512/4
du 15 avril 2019

sur

un avant-projet de décret de la Communauté française 'relatif
aux modalités de participation à la concertation visée à
l'article 458*ter* du Code pénal'

Le 22 février 2019, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre-Président du Gouvernement de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret 'relatif aux modalités de participation à la concertation visée à l'article 458*ter* du Code pénal'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 15 avril 2019. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc DETROUX et Bernard BLERO, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été rédigé par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 15 avril 2019.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet[‡], à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉ PRÉALABLE

L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)', combiné avec l'article 57, paragraphe 1^{er}, c), et le considérant 96 de ce règlement, prévoit une obligation de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

L'avant-projet est de nature, par son objet, à impliquer le traitement de données à caractère personnel. L'article 11 de l'avant-projet en témoigne¹.

L'avis de l'Autorité de protection des données doit par conséquent être recueilli.

Il sera veillé à l'accomplissement de cette formalité préalable.

[‡] S'agissant d'un avant-projet de décret, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ Il est à noter que cette disposition est inutile dans la mesure où elle ne fait que reproduire une disposition par ailleurs déjà prévue par le législateur fédéral, seul compétent en la matière, et qui s'impose à tout traitement de données à caractère personnel.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. La nécessité d'une clarification de la portée de l'avant-projet

1. Selon l'exposé des motifs de l'avant-projet à l'examen, par l'adoption de celui-ci, la Communauté française entend « se doter d'un texte légal qui puisse protéger son personnel et donner à ses agents une ligne de conduite en cas d'invitation à [des] concertations de cas » organisées conformément à l'article 458^{ter} du Code pénal, qui dispose :

« § 1^{er}. Il n'y a pas d'infraction lorsqu'une personne qui, par état ou par profession, est dépositaire de secrets, communique ceux-ci dans le cadre d'une concertation organisée soit par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, soit moyennant une autorisation motivée du procureur du Roi.

Cette concertation peut exclusivement être organisée soit en vue de protéger l'intégrité physique et psychique de la personne ou de tiers, soit en vue de prévenir les délits visés au Titre I^{ter} du Livre II ou les délits commis dans le cadre d'une organisation criminelle, telle qu'elle est définie à l'article 324^{bis}.

La loi, le décret ou l'ordonnance, ou l'autorisation motivée du procureur du Roi, visés à l'alinéa 1^{er}, déterminent au moins qui peut participer à la concertation, avec quelle finalité et selon quelles modalités la concertation aura lieu.

§ 2. Les participants sont tenus au secret relativement aux secrets communiqués durant la concertation. Toute personne violant ce secret sera punie des peines prévues à l'article 458.

Les secrets qui sont communiqués pendant cette concertation, ne peuvent donner lieu à la poursuite pénale que des seuls délits pour lesquels la concertation a été organisée ».

Cette disposition a été insérée par l'article 313 de la loi du 6 juillet 2017 'portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice'. Cette disposition faisait l'objet de l'article 285 et n'a pas été soumise à la section de législation. L'exposé des motifs précise toutefois qu'elle trouve son origine dans une proposition de loi relative à la concertation de cas organisée entre dépositaires d'un secret professionnel ², qui tendait à insérer un article 458^{ter} du Code pénal rédigé comme suit :

« § 1^{er}. Il n'y a pas d'infraction lorsqu'une personne qui, par état ou par profession, est dépositaire de secrets communique ceux-ci dans le cadre d'une concertation organisée par une loi ou moyennant l'accord du procureur du Roi en vue de protéger l'intégrité physique ou mentale de la personne ou de tiers ou en vue de protéger la sécurité publique ou la Sécurité de l'État.

§ 2. Durant la concertation, les participants à celle-ci peuvent convenir de la suite à réserver à la concertation.

² Doc. parl., Chambre, 2015-2016, n° 54-1910/1.

Les participants sont tenus au secret à l'égard des informations communiquées durant la concertation.

La concertation n'empêche pas les poursuites pénales ».

Cette proposition a fait l'objet de l'avis n° 60.253/3 donné par la section de législation le 18 novembre 2016³. Dans cet avis, la section de législation a entre autres⁴ contesté la compétence de l'autorité fédérale d'adopter l'article 458ter tel que proposé, en ce qu'il tendrait à régir une concertation impliquant une institution relevant d'une Communauté ou d'une Région :

« 3. La question se pose de savoir si l'article 458ter proposé du Code pénal (article 3 de la proposition de loi) relève entièrement de la compétence fédérale.

L'instauration d'une exception de portée générale à l'incrimination de la violation du secret professionnel relève de la compétence de l'autorité fédérale⁵. Dès lors, l'article 458ter, § 1^{er}, proposé, du Code pénal ne soulève pas d'objections liées à la compétence.

L'alinéa 3 de l'article 458ter, § 2, proposé, du Code pénal, qui contient une règle générale en matière de procédure pénale, relève également de la compétence fédérale.

³ *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1910/2, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60253.pdf>.

⁴ L'avis n° 60.253/3 formulait en outre, sous la forme d'appels à la clarification et de critiques, une série d'observations sur le fond du mécanisme envisagé. Des observations ont encore été formulées par la section de législation à propos de la version de l'article 458ter du Code pénal finalement adoptée, et ce dans un avis n° 64.121/1 donné le 23 novembre 2018 sur un avant-projet de 'Code pénal – livre 2', où ledit article 458ter du Code pénal est inséré à l'article T2C9-11, § 2, du projet de 'Code pénal – livre 2', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64121.pdf>.

⁵ *Note de bas de page n° 2 de l'avis cité* : Voir à cet égard l'avis C.E. 40.689/AG-40.690/AG-40.691/AG du 11 juillet 2006 sur un avant-projet devenu la loi du 10 mai 2007 'modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie', *Doc. parl.*, Chambre, 2006-07, n° 51-2720/001, (79) 92, observations 16 et 17. Lorsqu'elle instaure une telle exception, l'autorité fédérale doit tenir compte du principe de proportionnalité, ce qui implique qu'elle ne peut rendre impossible ou exagérément difficile la politique des communautés et des régions. Il faudra y être attentif, certainement dans ce cas-ci où la règle générale de droit pénal fixée par l'autorité fédérale trouvera à s'appliquer largement à des matières relevant de la compétence d'autres autorités, en l'occurrence des communautés. La règle générale ne fait pas non plus obstacle à ce que les communautés et les régions élaborent, dans un domaine déterminé relevant de leur compétence, un régime spécifique dérogeant au régime fédéral général (avis C.E. 40.689/AG-40.690/AG-40.691/AG du 11 juillet 2006, *l.c.*, observation 17).

L'article 458ter, § 2, alinéa 1^{er}, proposé, du Code pénal, même s'il manque de clarté, ne contient en tout cas pas de règles touchant au droit pénal ou à la procédure pénale, mais bien une règle relative à la concertation à laquelle se rapporte l'exception citée. L'adoption d'une telle règle est du ressort de l'autorité (ou des autorités)⁶ compétente(s) pour la matière (ou les matières) à laquelle (auxquelles) se rapporte cette concertation. La disposition visée ne pourra dès lors être maintenue que pour autant qu'elle porte exclusivement sur des matières fédérales⁷. Il en va de même de l'article 458ter, § 2, alinéa 2, proposé, du Code pénal dès lors que la violation de l'obligation de secret qu'il vise n'est pas incriminée ».

Suite à cet avis, la disposition a été complétée afin de charger non seulement le législateur fédéral mais également les législateurs communautaires et régionaux d'adopter le cadre de la concertation, et ce chacun dans les matières qui les concernent. C'est ainsi que l'article 458ter, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, vise une « concertation organisée soit par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance », tandis que l'alinéa 3 de la même disposition précise que « la loi, le décret ou l'ordonnance, ou l'autorisation motivée du procureur du Roi, visés à l'alinéa 1^{er}, déterminent au moins qui peut participer à la concertation, avec quelle finalité et selon quelles modalités la concertation aura lieu ».

C'est au regard des données ainsi rappelées que la portée de l'avant-projet de décret à l'examen n'apparaît pas en toute clarté. De deux choses l'une en effet.

Soit l'avant-projet à l'examen se borne à mettre en place un cadre général relatif à la participation des services de la Communauté française et de leurs agents à des concertations qui sont organisées par ailleurs, mais sans organiser lui-même, de manière autonome et indépendante, de telles concertations. En ce cas, le dispositif en projet ne pose pas de difficulté, pourvu que les concertations qui seraient ainsi par ailleurs organisées répondent aux conditions de l'article 458ter, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 3, du Code pénal.

Soit l'avant-projet entend, non seulement mettre en place un cadre général relatif à la participation des services de la Communauté française et de leurs agents à des concertations qui sont organisées par ailleurs, mais également instituer lui-même la possibilité de telles concertations, avec les effets qu'y attache l'article 458ter du Code pénal en termes de relèvement de l'obligation de respecter le secret professionnel dans les matières qui ressortissent à la compétence de la Communauté française. Dans ce cas, il s'impose que l'avant-projet décrive de manière plus précise, conformément à ce que prévoit l'article 458ter, § 1^{er}, alinéa 3, du Code pénal, les éventuelles finalités particulières de ces concertations ainsi que les modalités de leur déroulement, en indiquant entre autres les personnes qui peuvent en prendre l'initiative.

L'avant-projet sera clarifié sur ce point, à tout le moins dans l'exposé des motifs, et le dispositif, le cas échéant, complété.

⁶ Note de bas de page n° 3 de l'avis cité : Auquel cas il s'imposera de conclure un accord de coopération ou à tout le moins d'harmoniser les règles édictées par les différentes autorités dans le cadre de leurs compétences.

⁷ Note de bas de page n° 4 de l'avis cité : Ce qui n'est sans doute pas l'intention des auteurs de la proposition de loi.

II. Le champ d'application *ratione personae* de l'avant-projet

Selon l'article 2 de l'avant-projet de décret, celui-ci ne s'applique qu'aux « services de la Communauté française » – étant ainsi visés, selon la définition qu'en donne l'article 1^{er}, 3^o, de l'avant-projet, « le Ministère de la Communauté française, les organismes d'intérêt public relevant du Comité de Secteur XVII et le Délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant » – ainsi qu'à leurs « agents », compris comme les membres du personnel des services ainsi définis.

La note au Gouvernement figurant dans le dossier soumis à la section de législation précise

« Les services agréés ou subventionnés par la Communauté française ainsi que leur personnel ne sont pas visés par l'avant-projet de décret. S'ils constituent une part importante des organismes potentiellement 'inévitablement' à des concertations de cas, il s'avère juridiquement plus compliqué de viser lesdits organismes. Par ailleurs, suite aux différentes procédures d'avis [...], il ressort que ces organismes ne souhaitent majoritairement pas être visés par l'avant-projet de décret ».

Le commentaire de l'article 1^{er} précise encore

« Les services agréés et subventionnés par la Communauté française ne sont pas visés par le prescrit du présent décret. En cas d'invitation à une concertation de cas, ils décident en toute autonomie de la suite à réserver à ladite invitation.

Les services agréés et subventionnés sont toutefois invités à prendre connaissance du présent décret afin d'offrir à leurs travailleurs un cadre juridique satisfaisant.

Dans la mise en œuvre de ces principes, les services agréés ou subventionnés par la Communauté française peuvent tenir compte des différences organisationnelles objectives entre eux et les services de la Communauté française ».

Il va de soi que le commentaire ainsi livré du décret en projet ne peut être interprété comme impliquant que, moyennant une forme d'application par analogie de ce décret par les services agréés ou subventionnés, ces services ou les membres de leur personnel pourraient bénéficier du dispositif de relèvement de l'obligation d'observer le secret professionnel spécifiquement prévu par l'article 458^{ter} du Code pénal. En effet, ainsi que le précise l'alinéa 3 du paragraphe 1^{er} de cet article, pareil dispositif ne pourrait trouver à s'appliquer à ces services et aux membres de leurs personnels que si un décret – ou une autorisation motivée du procureur du Roi – l'a expressément prévu. Si l'auteur de l'avant-projet entend que les personnes des services agréés ou subventionnés dans les matières qui relèvent de la Communauté française puissent être relevées – en dehors de l'hypothèse d'une autorisation motivée du procureur du Roi – de leur secret professionnel lorsqu'elles participent à des concertations de cas, il y a lieu de le prévoir expressément dans un texte législatif. À défaut, l'article 458^{ter} ne leur sera pas applicable.

III. L'obligation pour les agents dépositaires des secrets de faire part de ceux-ci à leur supérieur hiérarchique

L'article 6 de l'avant-projet n'exclut pas que le responsable hiérarchique de l'agent dépositaire d'un secret accepte qu'un service de la Communauté française prenne part à une concertation et y participe personnellement sans l'accord de l'agent concerné, voire contre la volonté de celui-ci. Ce n'est en effet que dans la situation où l'agent lui-même participerait à la concertation, seul ou avec son responsable hiérarchique, que son accord est requis.

La question se pose de savoir si et dans quelle mesure, dans l'hypothèse où la concertation aurait lieu contre l'accord de l'agent, celui-ci sera malgré tout tenu de livrer à son supérieur hiérarchique, dans le cadre de l'entretien préalable visé par l'article 6, § 3, de l'avant-projet, des éléments couverts par le secret professionnel.

L'article 3 de l'avant-projet pose certes la règle du caractère volontaire de la concertation, et l'article 6, § 4, prévoit expressément qu'« aucun agent ne peut être contraint de participer à une concertation et ne peut se voir appliquer de sanction disciplinaire en cas de refus de participation ». Ces règles ne visent cependant, de manière expresse, que la participation personnelle de l'agent à la concertation proprement dite et non la relation qui s'établit entre l'agent et son supérieur hiérarchique en amont de cette concertation, dans le cadre de l'entretien préalable visé par l'article 6, § 3, de l'avant-projet.

Le dispositif de l'avant-projet sera clarifié sur ce point, en tenant compte de l'observation suivante.

À supposer que le décret en projet aboutisse à créer, dans le cadre de l'entretien visé à l'article 6, § 3, de l'avant-projet, non une faculté pour l'agent de communiquer à son supérieur hiérarchique les données visées par l'article 458^{ter} du Code pénal, mais une véritable obligation de procéder à une telle communication, surgira alors une difficulté du même type que celle mise en avant par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 44/2019 du 14 mars 2019 à propos de l'article 46^{bis}/1 du Code d'instruction criminelle, tel qu'inséré par la loi du 17 mai 2017 'modifiant le Code d'instruction criminelle en vue de promouvoir la lutte contre le terrorisme'. Selon la Cour constitutionnelle en effet,

« B.15. L'obligation d'information active instaurée par le paragraphe 3 de l'article 46^{bis}/1 du Code d'instruction criminelle porte sur les 'informations pouvant constituer des indices sérieux d'une infraction terroriste visée au livre II, titre I^{er}^{ter}, du Code pénal'.

Il s'ensuit qu'un membre du personnel d'une institution de sécurité sociale pourrait commettre une infraction en révélant, en violation de l'article 458 du Code pénal, des informations considérées à tort comme des 'indices sérieux d'une infraction terroriste visée au livre II, titre I^{er}^{ter}, du Code pénal'. En même temps, le membre du personnel d'une institution de sécurité sociale est tenu de dénoncer les informations constituant des 'indices sérieux d'une infraction terroriste visée au livre II, titre I^{er}^{ter}, du Code pénal', en vertu de l'article 46^{bis}/1, § 3, du Code d'instruction criminelle,

bien que le non-respect de cette obligation de dénonciation ne soit assorti d'aucune sanction pénale.

Les membres du personnel des institutions de sécurité sociale doivent donc évaluer, avant de procéder à la révélation d'informations à laquelle ils sont tenus, si les situations de fait complexes auxquelles ils peuvent être confrontés dans l'exercice de leur profession sont susceptibles de contenir des 'indices sérieux d'une infraction terroriste visée au livre II, titre I^{er}ter, du Code pénal'. Cette appréciation peut avoir des conséquences pénales pour eux, puisque la révélation de renseignements non couverte par l'article 46bis/1, § 3, du Code d'instruction criminelle, constitue une infraction au sens de l'article 458 du Code pénal.

Le risque que le membre du personnel d'une institution de sécurité sociale se méprenne sur la portée de la notion d'indices sérieux d'une infraction terroriste visée au livre II, titre I^{er}ter, du Code pénal est réel. En effet, l'appréciation de cette notion suppose que le membre du personnel d'une institution de sécurité sociale confère une qualification juridique au comportement d'un tiers, à savoir l'allocataire ou l'assuré social dont il gère le dossier. Plus particulièrement, le membre de l'institution de sécurité sociale doit déterminer, pour évaluer s'il commet lui-même une infraction, si le comportement d'un tiers est susceptible de constituer une infraction terroriste visée au livre II, titre I^{er}ter, du Code pénal. Or, ces dernières infractions sont complexes et requièrent la réunion de plusieurs conditions, dont l'intention criminelle de commettre l'infraction.

Il ne peut pas être attendu d'un membre du personnel d'une institution de sécurité sociale, qui n'a ni la compétence, ni les moyens nécessaires pour ce faire, de s'assurer qu'il existe chez un tiers cet élément intentionnel de commettre une infraction terroriste. En conséquence, ce membre du personnel ne peut pas suffisamment prévoir s'il commet une infraction pénale en dévoilant, à propos de ce tiers, des informations couvertes par le secret professionnel.

En faisant référence à des 'informations pouvant constituer des indices sérieux d'une infraction terroriste visée au livre II, titre I^{er}ter, du Code pénal', l'article 46bis/1, § 3, du Code d'instruction criminelle est formulé en des termes trop vagues, qui sont source d'insécurité juridique ».

Dès lors que l'article 458ter du Code pénal vise notamment à prévenir « les délits visés au Titre Iter du Livre II ou les délits commis dans le cadre d'une organisation criminelle, telle qu'elle est définie à l'article 324bis », l'enseignement de l'arrêt de la Cour constitutionnelle peut trouver application, par analogie, à la situation où un agent serait tenu de révéler les données qui y sont visées.

IV. L'articulation entre l'avant-projet de décret et les codes de déontologie

L'article 8 de l'avant-projet prévoit que « [l]es agents se conforment à leur code de déontologie en complément et en accord avec le prescrit du présent décret ».

Selon le commentaire de l'article,

« Le présent décret a pour objectif de guider les agents en cas d'invitation à une concertation de cas. Pour certaines administrations, des codes de déontologie, préexistants à l'article 458^{ter}, édictent déjà un certain nombre de règles de conduite.

Les agents visés par le présent décret en respectent prioritairement l'application. Pour ce qui est laissé à l'appréciation des agents ou des services les codes de déontologie existants servent de guide et sont d'application.

Cet article a donc pour but d'indiquer aux agents qu'ils continuent bien entendu de se référer à leurs codes de déontologie dans le cadre de l'application du présent décret et dans le respect de celui-ci ».

Les précisions ainsi fournies peuvent, dans certains cas, ne pas être suffisantes pour faire toute la clarté sur l'attitude attendue de la part des agents des services de la Communauté française, et offrir à ceux-ci la sécurité juridique voulue. Pour reprendre l'un des exemples fournis dans le cadre des consultations auxquelles a donné lieu l'élaboration de l'avant-projet, on peut notamment s'interroger sur le sort à réserver à l'obligation que le code de déontologie s'appliquant à telle ou telle catégorie d'agents imposerait de recueillir l'accord du bénéficiaire avant de partager tel ou tel secret qui le concerne, ou, à tout le moins, d'informer celui-ci d'un tel partage⁸. Ce devoir d'information préalable n'est en effet pas expressément prévu par le texte en projet, l'article 10 de l'avant-projet se limitant à prévoir que les agents « peuvent s'entretenir avec les bénéficiaires au sujet de la concertation, avant ou après celle-ci » ; à fortiori l'avant-projet demeure-t-il muet sur la question de savoir si, au-delà du devoir d'information, il y aurait place pour une véritable obligation déontologique de recueillir l'accord du bénéficiaire. La question se pose par conséquent de savoir si, en disposant comme il le fait, le texte de l'avant-projet entend ou pas imposer à l'agent de déroger au code de déontologie qui s'appliquerait à lui, en s'abstenant d'informer le bénéficiaire de la communication de secrets précis le concernant lors d'une future concertation, ou de recueillir son accord sur cette communication.

L'avant-projet, ou à tout le moins son exposé des motifs, doit être clarifié pour offrir aux agents concernés la sécurité juridique requise.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET

⁸ Voir, joint au dossier soumis à la section de législation, l'avis n° 211 donné sur l'avant-projet par la Commission de déontologie de l'aide à la jeunesse, p. 7 et 9.