

Avis d'AVOCATS.BE sur la proposition de loi modifiant diverses dispositions concernant l'approche administrative et portant création d'une direction chargée de l'évaluation de l'intégrité des pouvoirs publics (DOC 55 1381)

La présente note est limitée aux spécificités du débat parlementaire. AVOCATS.BE développe par ailleurs des éléments prioritairement juridiques.

1. Définition des faits punissables (Article 2)

L'exposé des motifs fait référence de manière erronée (page 17 avant-dernier paragraphe) à la liste figurant à l'article 4, **13^o** de la loi du 18 septembre 2017. Il s'agit en réalité des faits visés à l'article 4, **23^o** de la loi. Cette disposition légale concerne la prévention du blanchiment de capitaux, du financement du terrorisme ainsi que de la limitation de l'utilisation des espèces. La présente proposition de loi, quant à elle, vise une toute autre finalité. Les faits punissables doivent, selon l'exposé des motifs, cumuler un caractère organisé et une certaine gravité.

Certes, le texte vise pour toutes les infractions requises, le fait d'être commis d'une manière organisée. Cependant, pour de nombreuses infractions reprises sous le verbo « faits punissables », il n'est pas fait référence à une gravité requise. La proposition de loi va très loin en ce qui concerne les atteintes intrusives et restrictives à des libertés et droits fondamentaux tels le droit de propriété, la liberté d'entreprendre...(possibilités de suspension d'exploitation par exemple, placement de scellés ou édition d'astreintes administratives,...). Or, certains faits punissables ne remplissent assurément pas, dans la définition retenue, le critère de gravité. C'est le cas de l'escroquerie, de l'abus de confiance, de l'abus de biens sociaux, du vol, de l'extorsion, de l'état de faillite, de la fraude informatique évoqués de manière générale et non limitée. Qu'entend-on, par exemple, par infraction organisée à l'état de faillite ? L'on notera que la proposition contradictoirement fait référence au fait que « *Le simple fait pour une personne d'être impliquée dans une faillite par exemple ne peut constituer un motif de refus d'un permis ou de fermeture d'un établissement. Les faits doivent être suffisamment graves* » (page 37, 3^{ème} paragraphe). Or, la simple référence au fait punissable (infraction à l'état de faillite) permet l'enquête. Par ailleurs, si certaines infractions, dans leur définition, supposent, en soi, l'existence d'un critère de gravité (exemple : la traite des êtres humains), ce n'est pas le cas pour d'autres (le vol non autrement caractérisé). Le critère de gravité doit être circonscrit par un choix des infractions qui ne permettent aucune interprétation quant à cette gravité.

AVOCATS.BE plaide pour une redéfinition des faits punissables beaucoup trop largement évoquée par le texte soumis.

2. Composition de la DEIPP (article 5)

Le texte prévoit, dans la composition du DEIPP, un ou plusieurs magistrats détachés du ministère public.

Dans l'exposé des motifs, les auteurs de la proposition de loi s'en réfèrent à certaines qualités des représentants du Parquet : « *Le magistrat veille à la préservation de l'enquête pénale, au déroulement optimal des flux d'informations et à l'utilisation correcte des informations dans la motivation de l'avis. Un magistrat offre en outre davantage de garanties d'indépendance à l'égard des administrations* » (page 20). Cela ne peut s'envisager. Par définition, le Ministère Public, à l'initiative des poursuites pénales, n'est pas un magistrat neutre mais une partie au procès pénal, pouvant soutenir une accusation. Il est difficile d'envisager qu'un membre du Ministère Public prenne, en outre, de la distance par rapport à des informations directement communiquées par un collègue dont il ne va pas a priori remettre en doute la correction de communication. Le magistrat en charge du dossier est à même de jauger des informations pouvant être communiquées.

Dans le cadre de son activité au sein de la DEIPP, le Magistrat de Parquet pourrait recueillir des éléments susceptibles de constituer des infractions pénales pouvant alimenter des enquêtes en cours. Or, ainsi que précisé ci avant, le Magistrat pourrait communiquer ces informations, même dans le cadre d'une procédure d'exécution pénale dont le Ministère Public serait en charge.

AVOCATS.BE plaide pour que ne soient pas inclus dans la composition de la DEIPP des membres du Ministère Public.

3. Communication aux autorités judiciaires (article 16 §2 – 3^{ème} tiret)

L'article 16 §2 3^{ème} tiret est peu clair en ce qu'il vise l'autorisation délivrée à la DEIPP de communiquer « *les constatations demandées dans le cadre d'informations, d'instructions ou d'enquête pénales d'exécution* ». Le texte ne permet pas de comprendre ce que recouvre la notion de constatations, leur teneur, leur contenu (éventuellement limité).

L'exposé des motifs ne fait pas référence à ce tiret. Il est évoqué de manière limitée la nécessité de lutte dans le cadre de l'extrémisme, du terrorisme et du financement du terrorisme. Le texte de l'article 16 §2 3^{ème} tiret, tel que rédigé, ne se limite pas au terrorisme/extrémisme. Il n'y a aucune raison, justifiée par ailleurs au regard des objectifs préventifs rappelés de la loi, de communiquer des informations dans le cadre d'enquêtes pénales d'exécution.

AVOCATS.BE sollicite la suppression de ce tiret.

4. Modification de l'article 9 bis de la loi du 24 juillet 2021 et de l'article 134 ter et 134 quinquies NLC (article 17)

L'exposé des motifs ne précise pas les raisons pour lesquelles la loi retire sa compétence au conseil communal. Même si l'on peut partager l'avis selon lequel l'activité illicite ne doit pas s'exercer à plusieurs reprises comme le prévoyait le texte initial, les raisons pour lesquelles la prolongation de fermeture peut s'envisager indépendamment de la survenance de nouveaux faits similaires apparus depuis la décision initiale ne sont pas explicitées et ne paraissent pas justifiables.

Le retrait des attributions à un organe issu de l'élection directe au suffrage universel, dans un tel domaine, constitue en outre un recul au niveau des garanties démocratiques.

AVOCATS.BE plaide pour un maintien des termes des actuelles dispositions légales sur le sujet.

5. Enquête financière (article 18)

AVOCATS.BE est totalement défavorable à l'idée de permettre à l'autorité administrative (Bourgmestre) de procéder à une enquête financière intrusive visée à l'article 18 (exposé des motifs : page 33 à 40) dans le cadre de l'enquête d'intégrité.

Cela sort complètement des prérogatives du Bourgmestre et lui conférerait des pouvoirs totalement disproportionnés, non contrôlés de surcroit. Surabondamment, l'on peut s'interroger, sur l'outillage adéquat dont on dispose dans nombre de communes pour mener de telles missions.

6. Exercice de droits de défense

La proposition de loi ne vise à aucun stade de la procédure, la possibilité pour la personne visée par l'avis de la DEIPP, d'exposer ses moyens de défense en amont de décisions qui, par définition, peuvent apparaître comme étant arbitraires, à l'exception de la procédure de défense visée pour l'enquête d'intégrité à l'article 18 §10 et de l'article 22 §2 5^{ème} alinéa soit celle ou la personne visée par l'astreinte ne peut exécuter la mesure de police administrative pour raison de force majeure.

Que ce soit dans le cadre de l'enquête d'intégrité, préalable à l'attribution de marchés publics, des contrats de concession, d'attribution de subventions (hors enquête d'intégrité), ... la personne physique ou morale ne dispose d'aucune possibilité d'exercer ses droits de défense, voire de vérifier la correction des informations communiquées, le cas échéant par la DEIPP, aux autorités administratives et la manière dont elles sont traitées pour conduire à une décision. Ce faisant, l'intéressé(e) ne peut pas corriger des informations communiquées de manière erronée, faire valoir ses arguments sur le contenu de celle-ci alors qu'elles peuvent contenir des accusations graves (indices d'appartenance à un mouvement terroriste par exemple). Il apparait inadmissible que la proposition de loi ne prévoie aucune possibilité d'exercice des droits de défense voire de simple contrôle sur les informations communiquées qui peuvent aboutir à des décisions lourdement préjudiciables. L'intéressé(e) ne dispose d'aucune possibilité de prendre connaissance de cette information et de faire valoir ses arguments de défense avant la prise de décision.

AVOCATS.BE souhaite donc impérativement qu'une procédure soit prévue dans le texte pour permettre à l'intéressé(e) de disposer des facultés essentielles de défense.

7. Violation du secret professionnel, du secret de l'instruction et de l'information

L'article 8, §§ 1^{er} et 2, de la proposition de loi sous examen autorise la DEIPP à demander des données et informations notamment auprès de :

- ✓ la police au sujet des données traitées au cours des cinq années précédant celle de la demande d'avis ;
- ✓ à la CTIF ;
- ✓ aux administrations fiscales au sujet de ses dénonciations de suspicions de délits auprès du Procureur du Roi au cours des cinq années précédant celle de la demande d'avis ;
- ✓ à l'Inspection sociale et économique, etc.
- ✓ aux autorités judiciaires L'enquête d'intégrité ou l'avis préalable de la DEIPP peuvent justifier la communication d'éléments tirés d'une instruction judiciaire en cours (enquête pénale menée par un juge d'instruction) ou d'une information judiciaire en cours (enquête pénale menée par un magistrat du Parquet).

Pourtant, toutes ces instances et autorités sont légalement soumises à un secret professionnel et notamment la police.

Or, tant l'article 57, § 1er du Code d'instruction criminelle que son article 28quinquies, § 1^{er}, énoncent respectivement que « *sauf les exceptions prévues par la loi, l'instruction (ou l'information) est secrète* » et que toute violation de ce secret est pénalement sanctionnée par les peines prévues à l'article 458 du Code pénal qui consacre le secret professionnel pour toutes les professions qui y sont soumises, et le protège pénalement.

La proposition de loi sous examen ne contient cependant pas de disposition dérogatoire à ces deux articles du Code d'instruction criminelle, ni même n'indique qu'elle déroge aux autres secrets professionnels imposés aux autres instances et autorités auprès desquels la DEIPP se fournira ainsi en informations et renseignements.

Tout au plus, l'article 16 de la proposition fait référence à l'article 29 du Code d'instruction criminelle, qui présente une autre finalité (information du Ministère Public lors de la découverte par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions de la commission d'une infraction) et soumet les membres de la DEIPP au secret professionnel.

Il s'ensuit que la proposition de loi sous examen pourrait conduire à des situations graves de violation généralisée de secrets professionnels pénalement sanctionnés et exposant ainsi la responsabilité des agents intervenus dans le chef de la DEIPP et du service public ayant divulgué les informations, outre la problématique de l'invalidation intrinsèque de toute la procédure fondée sur l'avis de la DEIPP ainsi vicié par cette violation du secret professionnel dont il découle.

Cette entorse quasi inédite au principe du secret professionnel et à celui de l'instruction et de l'information pour des finalités administratives qui plus est avec communication à des autorités administratives (non contrôlées et exerçant, de surcroît, hors des garanties procédurales) et non judiciaires (pour des faits punissables au demeurant jugé les plus graves).

Cette entorse au principe du secret professionnel n'est, du reste, pas évoquée ni, à plus forte raison, justifiée par la proposition de loi et sa finalité.

AVOCATS.BE plaide en tous les cas pour que soit interdite toute communication d'éléments couverts par le secret de l'instruction/information judiciaire, c'est-à-dire pour que soit ôtée du texte de la proposition de loi la demande d'information auprès de la police au sujet des données traitées par celle-ci au cours des 5 années précédentes, auprès de la C.T.I.F., du fisc et des diverses Inspections (sociales, économiques, etc.) visées sous l'article 8§1, au sujet de leurs dénonciations d'infractions auprès du Procureur du Roi.

8. Violation de la présomption d'innocence

Communiquer par ailleurs des informations (sans qu'il n'en ait connaissance et qu'il puisse même faire valoir ses droits de défense) sur un intéressé avant même qu'il soit jugé et *a fortiori* condamné, pour lui refuser ou suspendre, sur base de simples indices appréciés arbitrairement, un acte juridique (pour reprendre les termes qualifiés dans la proposition) constitue, en outre, une violation flagrante de la présomption d'innocence.

Cela revient en effet à pénaliser la personne concernée, en lui refusant un permis, un marché public, etc., alors qu'elle pourrait être mise hors de cause (classement sans suite, non-lieu) ou acquittée à l'issue de l'enquête des instances concernées.

Le risque existe par ailleurs, pour la proposition de loi sous examen, d'un détournement à des fins malveillantes, en permettant, par exemple, à un opérateur économique de faire envoyer des dénonciations anonymes visant un concurrent ou plusieurs concurrents les accusant de faits graves mais difficilement vérifiables rapidement, auprès du fisc, de l'Inspection sociale et économique, du Parquet, etc. à dessein de provoquer l'ouverture d'une ou de plusieurs enquêtes par ces instances pour inciter les autorités communales à demander, suite aux articles de presse, l'avis de la DEIPP qui ne pourra que faire remonter l'information selon laquelle effectivement une ou plusieurs enquêtes sont en cours....

Ceci pourrait avoir pour effet de permettre à un opérateur économique concurrent d'obtenir un marché public, un permis d'exploiter, et, au contraire, de voir l'autre opérateur se trouver confronté à une mesure de fermeture etc.... ceci pour un terme long (dans l'attente de l'issue des procédures en cours, de l'exercice des voies de recours...).

Le système judiciaire est en effet confronté, singulièrement en matière de délinquance économique et financière (concernées prioritairement par la proposition de loi), à des délais de traitement anormalement longs. La proposition de loi sous examen pourrait entraîner des conséquences catastrophiques pour les d'opérateurs belges ou étrangers éventuellement victimes de malveillance.

Dans cet ordre d'idées, AVOCATS.BE pointe l'article 119*quater* § 4, que l'article 19 de la proposition de loi sous examen entend insérer dans la nouvelle loi communale. Ledit paragraphe autorise en effet, dans le cadre de l'enquête d'intégrité menée par la DEIPP, l'utilisation et le traitement de données relatives à... « **l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques** » de la personne visée.

Cette autorisation est gravement attentatoire aux libertés et indigne d'un Etat de droit moderne. Le texte de la proposition de loi ne prévoit, au demeurant pas, les garanties visées à l'article 9 2° du Règlement UE 2016/679 qu'il cite, le règlement en question excluant d'ailleurs expressément par principe, sauf dans des cas limités, le traitement et l'utilisation de ces données spécifiques sensibles.

AVOCATS.BE plaide pour un retrait **impératif** de cet article.

9. Sanctions préventives et droit de recours effectif

Outre ce qui a été précisé au point 6 ci-dessus, en ce qui concerne le respect des droits de la défense qui nécessite de mettre en œuvre une procédure d'exercice effectif de ce droit qui comprend l'accès au dossier administratif qui semble compromis compte tenu de la confidentialité attachée à certaines pièces, AVOCATS.BE insiste pour que le texte en projet précise expressément les voies de recours dont dispose la personne qui fait l'objet des décisions prévues par le futur article 119*ter* de la nouvelle loi communale et qu'elles soient effectives.

En effet, à titre d'exemple, en Région wallonne, dans le cas où l'exploitation est soumise à un permis, la personne dispose d'un recours devant le Gouvernement wallon puis d'un recours devant le Conseil d'Etat. En cas de refus du permis, la procédure de recours au Conseil d'Etat ne pourrait être menée qu'en annulation, et non en suspension, compte tenu de la jurisprudence du Conseil d'Etat à ce sujet, et le traitement de ce type de recours dure actuellement 2 à 3 ans. Il s'agit d'un délai qui n'est pas raisonnable.

Il en va de même en cas de fermeture d'un établissement ou de retrait d'une autorisation où la personne visée devrait démontrer un risque de faillite pour espérer voir sa demande accueillie selon la procédure d'urgence ou d'extrême urgence.

La proposition de loi mériterait donc d'être modifiée pour insérer une procédure de recours effective dans l'hypothèse d'une décision basée sur les cas visés à l'article 119ter § 6, de la NLC et *9bis* de la loi du 24 février 1921 (article 17 de la proposition de loi). Une présomption d'urgence pourrait être insérée à l'instar de ce qu'il se fait dans le cadre des procédures relatives aux marchés publics devant le Conseil d'Etat.

Enfin, AVOCATS.BE est inquiet des pouvoirs conférés aux autorités communales pouvant refuser une demande de permis, un marché public, une concession ou une subvention, sur la seule base de présomptions et de risques, même « sérieux ». AVOCATS.BE estime qu'il conviendrait de limiter les sanctions prévues par la proposition de loi aux faits avérés résultants de condamnations judiciaires définitives.

Pour AVOCATS.BE

Cédric Bernès, membre de la commission de droit pénal

Le 27 juin 2022