



Strasbourg, 20 octobre 2018

CDL-AD(2018)021

Avis n° 930 / 2018

Or. anglais

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

ROUMANIE

AVIS

**SUR LES AMENDEMENTS AU CODE PÉNAL
ET AU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE**

**adopté par la Commission de Venise
lors de sa 116^e session plénière
(Venise, 19 et 20 octobre 2018)**

sur la base des observations de

M. Alexander BARAMIDZE (membre suppléant, Géorgie)
M. Richard BARRETT (membre, Irlande)
M. Martin KUIJER (membre suppléant, Pays-Bas)
M. Guido NEPPI MODONA (ancien membre suppléant, Italie)
M. Jørgen Steen SØRENSEN (membre, Danemark)
M. Kaarlo TUORI (membre, Finlande)
M. Marc TOUILLIER (expert, France)

Table des matières

I. Introduction	3
II. Remarques préliminaires	3
III. Contexte	4
IV. Normes applicables	6
V. Analyse	10
A. Le processus législatif	10
B. Observations spécifiques	11
1. Amendements au Code pénal	11
a. Peines accessoires (article 65 CP)	11
b. Mesures de confiscation élargie (article 112 ¹ CP)	12
c. Délais de prescription (articles 154 et 155 CP)	14
d. Définition de la notion d'agent public (article 175 CP)	16
e. Faux témoignage (article 273 CP)	17
f. Atteinte aux intérêts de la justice (article 277 CP)	18
g. Corruption active (article 290 CP)	19
h. Trafic d'influence (article 291 CP)	20
i. Achat d'influence (article 292 CP)	21
j. Détournement de fonds (article 295 CP)	21
k. Abus de fonctions (article 297 CP)	22
2. Amendements au Code de procédure pénale	25
a. Communication sur des enquêtes pénales en cours (article 4 CPP)	25
b. Ouverture d'une enquête pénale (article 305 CPP)	27
c. Seuils applicables aux enquêtes et aux peines	28
d. Interdiction d'utiliser certains types de preuves	30
e. Droits de l'accusé (articles 83, 92, 99.2, 145, 305 et 307 CPP)	32
f. Mesures de confiscation	35
g. Signature des arrêts	35
h. Dispositions finales et transitoires	36
VI. Conclusion	37

I. Introduction

1. Le 28 juin 2018, la Commission de suivi de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a sollicité l'avis de la Commission de Venise sur les amendements récemment apportés au Code pénal et au Code de procédure pénale de Roumanie (voir les documents CDL-REF(2018)042, CDL-REF(2018)043, CDL-REF(2018)044 et CDL-REF(2018)045).

2. MM. Richard Barrett, Alexander Baramidze, Martin Kuijer, Jorgen Steen Sorensen, Kaarlo Tuori et Guido Neppi Modona ont été rapporteurs pour le présent avis de la Commission de Venise. M. Marc Touillier a été désigné comme expert.

3. Le 5 juillet 2018, le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe a invité la Roumanie à attendre l'avis de la Commission de Venise sur les amendements à ses codes pénaux.

4. Les 13 et 14 septembre 2018, une délégation de la Commission de Venise composée de MM. Alexander Baramidze, Martin Kuijer, Guido Neppi Modona et Marc Touillier, accompagnés de M. Thomas Markert, secrétaire de la Commission de Venise, et de Mme Artemiza Chisca, chef de la division des Institutions démocratiques et droits fondamentaux, s'est rendue à Bucarest. La délégation s'est entretenue avec le Président de la Roumanie, le ministre de la Justice, des magistrats de la Haute Cour de cassation et de justice, des représentants du Bureau du procureur général, de la Direction nationale anti-corruption (DNA), de la Direction des enquêtes sur le crime organisé et le terrorisme (DIICOT) et du Conseil supérieur de la magistrature (CSM), des parlementaires, dont les membres de la Commission parlementaire mixte spéciale sur la réforme de la justice¹, des associations de juges et de procureurs et des organisations de la société civile. La Commission de Venise remercie les autorités roumaines pour l'organisation de cette visite.

5. Le présent avis a été préparé sur la base des contributions des rapporteurs et des informations fournies par leurs interlocuteurs au cours de la visite. Il n'est pas exclu qu'il présente des inexactitudes dues à des erreurs dans la traduction des projets de lois.

6. Le présent avis a été examiné lors d'une réunion conjointe des sous-commissions sur les droits fondamentaux et sur le pouvoir judiciaire, puis adopté par la Commission de Venise lors de sa 116^e session, tenue les 19 et 20 octobre 2018.

II. Remarques préliminaires

7. Ce document ne vise pas à analyser de manière exhaustive et détaillée tous les amendements au Code pénal (ci-après : « CP ») et au Code de procédure pénale (ci-après : « CPP ») (amendements qui concernent également la loi n^o 78/2000 relative à la prévention, au dépistage et à la répression des faits de corruption et la loi n^o 304/2004 sur l'organisation judiciaire). Compte tenu du grand nombre d'amendements² et de leurs conséquences souvent importantes pour les professionnels de la justice pénale au niveau des enquêtes, des poursuites, de la défense et des jugements, cet avis se concentre sur les amendements qui soulèvent les plus graves inquiétudes. L'absence de remarque sur un amendement dans le présent avis ne signifie ni que la Commission de Venise l'estime nécessaire ou souhaitable, ni qu'il respecte pleinement les normes et pratiques existantes dans le domaine concerné.

8. Les autorités roumaines ont affirmé, ce dont la Commission a conscience, que les amendements répondaient avant tout à la nécessité de mettre la législation roumaine en conformité avec plusieurs décisions de la Cour constitutionnelle roumaine, avec la

¹ Ci-après : « Commission parlementaire spéciale ».

² Quelque 300 amendements ont été adoptés par le Parlement roumain en juin et juillet 2018 ; 266 d'entre eux portent sur le Code de procédure pénale et 63 sur le Code pénal.

directive 2016/343/UE du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales et avec la directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne.

9. La Commission reconnaît en outre, comme il ressort également des échanges tenus lors de la visite en Roumanie, que la nécessité de revoir les dispositions existantes fait consensus y compris au sein du système judiciaire roumain, bien que les deux codes pénaux soient relativement récents et aient déjà été modifiés ces dernières années. Les difficultés posées par l'application et par l'interprétation des deux codes ces dernières années ont été présentées comme un important motif de révision de ces deux instruments juridiques.

10. Le présent avis n'examine pas de manière exhaustive la conformité des amendements avec le droit de l'Union européenne. Il n'appartient pas non plus à la Commission de dire comment la Constitution roumaine devrait être interprétée ; la Cour constitutionnelle roumaine est compétente pour livrer des interprétations de la Constitution du pays faisant autorité³. Dans le même temps, l'examen actuellement mené par la Cour constitutionnelle se limite évidemment aux questions de constitutionnalité qui ont été portées devant elle. Dans les limites de son mandat, la Cour ne sera pas en mesure de livrer une analyse complète des amendements et des effets qu'ils pourraient avoir sur l'efficacité du système de justice pénale. Elle ne peut que dire si un amendement particulier est conforme ou non à la Constitution. De ce point de vue, les observations formulées par la Commission de Venise peuvent avoir une portée un peu plus large.

11. Le débat public sur les amendements proposés aux codes pénaux s'est concentré sur la crainte que ces amendements ne sapent la lutte contre la corruption en Roumanie. La Commission souhaite préciser d'emblée que leur impact potentiel est beaucoup plus large : ces amendements pourraient porter un coup significatif au système de justice pénale, à son efficacité et à son bon fonctionnement en gênant les enquêtes, les poursuites et les jugements sur d'autres formes d'infractions pénales également, notamment les infractions graves et complexes. Par ailleurs, des dispositions ne semblant pas poser problème, et même renforcer la sécurité juridique, peuvent se révéler inquiétantes à la lumière des affaires de corruption pendantes ou des enquêtes en cours et constituer en fait une législation *ad hominem*.

12. Il convient aussi d'envisager les conséquences des amendements dans un contexte plus large, celui de leurs liens avec les amendements aux lois relatives à la justice (déjà examinés par la Commission de Venise dans son avis préliminaire du 13 juillet 2018) et avec d'autres dispositions législatives ou initiatives en cours. Il convient donc de lire conjointement les deux avis.

13. Étant donné que les amendements, fort nombreux, ont été adoptés très rapidement, ils comportent des ambiguïtés et des passages sujets à interprétation, dont les effets ne deviendront observables qu'après leur entrée en vigueur et leur application dans des affaires individuelles.

III. Contexte

14. Comme lors des amendements aux « lois sur la justice », le processus législatif objet du présent avis s'est déroulé dans un climat politique tendu et divisé, fortement marqué par les résultats des efforts entrepris par le pays pour lutter contre la corruption⁴.

³ Voir aussi CDL-PI(2018)007, paragraphe 58.

⁴ Voir l'avis préliminaire sur les projets d'amendements à la loi n° 303/2004 sur le statut des juges et des procureurs, la loi n° 304/2004 sur l'organisation judiciaire et la loi n° 317/2004 sur le Conseil supérieur de la magistrature, CDL-PI(2018)007.

15. La lutte contre la corruption fait l'objet, entre autres, d'une évaluation annuelle (assortie de recommandations) dans le cadre du mécanisme de coopération et de vérification de l'UE, mis en place au moment de l'entrée de la Roumanie dans l'Union européenne⁵. Alors que les précédents rapports établis dans le contexte de ce mécanisme constataient d'importantes avancées dans la lutte contre la corruption, le dernier en date (novembre 2017) craint que ces progrès ne soient entravés par la situation politique⁶ et par d'autres faits nouveaux, comme un projet de loi d'amnistie et l'adoption, en janvier 2017, d'une ordonnance d'urgence du Gouvernement visant à dépénaliser certaines infractions de corruption telles que l'abus de fonctions⁷. D'importantes manifestations contre ces mesures ont eu lieu dans toute la Roumanie. Même si le gouvernement a retiré le décret d'urgence, qui a aussi été abrogé par le parlement, ces événements ont semé le doute dans la population.

16. La Direction nationale anti-corruption (DNA) a ouvert de nombreuses enquêtes contre de hauts responsables politiques pour des soupçons de corruption et d'infractions connexes, et un nombre considérable de ministres et de députés ont été condamnés⁸. Dans le pays comme à l'étranger, cette lutte déterminée contre la corruption a été saluée comme une évolution positive.

17. Par ailleurs, des responsables politiques ont dénoncé des cas d'abus de pouvoir de la part de certains procureurs (et parfois de certains juges). Des acquittements dans des affaires de corruption à grand retentissement ont conduit à une mise en question des méthodes employées par les procureurs. Depuis la divulgation récente de protocoles de coopération signés entre le Service de Renseignements Roumain et les institutions judiciaires, des interrogations se font jour sur la manière dont la lutte contre la corruption a été menée⁹. Des allégations d'ingérence du service de renseignements dans les activités de la justice roumaine se sont exprimées, accompagnées d'interrogations sur l'étendue et les modalités de cette ingérence.

18. Plus généralement, des responsables politiques au pouvoir affirment que les règles existantes permettent des abus du système de justice à l'encontre des citoyens et qu'il est urgent de modifier ces règles, notamment celles inscrites dans le Code pénal et dans le Code de procédure pénale, pour protéger les droits fondamentaux. Parallèlement, il est fait état de pressions et d'intimidation contre des juges et des procureurs, y compris de la part de responsables politiques de haut rang et à travers des campagnes médiatiques.

⁵ Voir les Conclusions du Conseil des ministres du 17 octobre 2006 (13339/06) et la décision de la Commission du 13 décembre 2006 établissant un mécanisme de coopération et de vérification des progrès réalisés par la Roumanie en vue d'atteindre certains objectifs de référence spécifiques en matière de réforme du système judiciaire et de lutte contre la corruption (C(2006) 6569 final).

⁶ Le dernier rapport au titre du mécanisme, adopté en novembre 2017, note à cet égard : « *Au cours des neuf mois écoulés depuis [le rapport de janvier 2017], la Roumanie a connu deux gouvernements et la coopération entre pouvoirs publics (parlement, gouvernement et système judiciaire) est devenue de plus en plus difficile, en raison de tensions grandissantes* ». Voir le Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les progrès réalisés par la Roumanie au titre du mécanisme de coopération et de vérification, COM(2017) 751 final, Bruxelles, 15 novembre 2017.

⁷ Ordonnance d'urgence 13/2017, portant modification du Code pénal et des procédures pénales.

⁸ D'après les informations fournies par la DNA, la Direction a mis en cause au cours des cinq dernières années plus de 68 hauts responsables pour des infractions de corruption (ou assimilées) : 14 ministres et anciens ministres, 39 députés, 14 sénateurs et un membre du Parlement européen. Les tribunaux ont condamné définitivement 27 de ces personnalités (5 ministres, 17 députés, 4 sénateurs et un membre du Parlement européen). Au cours de la même période, des mesures de saisie ont été ordonnées pour un montant de plus de 2 milliards d'euros.

⁹ Selon les informations fournies à la Commission de Venise, il existe environ 65 protocoles de coopération de ce type, notamment entre le Service de Renseignement Roumain et différentes branches du système judiciaire. D'après certains représentants des autorités roumaines, le recours au soutien technique offert par le Services de Renseignements est devenu le mode opératoire standard de la DNA et a été appliqué des milliers de fois. La Commission de Venise a déjà estimé qu'« une analyse approfondie des règles juridiques relatives au contrôle des services de renseignement [semblait] nécessaire » (CDL-PI(2018)007, paragraphe 97).

19. Bien qu'il existe en Roumanie un consensus, confirmé par de nombreux interlocuteurs dans le pays, sur la nécessité de repenser et d'améliorer le droit pénal et la procédure pénale, une telle réforme requiert du temps pour débattre, des consultations larges et approfondies et des études d'impact. Pour identifier les solutions les mieux adaptées aux lacunes conformément aux normes et aux bonnes pratiques existantes, l'existence d'un cadre favorable à des discussions rationnelles et constructives constitue un préalable indispensable.

20. Dans ce contexte polémique, les amendements au Code pénal et au Code de procédure pénale (ainsi qu'à la loi n° 78/2000 relative à la prévention, au dépistage et à la répression des faits de corruption et à la loi n° 304/2004 sur l'organisation judiciaire), proposés par la coalition majoritaire formée par le PSD et l'ALDE, ont été adoptés par le Parlement roumain selon la procédure d'urgence, peu transparente et ne laissant que très peu de temps pour un véritable débat public (voir des observations au chapitre V. A, ci-dessous). Les amendements au CP ont été adoptés par le Parlement roumain le 18 juin 2018, ceux au CPP le 4 juillet 2018.

21. Immédiatement après leur adoption par le parlement, les deux projets de lois ont été contestés devant la Cour constitutionnelle par les partis d'opposition, la Haute Cour de cassation et de justice et le Président de la Roumanie. Le 12 octobre 2018, la Cour constitutionnelle a établi que plus de 60 articles du projet de loi portant modification du Code de procédure pénale n'étaient pas conformes à la Constitution roumaine¹⁰. La Cour devrait examiner le 24 octobre 2018 la constitutionnalité des amendements au Code pénal qui ont été contestés.

IV. Normes applicables

22. Les amendements touchent au domaine de la politique pénale, dans lequel les autorités nationales jouissent traditionnellement d'une grande latitude. La Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, fait preuve de retenue juridictionnelle en particulier sur les aspects suivants : a) l'établissement des faits de la cause, b) l'interprétation et l'application du droit interne, c) la recevabilité et l'appréciation des éléments de preuve présentés au procès et d) l'équité, quant au fond, de l'issue de la procédure devant la juridiction interne (dont la culpabilité ou l'innocence de l'accusé dans une procédure pénale¹¹). Les législateurs recherchent un équilibre entre d'une part la préservation des droits de la défense - souvent inscrite dans les traités sur les droits de l'homme, comme le droit à un procès équitable (article 6 CEDH) ou le droit au respect de la vie privée (article 8 CEDH) - et d'autre part *l'effet utile* de la lutte contre les actes érigés en infractions pénales.

23. Sur la manière de trouver cet équilibre, il n'existe pas de modèle uniforme. Pour évaluer les amendements examinés, la Commission a tenu compte des normes internationalement reconnues pouvant s'appliquer aux aspects couverts par son analyse, ainsi que des obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour l'analyse des questions couvertes par les directives de l'UE mentionnées plus haut, la Commission a aussi tenu compte des exigences découlant de ces deux directives.

¹⁰ Voir le communiqué de presse de la Cour constitutionnelle : <https://www.ccr.ro/noutati/COMUNICAT-DE-PRES-332>.

¹¹ Voir pour approfondir : M. Kuijer, « Margin of Appreciation Doctrine and the Strengthening of the Principle of Subsidiarity in the Recent Reform Negotiations », in : *Human Rights Law Journal*, vol. 36 n°s 7-12 [2016], pp. 339-347.

Normes issues des instruments internationaux de lutte contre la corruption

24. La Convention pénale sur la corruption (1999¹²), ratifiée par la Roumanie en 2002, appelle entre autres à adopter des mesures législatives pour ériger en infractions pénales un large éventail de faits de corruption :

- (1) corruption active et passive d'agents publics nationaux et d'agents publics étrangers ;
- (2) corruption active et passive de parlementaires nationaux, étrangers et de membres d'assemblées parlementaires internationales ;
- (3) corruption active et passive dans le secteur privé ;
- (4) corruption active et passive de fonctionnaires internationaux ;
- (5) corruption active et passive de juges nationaux, étrangers et internationaux et d'agents de cours internationales ;
- (6) trafic d'influence, actif et passif ;
- (7) blanchiment du produit des infractions de corruption ;
- (8) infractions comptables (factures, écritures comptables, etc.) liées à la commission des infractions de corruption.

25. La Convention demande en outre des sanctions et des mesures « *effectives et dissuasives* », dont la confiscation des produits des infractions pénales (article 19).

26. Dans le même esprit, l'article 30.3 de la Convention des Nations Unies contre la corruption (2003¹³) appelle les États parties à la Convention à « *optimiser l'efficacité des mesures de détection et de répression* ».

27. Comme la Commission de Venise l'a déjà affirmé dans un avis, les instruments internationaux « *définissent clairement une obligation internationale dans le domaine de la corruption, c'est-à-dire l'obligation des États de mettre en place des organes, services ou personnes spécialisés, chargés de combattre la corruption par la répression. Les exigences clés d'un exercice approprié et effectif des fonctions de ces organes, telles qu'elles ressortent des instruments précités sont les suivantes : l'indépendance/autonomie (degré suffisant d'autonomie structurelle et opérationnelle, y compris des dispositions légales et institutionnelles pour prévenir toute ingérence politique ou autre) ; la transparence et l'obligation de rendre des comptes ; un personnel spécialisé et formé ; des ressources et compétences appropriées*¹⁴ ».

28. La mise en œuvre de la Convention pénale sur la corruption est suivie par le Groupe d'États contre la corruption (GRECO). Dans un rapport *ad hoc* publié en avril 2018¹⁵, le GRECO exprime les préoccupations suivantes (voir en particulier les paragraphes 60 et 63) :

« Le GRECO est également préoccupé par les objectifs poursuivis par certains projets d'amendements au droit pénal (matériel et procédural) et le processus législatif engagé en décembre à cet égard, qui pourraient avoir un impact négatif sur les efforts de lutte contre la corruption. [...] Ces amendements soulèvent de sérieuses inquiétudes tant au niveau national que parmi d'autres pays pour leur impact négatif potentiel sur l'entraide judiciaire et la capacité du système de justice pénale à traiter les formes graves de criminalité, y compris les infractions liées à la corruption. [...] la Roumanie devrait s'abstenir d'adopter des amendements au droit pénal qui contrediraient ses engagements internationaux et affaibliraient ses capacités nationales en matière de lutte contre la corruption ».

¹² STE n° 173.

¹³ Résolution 58/4 de l'Assemblée générale, 31 octobre 2003 ; ratifiée par la Roumanie en 2004.

¹⁴ CDL-AD(2014)041, Avis intérimaire concernant le projet de loi sur le Bureau spécial du ministère public du Monténégro, paragraphes 17, 18 et 23. Voir aussi CDL-PI(2018)007, paragraphe 106.

¹⁵ Doc. Greco-AdHocRep(2018)2, adopté le 23 mars 2018 et publié le 11 avril 2018.

Normes issues des obligations positives (procédurales) en vertu des traités de droits de l'homme

29. Les traités de droits de l'homme, tels que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, offrent une protection non seulement aux suspects dans les procès au pénal (présomption d'innocence, moyens adéquats de préparer leur défense, respect de la vie privée, etc.), mais aussi aux victimes d'infractions pénales. Cette dernière forme de protection passe habituellement par l'affirmation que les autorités de l'État ont l'obligation positive d'offrir une protection *effective* aux victimes d'actes criminels et de dissuader *effectivement* les criminels potentiels de passer à l'action. Les obligations positives en vertu des traités de droits de l'homme ne sont en rien un phénomène nouveau, mais la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme les reconnaît de plus en plus¹⁶. Ashworth¹⁷ distingue trois catégories d'obligations positives :

- l'obligation d'adopter des dispositions pénales et d'en assurer l'application effective¹⁸. Cette première obligation englobe entre autres :
 - l'obligation pour le législateur de contrer certains phénomènes sociétaux au moyen de dispositions de droit pénal, les seules à avoir un réel effet dissuasif¹⁹ ;
 - l'obligation pour le législateur de veiller à ce que les enquêtes sur certaines formes de criminalité ne dépendent pas du dépôt officiel d'une plainte par la victime ou par une tierce partie²⁰ ;
 - l'obligation, pour le ministère public, de poursuivre certaines formes de criminalité²¹ ;
 - l'obligation de veiller à ce que les comportements criminels soient sanctionnés de manière effectivement dissuasive et sans entraîner une immunité de fait²². L'imposition de peines légères engendre un climat d'impunité²³ ;

¹⁶ Pour approfondir sur ce sujet, voir : P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten (oratie Nijmegen)*, Nijmegen : Wolf Legal Publishers 2008, p. 7. Voir aussi Laurens Lavrysen, *Human rights in a positive state*, Intersentia, 2016.

¹⁷ A. Ashworth, *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford : Hart Publishing, 2013.

¹⁸ Voir par exemple Cour européenne des droits de l'homme, 19 juillet 2018, *Sarishvili-Bolkvadze c. Géorgie*, requête n° 58240/08, paragraphe 77. La Cour a constaté la violation de l'obligation positive, en vertu de la Convention, d'offrir un cadre réglementaire fonctionnel assurant effectivement la conformité avec la réglementation applicable. Voir aussi Cour européenne des droits de l'homme, 4 décembre 2003, *M.C. c. Bulgarie*, requête n° 39272/98, paragraphe 153 : « [...] la Cour estime que les États ont l'obligation positive, inhérente aux articles 3 et 8 de la Convention, d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol et de les appliquer en pratique au travers d'une enquête et de poursuites effectives ».

¹⁹ Par exemple Cour européenne des droits de l'homme, 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, Série A-91, paragraphe 27 : « Il y va en l'espèce de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée. Seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine ».

²⁰ Par exemple Cour européenne des droits de l'homme, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02. Pour cette affaire portant sur des violences familiales, la Cour a mené une analyse comparative et conclu que la pratique montrait, malgré l'absence d'un consensus général, que plus l'infraction était grave et le risque de récidive élevé, plus les autorités de poursuite avaient tendance à maintenir l'action publique dans l'intérêt général malgré le retrait de la plainte de la victime.

²¹ Cour européenne des droits de l'homme, 30 novembre 2004, *Öneriyildiz c. Turquie*, requête n° 48939/99, paragraphe 93 : « L'absence d'incrimination et de poursuites à l'encontre des personnes responsables d'atteintes à la vie peut entraîner une violation ».

²² Cour européenne des droits de l'homme, 20 décembre 2007, *Nikolova et Velichkova c. Bulgarie*, requête n° 7888/03, paragraphe 62 : « Il s'ensuit que la Cour, tout en reconnaissant aux tribunaux nationaux une marge d'appréciation notable dans le choix de sanctions appropriées en cas de mauvais traitements et d'homicide par des agents de l'État, doit exercer un certain contrôle et intervenir en cas de disproportion manifeste entre la gravité de l'acte et la peine proposée. Si elle s'en abstenait, le devoir qu'a l'État de mener une enquête effective perdrait beaucoup de sa signification et le droit affirmé à l'article 2, malgré son importance fondamentale, deviendrait en pratique inexistant ».

²³ Ksenija Turković, juge, « Les Cours internationales et nationales face aux violations massives des droits de l'homme », Ouverture de l'année judiciaire – Séminaire – 29 janvier 2016.

- l'obligation d'adopter des mesures préventives pour protéger les personnes contre les risques imminents posés par les actes criminels d'un tiers. Cette obligation a trait avant tout à la « doctrine Osman²⁴ » et s'avère moins pertinente pour les amendements examinés ;
- l'obligation de mener une enquête effective pour que les auteurs soient identifiés et sanctionnés²⁵. Une réponse prompte de la part des autorités peut éviter « toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux²⁶ ». Cela recouvre l'obligation de veiller à ce que la mise en œuvre effective des dispositions pénales ne soit pas entravée par des difficultés opérationnelles²⁷.

30. Ce pan de la jurisprudence européenne s'est principalement développé au sujet d'infractions pénales de violence physique (ayant parfois entraîné la mort de la victime) : violences familiales, traite, meurtre ou homicide, etc. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu les obligations positives susmentionnées au titre du volet procédural des articles 2 et 3 de la CEDH, par exemple. À ce jour, cette partie de la jurisprudence n'a pas encore été appliquée spécifiquement dans le contexte de la lutte contre la corruption. Cependant, la Commission réitère que les amendements examinés ne se limitent pas aux infractions pénales de corruption. Ils concernent un large éventail de dispositions du Code pénal visant à combattre des formes graves de comportement criminel.

31. On peut conclure de ce qui précède que l'État a l'obligation positive de veiller à ce que son système pénal lutte effectivement contre les formes graves de criminalité, à ce que son droit pénal dissuade fortement de commettre de tels actes criminels et à ce que leurs auteurs ne restent pas impunis.

Exigences de l'État de droit

32. La Commission de Venise a également pris en compte, dans le présent avis, les exigences clés de l'État de droit telles que décrites dans sa Liste des critères de l'État de droit, adoptée lors de sa session des 11 et 12 mars 2016. La Commission y souligne entre autres que « *le respect du droit constitue l'une des exigences fondamentales de l'État de droit. Cela implique que les organes de l'État mettent effectivement en œuvre les lois. L'État de droit perd tout son sens si le droit reste lettre morte et si son respect n'est pas assuré. La mise en œuvre du droit passe par une triple obligation : les sujets de droit doivent lui obéir, l'État doit raisonnablement le faire respecter et les agents publics doivent agir dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés* ». Parmi les obstacles à la mise en œuvre effective du droit figurent la mauvaise qualité de la législation ou l'absence de sanctions suffisantes (*lex imperfecta*) et la mise en œuvre insuffisante ou sélective des sanctions prévues²⁸.

33. Le document signale la corruption comme particulièrement préoccupante pour l'État de droit. La corruption « débouche sur l'arbitraire et l'abus de pouvoir » et « sape ainsi les fondements mêmes de l'État de droit ». « La prévention et la répression des actes liés à la corruption sont des volets importants de la lutte contre la corruption, et figurent dans de nombreuses conventions internationales et autres instruments. »²⁹

²⁴ Cour européenne des droits de l'homme, 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume-Uni*, requête n° 23452/94. La responsabilité de l'État peut être engagée lorsque « lesdites autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate dans leur vie du fait des actes criminels d'un tiers, et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque ».

²⁵ Voir par exemple Cour européenne des droits de l'homme [GC], 15 mai 2007, *Ramsahai et autres c. Pays-Bas*, requête n° 53291/99.

²⁶ Cour européenne des droits de l'homme, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02.

²⁷ Cour européenne des droits de l'homme, 28 janvier 2014, *O'Keeffe c. Irlande*, requête n° 35810/09.

²⁸ Liste des critères de l'État de droit (CDL-AD(2016)007), paragraphes 53 à 55.

²⁹ Liste des critères de l'État de droit (CDL-AD(2016)007), paragraphe 115.

V. Analyse

A. Le processus législatif

34. Le processus législatif qui a conduit à l'adoption des amendements aux deux codes a suscité de vives critiques, de la part du monde judiciaire comme de la société roumaine. Les projets de lois portant modification des codes, adoptés via une procédure urgente, ont été principalement examinés dans le cadre d'une entité spécialement créée à cette fin (une commission spéciale mixte, c'est-à-dire composée de membres des deux chambres du Parlement roumain). La possibilité, offerte par le système bicaméral roumain, d'une lecture plus approfondie de cette législation importante par deux entités, selon la procédure habituelle, n'a donc pas été utilisée.

35. La durée des discussions, très limitée, n'a pas permis de véritable débat sur ces amendements très nombreux et d'une portée substantielle. Les contributions des différents secteurs du système judiciaire roumain n'ont été prises en compte que dans une mesure très restreinte, alors qu'elles étaient issues de consultations vastes et approfondies auprès des membres des parquets et des tribunaux de tout le pays, du Conseil supérieur de la magistrature et des associations professionnelles. Des juristes, et même la Haute Cour de cassation et de justice, ont lancé des mises en garde : l'entrée en vigueur des amendements risquait d'avoir de graves conséquences sur le fonctionnement du système pénal roumain. Un processus de discussion plus ample, fondé sur le dialogue avec les professionnels du droit et avec l'ensemble de la société et évaluant en détail l'impact des nombreux amendements, aurait été souhaitable, et même nécessaire.

36. En raison du manque de transparence sur l'ordre du jour et de la teneur des discussions de la commission spéciale, il a été très difficile, pour les parties prenantes intéressées, de suivre ces discussions et d'y contribuer utilement.

37. En outre, le débat préalable à l'adoption des amendements par les deux chambres en session plénière paraît excessivement court, lorsqu'on sait qu'il s'agissait d'apporter plus de 300 amendements à deux codes particulièrement importants et sensibles³⁰.

38. Enfin, la Commission ne peut ne pas observer que le parlement a adopté ces amendements controversés aux codes pénaux à un moment où ils allaient affecter directement des procédures judiciaires en cours, dont certaines visaient des parlementaires. En ce sens, une comparaison peut être établie avec l'affaire *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, dans laquelle l'intervention du législateur visait en fait des procédures judiciaires en cours auxquelles l'État lui-même était partie :

« [...] la Cour ne peut perdre de vue ni le calendrier ni les modalités de l'adoption de l'article 12 de la loi n° 1701/1987, [...] [qui] concernait en réalité – sans la mentionner – l'entreprise requérante. [...] Force est cependant de constater que l'intervention du législateur en l'espèce eut lieu à un moment où une instance judiciaire à laquelle l'État était partie se trouvait pendante. [...] Le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige. [...] En conclusion, l'État a porté atteinte aux droits des requérants

³⁰ D'après les informations fournies à la Commission de Venise, l'adoption des amendements au CPP par la Chambre des députés en séance plénière n'a pas pris plus de quelques heures.

garantis par l'article 6 paragraphe 1 (art. 6-1) en intervenant d'une manière décisive pour orienter en sa faveur l'issue – imminente – de l'instance à laquelle il était partie³¹ ».

39. La Commission se montre – constamment³² – très critique vis-à-vis des situations dans lesquelles un parlement adopte en procédure accélérée des lois réglementant d'importants aspects de l'ordre juridique ou politique. Une telle approche du processus législatif ne peut offrir les conditions nécessaires à une véritable consultation de l'opposition et de la société civile. En particulier lorsque les décisions portent sur des questions d'une importance majeure pour la société, comme la justice pénale et la lutte contre la corruption, des consultations larges et approfondies sont des conditions clés pour l'adoption d'un cadre juridique opérationnel et acceptable par les personnes actives dans le domaine concerné.

B. Observations spécifiques

1. Amendements au Code pénal

a. Peines accessoires (article 65 CP)

40. Le nouveau paragraphe 3¹ ajouté à l'article 65 propose de suspendre l'exécution des peines accessoires (dont des restrictions au droit des personnes condamnées de se porter candidates à l'élection à une fonction publique ou d'occuper un poste comprenant l'exercice de l'autorité publique) lorsque l'intéressé est condamné à une peine avec sursis.

41. En principe, l'interdiction d'exercer une fonction publique se justifie dans de nombreux cas, sous réserve du respect du principe de proportionnalité. La Commission de Venise a affirmé : *« L'exercice du pouvoir politique par des personnes ayant gravement enfreint la loi compromet la mise en œuvre de ce principe [le principe de légalité], qui constitue à son tour une condition de la démocratie et peut donc menacer le caractère démocratique de l'État : une personne qui n'est pas encline à reconnaître les règles de conduite dans une société démocratique risque de ne pas être disposée à respecter les règles constitutionnelles et internationales de la démocratie et de l'État de droit. En pareil cas, la restriction du droit d'être élu ou du droit de siéger au parlement repose notamment sur la violation constatée du droit pénal adopté démocratiquement, c'est-à-dire des règles de conduite généralement admises³³ ».*

42. Bien que la gravité de la peine constitue l'un des éléments du critère de proportionnalité, la nature de l'infraction est tout aussi importante. Il est adéquat de restreindre le droit d'exercer une fonction publique pour une longue durée en cas de faits de corruption et d'infractions électorales graves, étant donné l'impact que de telles infractions pénales ont sur la confiance du public envers l'État et la nature démocratique des élections³⁴. Pour de telles infractions, même une peine avec sursis suffit à justifier l'interdiction d'exercer une fonction publique³⁵.

³¹ Cour européenne des droits de l'homme, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, Série A-301-B, paragraphes 47, 49 et 50. Voir aussi Cour européenne des droits de l'homme, 7 novembre 2000, *Anagnostopoulos c. Grèce*, requête n° 39374/98, paragraphe 20.

³² CDL-AD(2011)001, Avis sur trois questions juridiques apparues lors de la rédaction de la nouvelle Constitution hongroise, paragraphes 16-19 ; voir aussi CDL-AD(2012)026, Avis concernant la compatibilité avec les principes constitutionnels et l'État de droit des mesures adoptées par le Gouvernement et le Parlement de Roumanie à l'égard d'autres institutions de l'État et l'ordonnance gouvernementale d'urgence modifiant la loi n° 47/1992 sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle, ainsi que l'ordonnance gouvernementale d'urgence modifiant et complétant la loi n° 3/2000 sur l'organisation d'un référendum, paragraphe 74.

³³ Voir Commission de Venise, Rapport sur l'exclusion des délinquants du parlement, CDL-AD(2015)036, paragraphe 139.

³⁴ Voir Commission de Venise, Rapport sur l'exclusion des délinquants du parlement, CDL-AD(2015)036, paragraphe 155.

³⁵ La Cour européenne des droits de l'homme a également examiné des affaires dans lesquelles une personne avait été condamnée à une peine de prison avec sursis combinée à une mesure d'inéligibilité pour dix ans. Voir *Féret c. Belgique*, requête n° 15615/07, 16 juillet 2009.

43. Les tribunaux doivent jouir d'une certaine latitude à cet égard, notamment pour déterminer si la nature de l'infraction appelle l'interdiction d'exercer une fonction publique même dans des affaires moins graves, n'entraînant qu'une peine avec sursis, et pour fixer le cas échéant la durée de l'interdiction. Les dispositions actuelles du Code pénal roumain confient effectivement aux tribunaux la tâche d'appliquer ces peines complémentaires, à la lumière de la nature et de la gravité de l'infraction, des circonstances particulières de l'espèce et de la personnalité de l'auteur (article 67.1). Lorsque la loi elle-même prévoit une telle peine pour l'infraction commise (article 67.2), le juge *doit* interdire l'exercice de deux droits spécifiques : le droit de se porter candidat à l'élection à une fonction publique et celui d'occuper un poste comprenant l'exercice de l'autorité publique (voir l'article 66 CP, paragraphes 2 et 3).

44. Compte tenu des observations ci-dessus, il est recommandé de réexaminer le nouveau paragraphe 3¹.

b. Mesures de confiscation élargie (article 112¹ CP)

45. L'un des objectifs des amendements législatifs est de mettre en œuvre les dispositions de la Directive 2014/42 de l'Union européenne sur la confiscation élargie. La directive établit des règles minimales pour la confiscation élargie afin de donner aux autorités compétentes les moyens de dépister, de geler, de gérer et de confisquer les produits du crime. L'article 112¹ CP, tel que modifié, étend le champ de la confiscation élargie à toutes les infractions pénales pour lesquelles la loi prévoit une peine de plus de quatre ans d'emprisonnement. Mais parallèlement, il ajoute de nouvelles conditions qui compliquent nettement l'exécution de la mesure. La confiscation élargie ne sera possible que si le tribunal est convaincu sur la base des circonstances de l'espèce, dont les preuves et éléments factuels disponibles, que : 1/ la valeur des avoirs acquis par la personne condamnée sur une période de cinq ans avant et, si nécessaire, après la perpétration de l'infraction, jusqu'à son inculpation, excède clairement les revenus licites de la personne (nouveau paragraphe 2a) ; 2/ les avoirs à confisquer sont issus d'une conduite criminelle (nouveau paragraphe 2b) ; et 3/ il est prouvé « sans aucun doute » que la personne condamnée a participé aux activités criminelles ayant généré les avoirs et les capitaux à confisquer (nouveau paragraphe 2¹). En outre, les avoirs transférés à un membre de la famille ou à un autre tiers ne peuvent être confisqués que si la personne concernée savait que ce transfert visait à éviter la confiscation (nouveaux paragraphes 3 et 9).

46. Selon la disposition actuelle, seules deux conditions cumulatives sont à remplir pour que le tribunal ordonne une confiscation élargie : 1/ le tribunal est « convaincu » que les biens concernés proviennent d'activités criminelles ; 2/ la valeur des biens acquis par la personne condamnée excède clairement ses revenus licites.

47. Les autorités roumaines expliquent, en se référant au préambule de la directive 2014/42/UE, que les nouvelles conditions sont « *absolument nécessaires pour préserver le droit de propriété, les règles en vigueur autorisant la confiscation de biens sur la base de simples suppositions, sans qu'aucune preuve soit requise* », et que la seule conviction du tribunal est une notion « *arbitraire et d'une totale subjectivité*³⁶ ».

48. Or, les exigences imposées par la directive UE aux tribunaux des États membres de l'UE en matière de confiscation élargie sont beaucoup plus souples. Aux termes de l'article 5.1 de la directive, la confiscation élargie doit être possible simplement lorsqu'une juridiction est *convaincue* que les biens en question proviennent d'activités criminelles. Comme expliqué au considérant 21 du préambule, « *[c]ela ne signifie pas qu'il doit être établi que les biens en question proviennent d'activités criminelles. Les États membres peuvent prévoir qu'il serait*

³⁶ Voir le Point de vue de la Commission spéciale du Parlement roumain.

suffisant, par exemple, que la juridiction juge selon le critère de la plus grande probabilité ou suppose raisonnablement qu'il est nettement plus probable que les biens en question aient été obtenus par des activités criminelles plutôt que par d'autres activités³⁷ ».

49. Comme indiqué en préambule (considérant 22), la directive « établit des règles minimales. Elle n'empêche pas les États membres de prévoir des pouvoirs plus étendus dans leur droit national, y compris, par exemple, en ce qui concerne les règles de preuve ». Cela indique clairement que le législateur national ne doit pas imposer d'exigences plus strictes que celles prévues par la directive.

50. Le législateur roumain a pourtant opté, pour autoriser une confiscation élargie, pour le niveau de preuve le plus élevé – « sans aucun doute ». En demandant aux tribunaux d'appliquer le critère « sans aucun doute » aux mesures de confiscation élargie, le législateur a commis une erreur fondamentale. En pratique, cet amendement aura probablement pour effet que les tribunaux ne tranchent que rarement en faveur de la confiscation élargie car dans la plupart des affaires, le parquet sera incapable de prouver au-delà du doute raisonnable que la valeur des avoirs excède clairement les revenus licites de la personne condamnée et que ces avoirs proviennent d'activités criminelles.

51. Autre obstacle pratique, qui pose problème en termes de prévisibilité de la loi : on constate un manque de cohérence entre le niveau de preuve exigé au nouvel article 112¹, alinéa 2¹ CP (« sans aucun doute ») et celui prévu par les dispositions de l'article 112¹ 1) et 2) b), qui mentionnent la « conclusion atteinte » (en roumain « convingere », [en français « conviction »]) par le tribunal sur la base des circonstances de l'espèce, etc.

52. Concernant le niveau de preuve requis pour la confiscation élargie, la Cour constitutionnelle roumaine s'est déjà prononcée sur la question, dans les termes suivants : « On ne saurait assumer que la présomption d'acquisition licite de biens ne puisse être renversée que par des preuves, c'est-à-dire en démontrant que les biens en question proviennent de la perpétration d'infractions. Aux yeux de la Cour, si cette approche devait être retenue, la saisie spéciale de biens pourrait s'appliquer, auquel cas la mesure de confiscation élargie deviendrait inutile³⁸ ».

53. La Cour constitutionnelle roumaine a conclu que la modalité selon laquelle, en vertu des dispositions pénales existantes³⁹, un tribunal pouvait ordonner la confiscation élargie n'enfreignait pas les dispositions constitutionnelles protégeant le droit à la propriété privée, dont le principe constitutionnel de présomption d'acquisition licite⁴⁰. La Cour souligne en particulier que c'est à travers une procédure judiciaire publique et contradictoire que le juge en arrive à la conclusion (« se convainc ») que les avoirs à confisquer proviennent d'activités criminelles.

54. Concernant la condition que le membre de la famille/le tiers sache que les avoirs lui ont été transférés pour éviter leur confiscation, il faut noter que l'article 6 de la directive 2014/42/UE, tout en soulignant les « droits des tiers de bonne foi », prévoit que les États permettent la confiscation « au moins dans les cas où ces tiers savaient ou auraient dû savoir que la finalité

³⁷ Le critère de la prépondérance des probabilités est utilisé par les juridictions du Royaume-Uni et des États-Unis, avant tout dans les affaires au civil au moment de trancher sur le fond. Lord Nicholls, membre de la Chambre des Lords (Royaume-Uni), le résume ainsi : « Selon le critère de la prépondérance des probabilités, un tribunal acquiert la conviction qu'un événement s'est produit s'il considère, sur la base des preuves, que l'occurrence de cet événement est plus probable que sa non-occurrence. Au moment de peser les probabilités, et en tenant compte des particularités de l'espèce, le tribunal garde à l'esprit que plus l'allégation est grave, moins il est probable que l'événement se soit produit et par conséquent, plus les preuves sur lesquelles le tribunal s'appuie pour donner foi à l'allégation doivent être solides » (*In re H (Minors)* [1996] AC 563, p. 586).

³⁸ Voir Cour constitutionnelle, décision n° 356/2014 du 25 juin 2014, sur l'exception d'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 118², paragraphe 2 a) du Code pénal de 1969, paragraphe 39.

³⁹ Loi n° 63/2012 modifiant et complétant le Code pénal. Voir Cour constitutionnelle, décision n° 356/2014, paragraphes 43 et 44.

⁴⁰ Article 44.8 de la Constitution

du transfert ou de l'acquisition était d'éviter la confiscation ». Là encore, la directive UE s'avère moins exigeante que les projets de nouveaux paragraphes 3 et 9 de l'article 112¹ du CP.

55. En l'absence de justification convaincante de la nécessité d'exiger, dans le contexte roumain, un niveau de preuve aussi élevé, il est difficile de conclure que les amendements proposés respectent l'obligation qu'a l'État roumain de veiller à adopter en droit interne des sanctions et des mesures « effectives et dissuasives », dont la confiscation des produits des infractions pénales⁴¹. Il est recommandé de retirer les dispositions proposées ou de les modifier conformément aux obligations internationales de la Roumanie en matière de confiscation élargie.

c. Délais de prescription (articles 154 et 155 CP)

56. Dans sa version actuelle, l'article 154.1 définit ainsi les délais de prescription de la responsabilité pénale :

« 1) La responsabilité pénale est prescrite après les délais suivants :

- a) 15 ans, lorsque la peine prévue par la loi pour l'infraction commise est l'emprisonnement à vie ou une peine d'emprisonnement de plus de 20 ans ;
- b) 10 ans, lorsque la peine prévue par la loi pour l'infraction commise est une peine d'emprisonnement de plus de 10 ans, mais ne dépassant pas 20 ans ;
- c) 8 ans, lorsque la peine prévue par la loi pour l'infraction commise est une peine d'emprisonnement de plus de 5 ans, mais ne dépassant pas 10 ans ;
- d) 5 ans, lorsque la peine prévue par la loi pour l'infraction commise est une peine d'emprisonnement de plus d'un an, mais ne dépassant pas 5 ans ;
- e) 3 ans, lorsque la peine prévue par la loi pour l'infraction commise est une peine d'emprisonnement ne dépassant pas un an ou une amende ».

57. Il est proposé de modifier les alinéas b) et c) en abaissant le délai de prescription de 10 à 8 ans pour une peine de 10 à 20 ans d'emprisonnement, et de 8 à 6 ans pour une peine de 5 à 10 ans d'emprisonnement. Parallèlement, les amendements proposés réduisent la peine maximale pour plusieurs infractions.

58. Les changements proposés soulèvent plusieurs problèmes. Tout d'abord, l'amendement à l'article 154.1 n'est pas cohérent au regard de l'alinéa d) : le délai de prescription de 5 ans restant le même, l'écart entre c) et d) devient très faible.

59. Mais surtout, l'amendement crée un risque élevé que dans les affaires complexes, la prescription des faits n'intervienne avant que l'enquête et le procès aient pu être menés à bien. Cette préoccupation est encore renforcée par la nouvelle règle imposant de conclure les enquêtes pénales dans un délai d'un an (voir les observations au chapitre B.2.b). Pris ensemble, ces changements vont clairement entraver la capacité de la justice roumaine à offrir de véritables recours contre la non-application de la loi et à sanctionner dûment les auteurs d'infractions pénales.

60. Pour des actes de torture, par exemple, l'abaissement proposé du délai de prescription de la responsabilité pénale à 6 ans irait à l'encontre de la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. La Cour a critiqué dans

⁴¹ « Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour lui permettre de confisquer ou de priver autrement des instruments et des produits des infractions pénales établies en vertu de la présente Convention, ou des biens dont la valeur correspond à ces produits ». Convention pénale sur la corruption, article 19.3 ; voir aussi l'article 31 de la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUC).

plusieurs arrêts les délais de prescription courts, voire l'existence même de tels délais pour les plus graves atteintes aux droits de l'homme⁴².

61. Selon la Haute Cour de cassation et de justice de Roumanie, les modifications proposées constituent des solutions législatives qui « affectent l'équilibre entre d'une part le droit de l'État d'engager la responsabilité pénale des personnes qui commettent des infractions, qui correspond à l'intérêt général, et d'autre part le droit des personnes de bénéficier de la prescription de la responsabilité pénale⁴³ ». La Haute Cour souligne ensuite que l'abaissement des délais de prescription, en cas d'atteintes aux personnes, ne crée pas « un juste équilibre entre les droits des personnes poursuivies pour de telles infractions et les droits des personnes lésées », et « ne répond pas à l'intérêt général, à savoir que les atteintes aux personnes soient sanctionnées ». Elle mentionne en particulier les coups et blessures, la privation illégale de liberté ou le viol, que des délais de prescription plus courts rendraient beaucoup plus difficiles à sanctionner.

62. La Haute Cour note en outre que ces solutions contreviennent aussi aux principes consacrés par la Cour constitutionnelle concernant les pouvoirs et la latitude du législateur en matière pénale. Comme l'explique la Cour constitutionnelle, l'article 1.3 de la Constitution roumaine, qui affirme que « la Roumanie est un État de droit, démocratique et social », « oblige le législateur à prendre des mesures pour défendre l'ordre et la sécurité publics en adoptant les instruments juridiques nécessaires à la prévention des dangers et des phénomènes criminels, en excluant toute réglementation susceptible d'encourager ces phénomènes⁴⁴ ».

63. La Commission relève dans le même temps que l'abaissement des délais de prescription touchera particulièrement les infractions de corruption⁴⁵. En effet, les peines prévues pour la plupart de ces infractions, à savoir la corruption passive (article 289), la corruption active (article 290), le trafic d'influence (article 291), l'achat d'influence (article 292), le détournement de fonds (article 295), l'abus de fonctions (article 297), etc. font partie de celles auxquelles s'appliquent les réductions de délais de prescription proposées aux alinéas b) et c) de l'article 154.1.

64. Aux termes de l'article 29 de la CNUC, « *chaque État Partie fixe, dans le cadre de son droit interne, un long délai de prescription dans lequel des poursuites peuvent être engagées du chef d'une des infractions établies conformément à la présente Convention et fixe un délai plus long ou suspend la prescription lorsque l'auteur présumé de l'infraction s'est soustrait à la justice* ». En outre, la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dispose que « le régime de prescription de l'infraction de corruption d'un agent public étranger devra ménager un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites relatives à cette infraction » (article 6)⁴⁶. Il n'est donc pas conforme aux instruments internationaux en matière de lutte contre la corruption de réduire de la sorte les délais de prescription concernant particulièrement les faits de corruption.

65. La Commission note que l'abaissement proposé des délais de prescription pose de graves problèmes aussi bien au regard de l'État de droit, en général, que du respect des obligations

⁴² Voir *Cestaro c. Italie*, 6884/11, arrêt (au principal et satisfaction équitable), Cour (quatrième section) | 07/04/2015, *Alikaj et autres c. Italie* (n° 47357/08, paragraphe 108, 29 mars 2011) ; voir aussi Comité des Ministres, décision, *Groupe Khashiyev c. Russie*, 18 septembre 2018 ; Comité des Ministres, décision, *Groupe Gharabishvili c. Géorgie*, 19 septembre 2017.

⁴³ Haute Cour de cassation et de justice de Roumanie, décision n° 8, session du 5 juillet 2018

⁴⁴ Cour constitutionnelle, décision n° 224/2017, paragraphes 34-35

⁴⁵ Dans le présent avis, la Commission de Venise désigne par l'expression « infractions de corruption » toutes les infractions couvertes par le Titre V – Infractions pénales de corruption et par des titulaires de fonctions publiques du Code pénal roumain, et non uniquement celles visées au *Chapitre I (Infractions de corruption)* du Titre V.

⁴⁶ Bien que la Roumanie ne soit pas membre de l'OCDE, il est entendu qu'elle s'est fixé pour objectif stratégique d'adhérer à cette organisation dans un avenir proche.

internationales du pays, en particulier. Elle recommande donc de réexaminer l'abaissement proposé des délais de prescription à la lumière des préoccupations exposées ci-dessus.

d. Définition de la notion d'agent public (article 175 CP)

66. L'amendement à l'article 175 du CP, qui restreint le champ de la notion d'« agent public » en droit pénal, a des répercussions claires sur l'application des infractions de corruption, en particulier l'abus de fonctions. Il est prévu d'abroger le paragraphe 2 de cet article, qui étend la définition aux personnes assurant des services d'intérêt public (notaires, experts judiciaires, employés des hôpitaux publics, etc.).

67. Ainsi, à l'avenir, les personnes assurant des services d'intérêt public n'entreront plus dans le champ des dispositions réglementant ces infractions et seront exonérées de responsabilité pénale. De nombreux actes de corruption dans le domaine des services publics ne feront donc plus l'objet d'enquêtes, et leurs auteurs ne seront pas sanctionnés.

68. Aux termes de l'article 2 a) ii) de la CNUC, la notion d'« agent public » s'étend à « *toute autre personne qui exerce une fonction publique, y compris pour un organisme public ou une entreprise publique, ou qui fournit un service public, tels que ces termes sont définis dans le droit interne de l'État Partie et appliqués dans la branche pertinente du droit de cet État* ». Le paragraphe 2 de l'actuel article 175 CP, abrogé par l'amendement proposé, semble conforme à la disposition de la CNUC : « *(2) Aux fins du droit pénal, sont aussi considérées comme agents publics : les personnes qui assurent une mission d'intérêt public, dont elles ont été investies par les pouvoirs publics ou qui sont soumises au contrôle ou à la supervision de ces derniers quant à l'accomplissement de cette mission* ».

69. De même, aux fins de la directive UE 2017/1371 du 5 juillet 2017⁴⁷ relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, la notion d'« agent public » est définie largement, puisqu'elle englobe toute personne exerçant une fonction exécutive, administrative, juridictionnelle ou législative au niveau national, régional ou local, ainsi que toute autre personne investie d'une fonction de service public touchant à la gestion des intérêts financiers de l'Union ou comportant des décisions relatives à ceux-ci.

70. La Cour constitutionnelle roumaine⁴⁸ a rejeté les tentatives précédentes visant à restreindre le champ de la notion d'agent public dans le Code pénal, au motif qu'elles enfreignaient l'article 16.1 (égalité des citoyens devant la loi) et 16.2 (« nul n'est au-dessus de la loi ») de la Constitution. Pour la Cour, les critères décisifs pour inclure des personnes dans le champ du droit pénal ou les en exclure comprennent « *la nature du service assuré, la base juridique sur laquelle repose l'activité ou le lien juridique qui existe entre la personne concernée et les autorités et institutions publiques* ». Dans sa décision, la Cour conclut, en se référant également à la définition de la CNUC, que « *la législation roumaine sur la lutte contre la corruption et contre l'abus de pouvoir par des agents publics est conforme aux exigences des règles internationales en la matière, qui, en vertu de l'article 11.2 de la Constitution, font partie du droit interne* » du moment qu'elles sont ratifiées ».

71. Il semble clair, au vu de ce qui précède, que l'amendement proposé à l'article 175 du CP n'est pas conforme à la définition de la notion d'« agent public » telle qu'elle figure dans les instruments internationaux pertinents. En outre, l'amendement pose aussi des problèmes de cohérence avec de nombreuses autres dispositions du Code pénal roumain, comme les articles 178, 259, 289, 308 et 317, qui continuent de renvoyer au paragraphe devant être

⁴⁷ Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal ; voir l'article 4.4.

⁴⁸ Cour constitutionnelle, décision n° 2/2014, voir paragraphes 4.1 et 6.2.4, Conclusions. Voir aussi Cour constitutionnelle, décision n° 603/2015 (paragraphe 28).

abrogé. Compte tenu des observations formulées dans les paragraphes précédents, il convient de réexaminer l'amendement proposé.

e. Faux témoignage (article 273 CP)

72. L'article 273 érige en infraction pénale le faux témoignage. Il est proposé d'ajouter un nouveau paragraphe 4, énonçant certaines des situations dans lesquelles un témoignage ne peut être qualifié de « faux ». Ce sont les suivantes :

« a) le refus, par une personne, de livrer un témoignage dans lequel elle s'auto-accuse ;
b) le refus de témoigner dans le sens requis par les autorités judiciaires investigatrices ;
c) le fait pour un témoin de revenir sur une déposition obtenue au moyen de pressions, quelle qu'en soit la forme ;
d) de simples écarts entre les témoignages livrés pendant le procès, sauf s'il est directement prouvé que ces écarts sont de mauvaise foi et visent à tromper ».

73. Selon la note explicative aux projets d'amendements, ce nouveau paragraphe vise à transposer en droit roumain les articles 4 et 7 de la directive UE 2016/343⁴⁹ sur la présomption d'innocence et le droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales. Il est toutefois précisé que la directive, comme l'indique son article 2 (Champ d'application), « s'applique aux personnes physiques qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales ».

74. Il n'y a pas d'objection de principe contre l'alinéa a), bien qu'il puisse sembler redondant puisque l'article 118 du Code de procédure pénale affirme déjà le droit des témoins de ne pas s'auto-accuser.

75. Chacun des trois autres alinéas apparaît comme problématique, à divers degrés. Le libellé de l'alinéa b) est très vague. Que signifie refuser de témoigner « dans le sens requis par les autorités judiciaires investigatrices » ? L'article 114.2 du Code de procédure pénale oblige les témoins à « dire la vérité ». Cela signifie, entre autres, que le témoin doit répondre aux questions (articles 122 et 381) sauf si la question est rejetée par le tribunal car « inutile ou non pertinente » (paragraphe 4 de l'article 381). Si le tribunal accepte la question, il faut y répondre honnêtement et le « sens requis par les autorités judiciaires investigatrices », quelle que soit la signification de cette expression, n'a pas d'importance. Il convient de retirer cet amendement ou, au moins, d'en clarifier le texte.

76. À première vue, l'alinéa c) correspond à la doctrine des États-Unis dite du « fruit de l'arbre empoisonné » : aucun élément obtenu d'un témoin sous la torture ou par une autre violation de ses droits constitutionnels ne saurait être admis comme preuve (*Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984)). La Cour européenne des droits de l'homme a suivi la même approche (*Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05 [GC], 1^{er} juin 2010).

77. Toutefois, il faut établir que le témoignage a été extorqué par des pressions ou par une autre méthode illicite. La simple affirmation, par le témoin, qu'il/elle a fait une déclaration sous pression ne saurait suffire. Il est donc souhaitable qu'une expression du type « il est établi que » soit ajoutée à l'alinéa c).

78. L'alinéa d) semble problématique, car il justifie tous les « simples écarts entre les témoignages » sauf s'il est « *directement prouvé* que ces écarts sont de mauvaise foi et visent à tromper ». La notion de « simple écart entre les témoignages » est extrêmement vague et

⁴⁹ Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales

pourrait englober de faux témoignages. Parallèlement, la Commission note qu'exiger que la mauvaise foi soit « directement prouvée » constitue un seuil trop élevé.

79. Comme l'ensemble des infractions pénales, l'infraction énoncée à l'article 273 doit être prouvée au-delà du doute raisonnable (d'après l'amendement à l'article 103 du CPP, elles devront à l'avenir être prouvées « sans aucun doute » – voir les observations au chapitre B.2.c) et l'intention criminelle doit elle aussi être prouvée au-delà du doute raisonnable, ce qui signifie que nul ne peut être condamné pour « faux témoignage » s'il n'est prouvé que l'intéressé avait l'intention de mentir. Par conséquent, il est inutile de prévoir des « protections » ou « exceptions » supplémentaires. En outre, l'audition des témoins est déjà réglementée en détail par le Titre IV (articles 114 à 124) et par plusieurs autres dispositions du Code de procédure pénale. Au vu de ces considérations, l'amendement proposé à l'article 273 CP paraît superflu et devrait être retiré, ou au moins remanié de façon à le rendre plus clair, en tenant compte des observations ci-dessus.

f. Atteinte aux intérêts de la justice (article 277 CP)

80. Les amendements proposés à l'article 277, paragraphes 1 à 3 du CP élargissent le champ de l'infraction de divulgation illicite d'informations confidentielles dans une affaire pénale. La divulgation illicite d'informations sur un procès pénal, lorsqu'elle est interdite par la loi, devient une infraction pénale même si elle ne gêne pas les poursuites pénales ou n'y fait pas obstruction. Cette question sera traitée plus en détail plus loin, dans le contexte des amendements au Code de procédure pénale.

81. En outre, deux nouveaux paragraphes 3¹ et 3², insérés après le paragraphe 3, visent à renforcer la protection de la présomption d'innocence du suspect/de l'accusé et, le cas échéant, le droit à un procès équitable :

« 3¹) L'agent public qui, avant le prononcé d'une condamnation définitive par le tribunal, se réfère à un suspect ou à un accusé comme si l'intéressé avait déjà été condamné est passible d'emprisonnement pour une durée comprise entre 6 mois et 3 ans. La peine est augmentée d'un tiers si cette déclaration est faite au nom d'une autorité publique.

3²) L'atteinte au droit à un procès équitable, c'est-à-dire le droit à faire valoir sa cause devant un tribunal indépendant et impartial, à travers toute intervention affectant le processus d'attribution aléatoire des affaires, est punie de l'emprisonnement pour une durée comprise entre 6 mois et 3 ans ».

82. Des inquiétudes se sont exprimées, en particulier parmi les membres des professions judiciaires, face au manque de précision, de clarté et de prévisibilité de certains des changements proposés. Pour beaucoup d'interlocuteurs de la Commission de Venise, ces changements, combinés à certaines modifications récentes des lois roumaines sur la justice⁵⁰, peuvent aussi être vus comme des moyens de pression sur les magistrats.

83. Des questions ont été soulevées concernant les circonstances dans lesquelles une divulgation devient une infraction, les propos interdits et le sujet actif de l'infraction : le nouveau paragraphe 3¹ s'appliquera-t-il à toute déclaration publique ou référence de la part d'un agent public, indépendamment du contexte de cette déclaration ? Cette disposition s'appliquera-t-elle à un procureur évoquant, dans le contexte d'un recours, la condamnation de l'accusé en

⁵⁰ Loi n° 303/2004 sur le statut des juges et des procureurs, loi n° 304/2004 sur l'organisation judiciaire et loi n° 317/2004 sur le Conseil supérieur de la magistrature. Citons par exemple l'article 96 de la loi n° 303 sur la responsabilité financière des magistrats, la nouvelle Section pour les enquêtes sur les magistrats dans la loi n° 304 ou l'interdiction faite aux magistrats de diffuser des informations publiques, dans la loi n° 303.

première instance ? L'expression « toute intervention », dans le nouveau paragraphe 3², a également été critiquée pour son manque de précision⁵¹.

84. D'après les autorités roumaines, les dispositions proposées, notamment le nouveau paragraphe 3¹, font partie, comme celles de l'article 273 du CP, de la transposition en droit national des exigences de la directive (UE) 2016/343⁵². Ces amendements viseraient aussi à couvrir les cas de divulgation indue, dans la sphère publique, d'informations relatives à des affaires pénales en cours ou à des affaires de corruption notable impliquant de hauts responsables publics, ainsi que les cas allégués d'atteintes à la présomption d'innocence dans de telles affaires et dans d'autres.

85. Cependant, les dispositions de la directive (UE) 2016/343 ont été rédigées avec plus de précision, s'agissant à la fois des auteurs potentiels d'infractions, des déclarations et des circonstances dans lesquelles la présomption d'innocence des suspects et des accusés peut être mise en danger.

86. En vertu de la directive, les mesures nécessaires pour prévenir et sanctionner les références publiques indues à la culpabilité s'entendent « *sans préjudice des actes de poursuite qui visent à prouver la culpabilité du suspect ou de la personne poursuivie et sans préjudice des décisions préliminaires de nature procédurale qui sont prises par des autorités judiciaires ou par d'autres autorités compétentes et qui sont fondées sur des soupçons ou sur des éléments de preuve à charge* » (article 4.1), et « *n'empêche[nt] pas les autorités publiques de diffuser publiquement des informations sur les procédures pénales lorsque cela est strictement nécessaire pour des raisons tenant à l'enquête pénale ou à l'intérêt public* » (article 4.3). En outre, comme il ressort du préambule de la directive, au moment de prendre de telles mesures, les États doivent tenir dûment compte des dispositions nationales relatives à l'immunité et du droit national protégeant la liberté de la presse et d'autres médias.

87. Il faut aussi noter qu'aucune disposition de la directive n'exige une responsabilité pénale et des sanctions pénales pour les « références publiques à la culpabilité ». L'article 4 demande seulement que des mesures appropriées soient en place en cas d'atteinte à l'obligation de ne pas présenter un suspect ou une personne poursuivie comme étant coupable, et l'article 10 dit que les suspects et les personnes poursuivies doivent disposer d'une voie de recours dans ce cas. Une responsabilité disciplinaire semblerait plus adaptée et plus usuelle que des sanctions pénales en pareil cas, et une peine d'emprisonnement jusqu'à 3 ans semble excessive, d'autant que la possibilité de la remplacer par une amende n'est pas prévue.

88. Il est recommandé de réexaminer les amendements et ajouts proposés à l'article 277 du CP et de privilégier les procédures disciplinaires pour traiter des atteintes à la présomption d'innocence.

g. Corruption active (article 290 CP)

89. En vertu de l'article 290.3 dans sa version actuelle, une personne ayant proposé un pot-de-
vin n'en est pas tenue pour responsable si elle signale l'infraction « avant que les organes d'enquête pénale en aient connaissance ». Cette approche, largement répandue dans le

⁵¹ Des difficultés potentielles ont aussi été signalées concernant l'application du nouveau paragraphe 3² de l'article 277 du CP, étant donné qu'il n'y est mentionné aucune exception possible à l'attribution aléatoire des affaires – exception résultant par exemple de l'article 598 du CP sur la « contestation à exécution ». De même, des problèmes de cohérence ont été pointés entre le nouveau paragraphe 3² de l'article 277 du CP et la proposition de nouveau paragraphe 2 à l'article 8 du CPP, qui mentionne l'« attribution aléatoire de toutes les affaires aux juges *et aux procureurs* ».

⁵² Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales

monde et conforme à l'article 37 de la CNUC⁵³, vise à encourager les intéressés à coopérer avec les organes d'enquête en vue de détecter les pratiques de corruption et de traduire en justice les personnes acceptant des pots-de-vin. Or, les amendements prévoient d'ajouter à l'article 290.3 une phrase précisant qu'une personne ayant offert un pot-de-vin n'est pas poursuivie si elle signale l'infraction « au plus tard un an après la perpétration de l'acte ».

90. Sachant qu'en pratique, les dénonciations de corruption surviennent le plus souvent après ce délai, cet amendement va très clairement décourager les auteurs de corruption de coopérer avec les services répressifs et rendre beaucoup plus difficile de détecter les faits de corruption (et par conséquent, de les prouver et d'en poursuivre les auteurs).

91. Selon les autorités roumaines, cet amendement, qui répond à une recommandation du GRECO, viserait à éviter que l'absence de tout délai n'encourage une « culture du crime ».

92. Le GRECO, il est vrai, a souligné qu'un motif d'immunité s'appliquant automatiquement, sans réel contrôle judiciaire et sans délai, laissait la place à des abus en l'absence de garanties suffisantes. Il a ainsi recommandé aux autorités roumaines d'« *analyser et réviser en conséquence l'exemption de peine automatique – et obligatoirement totale – accordée aux auteurs d'infraction de corruption active et de trafic d'influence actif en cas de repentir réel*⁵⁴ ». Ces considérations justifient en effet certaines limites ; dans certains cas par exemple, l'exemption totale de peine pourrait être remplacée par une réduction de peine. Cependant, un délai rigide d'un an paraît trop court.

93. Il est recommandé de réexaminer le délai proposé d'un an pour fixer des limites plus nuancées, reposant sur une analyse d'impact poussée et tenant compte des risques d'abus, en vue d'assurer un équilibre entre la nécessité de sanctionner effectivement les infractions pénales et le devoir de l'État d'engager la responsabilité de tous les auteurs de telles infractions.

h. Trafic d'influence (article 291 CP)

94. Il est proposé de modifier le paragraphe 1 de l'article 291 de telle manière qu'il ne suffirait plus, pour condamner l'accusé, de prouver qu'il ou elle a promis d'influencer un(e) fonctionnaire pour qu'il/elle accomplisse ou omette d'accomplir une action : il faudrait aussi prouver que l'accusé a en outre entrepris d'influencer réellement le/la fonctionnaire concerné(e). Dans la mesure où ce comportement n'est pas couvert par d'autres dispositions pénales, telles que celles sur la fraude, cette approche est en conflit avec l'article 12 de la Convention pénale sur la corruption (qui s'applique « *que l'influence soit ou non exercée ou que l'influence supposée produise ou non le résultat recherché* ») et avec l'article 18 de la CNUC.

95. L'amendement prévoit en outre, parmi les éléments constitutifs de l'infraction, que l'acte vise l'obtention d'un avantage strictement *matériel*⁵⁵ (« argent ou autre avantage *matériel* ») et non d'argent ou « d'autres avantages », selon le libellé actuel de l'article 291.

96. En pratique pourtant, les avantages non matériels (par exemple, l'accès à une place éligible sur la liste de candidats d'un parti) semblent ceux les plus fréquemment et habituellement visés par la corruption. Il paraît évident qu'une approche aussi restrictive de l'infraction de trafic d'influence ne répondra guère au besoin de protéger effectivement des

⁵³ Article 37.3 : « *Chaque État Partie envisage de prévoir la possibilité, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, d'accorder l'immunité de poursuites à une personne qui coopère de manière substantielle à l'enquête ou aux poursuites relatives à une infraction établie conformément à la présente Convention* ».

⁵⁴ GRECO, Troisième cycle d'évaluation, Rapport d'évaluation sur la Roumanie (Thème I), 3 décembre 2010, paragraphe 115.VI

⁵⁵ Le mot « matériel » manque dans la traduction anglaise fournie dans le document CDL-REF(2018)045.

valeurs sociales importantes, qui sont par nature immatérielles. En outre, cette approche, qui ne répond à aucune décision de la Cour constitutionnelle, est en contradiction avec l'article 12 de la Convention pénale sur la corruption et avec l'article 18 de la CNUC, qui mentionnent respectivement « tout avantage indu » et « un avantage indu ». Compte tenu des obligations auxquelles la Roumanie a souscrit en ratifiant ces instruments, la pénalisation des infractions de corruption doit satisfaire aux critères exprès prévus par leurs dispositions.

97. Il est recommandé de revoir la nouvelle définition de l'infraction de trafic d'influence afin de la rendre conforme aux exigences résultant de la CNUC et de la Convention pénale sur la corruption.

i. Achat d'influence (article 292 CP)

98. Comme pour l'article 290, un délai d'un an pour signaler l'infraction sans encourir de poursuites est instauré en lien avec le trafic d'influence, au paragraphe 2 de l'article 292 du CP. Les observations concernant l'article 290 s'appliquent *mutatis mutandis*.

j. Détournement de fonds (article 295 CP)

99. Il était jusqu'ici possible d'enquêter d'office sur l'infraction de détournement de fonds, définie par l'actuel article 295 du CP comme « l'acceptation, l'usage ou le trafic d'argent, d'objets de valeur ou de tout autre bien géré ou administré par un agent public pour son compte ou pour celui d'une autre personne ». Il est prévu d'ajouter à l'article 295 un nouveau paragraphe 3 disposant que les procédures pénales en cas de détournement de fonds doivent être ouvertes sur la base d'une plainte au pénal et que la conciliation entraîne la levée de la responsabilité pénale. Le texte modifié, combiné au Code de procédure pénale⁵⁶, impose que les procédures pénales pour détournement de fonds soient ouvertes par l'individu ou par la personne morale qui a subi le préjudice. Il ne sera donc plus possible d'enquêter d'office sur cette infraction.

100. Les agents publics gèrent habituellement des fonds, objets de valeur ou autres biens publics, c'est-à-dire appartenant à la population dans son ensemble. Il est donc dans l'intérêt du grand public, et non uniquement de l'organisme auquel les biens appartiennent, de traduire en justice les auteurs de détournement de fonds. Par conséquent, il n'est pas justifié d'exiger une plainte pénale de la part de cet organisme précis. En principe, on ne saurait imposer au grand public une situation dans laquelle, s'agissant d'une infraction aussi grave, les poursuites auront lieu ou non selon qu'une « victime » précise dépose plainte ou engage une conciliation avec l'auteur. Laisser ces démarches à la discrétion de la « victime » pourrait créer une large impunité pour les auteurs de détournement de fonds.

101. En outre, il n'est pas rare que l'auteur se trouve à la tête de l'institution et soit le seul individu habilité à porter plainte en son nom. De tels individus resteront probablement impunis. Certes, ils pourraient être démis de leurs fonctions via les structures disciplinaires de l'organisation, après quoi leurs remplaçants pourraient déposer plainte. En réalité cependant, il pourrait s'avérer difficile de démettre un tel individu de ses fonctions à l'issue d'enquêtes limitées aux procédures internes de l'organisation et en l'absence de pouvoirs policiers de perquisition et de saisie sur les données financières personnelles de l'intéressé.

102. Il convient donc de supprimer l'exclusion des enquêtes d'office.

⁵⁶ L'article 295.1 du CPP dispose : « Une enquête pénale n'est ouverte que si une plainte de la victime a préalablement été enregistrée, dans le cas des infractions pour lesquelles la loi le prévoit ».

k. Abus de fonctions (article 297 CP)

103. L'amendement proposé à l'article 297 du CP réécrit l'intégralité du paragraphe 1 pour réduire significativement le champ d'application de l'infraction et les peines prévues. Un autre amendement ajoute un nouveau paragraphe 3, destiné à exclure du champ des paragraphes 1 et 2⁵⁷ le processus de rédaction, de publication et d'adoption des actes du parlement ou du gouvernement. En outre, un article connexe, l'article 13² de la loi n° 78/2000 (concernant la prévention, la détection et la sanction des actes de corruption⁵⁸), est abrogé.

104. L'amendement au paragraphe 1 dispose que :

- l'article ne s'applique pas à tous les manquements aux obligations professionnelles, mais uniquement aux manquements à des obligations spécifiquement réglementées par des lois, des ordonnances du Gouvernement ou des ordonnances d'urgence ;
- l'action ou l'inaction par laquelle l'agent public porte atteinte à la loi doit viser l'obtention d'un avantage matériel⁵⁹ indu pour lui/elle-même, pour un membre de sa famille ou pour un proche (jusqu'au second degré), mais non pour n'importe quel tiers ;
- le comportement doit causer un préjudice effectif et vérifiable (la version actuelle dit uniquement « un préjudice ») dépassant un seuil spécifique (défini comme « l'équivalent du salaire national brut minimum »), ou porter atteinte aux droits et aux intérêts de personnes physiques ou morales ;
- la peine maximale est réduite de sept à cinq ans, avec possibilité de la remplacer par une amende ;
- l'interdiction obligatoire d'exercer une fonction publique pour les personnes coupables de cette infraction est abolie.

105. La nouvelle définition des obligations auxquelles un manquement constitue l'infraction permet de définir plus précisément l'infraction, et répond à un arrêt de la Cour constitutionnelle (décision n° 405/2016) disant que les dispositions du paragraphe 1 ne sont constitutionnelles que si, dans la phrase « n'applique pas un acte ou l'applique de façon fautive », l'expression « de façon fautive » est comprise comme « en violant la loi ». Il était du devoir du législateur d'appliquer ce jugement ; cette partie de l'amendement est donc bienvenue.

106. On ne peut en dire autant de l'amendement limitant le champ des avantages indus à ceux destinés à l'agent public et à sa famille. Il semble légitime, en principe, de requérir que l'agent public agisse en vue d'obtenir un avantage indu pour quelqu'un, mais cela ne doit pas se limiter aux membres de la famille. À ce sujet, la Cour constitutionnelle a expliqué que l'existence d'une relation familiale ou amicale entre l'agent public et la personne ayant bénéficié de l'avantage était sans importance pour l'infraction, la condition déterminante étant l'obtention d'un avantage indu par une personne (l'agent public ou un tiers⁶⁰).

107. Dans un arrêt plus récent, du 26 septembre 2018, concernant une proposition d'amendement à la loi n° 78/2000 sur la prévention, la détection et la sanction de la corruption, la Cour constitutionnelle affirme qu'en modifiant le contenu normatif d'une infraction assimilée à la corruption pour exiger que l'avantage obtenu ne l'ait été que pour soi-même et soit strictement de nature matérielle, le texte contrevient à l'article 1.3 de la Constitution (État de

⁵⁷ Le paragraphe 2 de l'article 297 du CP, sanctionnant les actes de discrimination de la part d'agents publics, reste inchangé.

⁵⁸ Loi n° 78/2000 sur la prévention, la détection et la sanction de la corruption, article 13² : « Pour les infractions d'abus de fonctions ou d'abus de situation, si l'agent public a obtenu un avantage indu pour lui-même ou pour autrui, les limites prévues pour la peine sont rehaussées d'un tiers ».

⁵⁹ Le mot « matériel » n'apparaît pas dans la traduction anglaise fournie dans le document CDL-REF(2018)045.

⁶⁰ Cour constitutionnelle de Roumanie, décision n° 405/2016, paragraphes 65, 66 et 89. Voir aussi sa décision n° 392/2017.

droit). La constitutionnalité de cette partie de l'amendement est par conséquent douteuse. Il est également difficile de comprendre à quel but légitime cet amendement pourrait viser. Un agent public violant délibérément ses obligations professionnelles le fait souvent pour offrir un avantage indu à ses amis ou à des personnes qui pourraient favoriser sa carrière. Il n'y a pas de raison de ne pas sanctionner un tel comportement. Habituellement, l'infraction d'abus de fonctions dépend de l'obtention, ou de l'intention d'obtenir, un avantage. Si l'on restreint ce critère aux seuls avantages matériels, uniquement destinés à l'agent public ou à un membre de sa famille, des cas patents de corruption consistant à abuser de fonctions pour favoriser des tiers sortiront du champ de l'infraction. Certes, en cas d'abus de fonctions lié à des intérêts économiques, il peut être approprié d'exiger une intention de réaliser un gain personnel, mais les personnes auxquelles est destiné l'avantage matériel indu devraient englober non seulement l'agent public et les membres de sa famille, mais aussi les personnes et les organisations avec lesquelles l'agent entretient des liens (par exemple un parti politique⁶¹).

108. En outre, une proposition d'amendement à l'article 16 du Code pénal, sur la définition de la culpabilité, risque de compliquer plus encore les condamnations. Une nouvelle phrase est ajoutée à l'alinéa a) : « *Lorsque le droit pénal prévoit que, pour constituer une infraction pénale, un acte doit être commis dans une certaine intention, les circonstances spécifiques de l'espèce doivent montrer sans aucun doute que l'acte a été commis spécifiquement dans cette intention* ». À ce qu'il semble donc, si l'intention d'obtenir un avantage indu ne peut être prouvée au-delà du doute raisonnable, l'acte ne constitue plus un abus de fonctions, même s'il y a eu un préjudice matériel ou si les droits ou intérêts légitimes de personnes (physiques ou morales) ont été lésés⁶².

109. Il semble aussi douteux de requérir « un préjudice matériel effectif et vérifiable » supérieur à l'équivalent du salaire national brut minimum. Si l'exemption de peine lorsque les préjudices causés sont minimes paraît justifiable⁶³, l'application d'un tel critère l'est beaucoup moins. Les conséquences précises de telles infractions sont souvent difficiles à déterminer. Beaucoup d'acteurs de terrain voient dans les amendements actuels une dépénalisation de fait, qui va fortement nuire à l'efficacité des efforts pour mettre fin aux situations d'abus de leurs fonctions

⁶¹ Voir Commission de Venise, Rapport sur la relation entre responsabilité politique et responsabilité pénale des ministres (CDL-AD(2013)001), paragraphe 102.

⁶² À cet égard, il faut noter qu'un autre amendement a supprimé l'article 298 du CP (Négligence professionnelle). Bien qu'il ne soit pas certain que la simple négligence doive relever du droit pénal, on notera que selon les informations fournies par le Bureau du procureur général, entre 2014 et 2017, 233 personnes ont été inculpées pour négligence, c'est-à-dire pour des actes illégaux affectant les droits ou les intérêts légitimes de personnes physiques ou morales, pour un préjudice total de plus d'un million d'euros. L'abrogation de l'article 298 du CP n'était pas demandée par la Cour constitutionnelle (voir à ce sujet l'analyse de la Cour dans sa décision n° 405/2016 : la Cour souligne, concernant l'infraction de négligence professionnelle telle que définie à l'article 298 du CP [manquement coupable aux obligations professionnelles...], que le législateur est libre d'ériger en infraction pénale l'abus de fonctions d'intention directe ou indirecte sans que cela porte atteinte aux dispositions constitutionnelles).

⁶³ Voir Cour constitutionnelle, décision n° 405/2016. Dans son analyse de la définition existante de l'abus de fonctions par le législateur roumain, la Cour constitutionnelle, en citant le rapport de la Commission de Venise sur la relation entre responsabilité politique et responsabilité pénale des ministres (CDL-AD(2013)001), souligne l'importance d'appliquer en matière pénale le principe de l'ultime recours. La Cour cite en particulier la position de la Commission de Venise selon laquelle les dispositions pénales nationales sur l'« abus de fonctions », l'« abus d'autorité » et les infractions similaires devaient être interprétées de façon étroite et mises en œuvre seulement dans les cas d'atteintes graves. À cet égard, la Cour relève que le législateur roumain n'a fixé ni seuil pour le montant du préjudice, ni degré de gravité pour les atteintes. Il convient de noter que le rapport de la Commission ne traite que de la responsabilité des ministres et mentionne la gravité de l'infraction, et non le montant du préjudice. Dans une décision subséquente (n° 392/2017), la Cour, tout en réitérant les observations ci-dessus, souligne également que « *le législateur est tenu de réglementer le seuil du montant du préjudice et la gravité de l'atteinte au droit ou à l'intérêt légitime résultant de la perpétration de l'infraction d'abus de fonctions* ». Pour la Cour, l'absence de tels seuils est susceptible de créer des situations d'incohérence et d'instabilité contraires au principe de sécurité juridique, qui requiert clarté et prévisibilité (paragraphe 56).

officielles par des agents publics⁶⁴. Comme pour tous les autres éléments constitutifs d'infractions, le parquet devra prouver « sans aucun doute » (article 103.2 du CPP tel que modifié) que l'agent public concerné avait conscience de causer un préjudice matériel effectif et vérifiable. Cela peut être extrêmement difficile.

110. Les nouvelles exigences ne se justifient par aucune des obligations de la Roumanie en vertu des instruments internationaux pertinents. La définition de l'« abus de fonctions » par l'article 19 de la CNUC est beaucoup moins restrictive que celle figurant dans la proposition d'amendement à l'article 297 : « *Chaque État Partie envisage d'adopter les mesures législatives et autres nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, au fait pour un agent public d'abuser de ses fonctions ou de son poste, c'est-à-dire d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir, dans l'exercice de ses fonctions, un acte en violation des lois afin d'obtenir un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité* ». La restriction des bénéficiaires et la conséquence obligatoire d'un « préjudice matériel effectif et vérifiable », nouveaux éléments de l'infraction dans la définition proposée, sont en conflit avec l'article 19.

111. L'amendement à la définition d'« agent public », analysé plus haut, va aussi fortement réduire le champ de l'infraction et laisser impunis un nombre considérable de comportements répréhensibles de la part de personnes habilitées à assurer des services publics.

112. Comme noté plus haut, l'amendement à l'article 297 réduit la peine maximale de sept à cinq ans et prévoit la possibilité de la remplacer par une amende. On peut se demander quel but légitime poursuit cette réduction de la sanction maximale spécifiquement pour cette infraction de corruption. S'il s'agissait d'« assouplir » les peines, il est difficile de comprendre pourquoi des mesures similaires n'ont pas été prises pour les autres infractions de corruption, comme la corruption active et passive ou l'achat d'influence (voir les articles 289 à 292 du Code pénal).

113. Il convient de mentionner, à cet égard, que l'amendement à l'article 309 CP exclut également l'abus de fonctions de la liste des infractions pour lesquelles la peine est augmentée de moitié si l'infraction a eu des conséquences très graves. Au passage, l'amendement à l'article 309 non seulement exclut sans raison l'abus de pouvoir de la liste, mais réduit aussi l'aggravation de la peine pour les autres infractions de corruption de la moitié à un tiers.

114. La diminution de la peine maximale doit aussi être envisagée en combinaison avec les amendements à l'article 154.1 CP, qui entraîneront, pour les infractions de corruption actuellement sanctionnées par la peine maximale de sept ans, une réduction de huit à six ans du délai de prescription de la responsabilité pénale. Pour l'abus de fonctions, le délai de prescription de la responsabilité pénale passera même à cinq ans seulement (voir l'article 154 d)). Les affaires d'abus de fonctions étant souvent complexes et difficiles à détecter, cela entraînera souvent le classement de l'affaire ou la décision de mettre un terme au procès. D'après des informations fournies à la Commission de Venise⁶⁵, la responsabilité pénale s'éteindra pour les actes commis avant 2011 même si les affaires en sont au stade de l'enquête pénale ou du procès.

115. Autre changement problématique, le nouvel article supprime également l'interdiction obligatoirement faite aux personnes condamnées d'exercer une fonction publique, ce qui signifie en pratique qu'un agent public condamné pour abus de fonctions conservera son poste

⁶⁴ Voir le communiqué de presse du Bureau du procureur près la Haute Cour de cassation et de justice, 3 juillet 2018 (http://www.mpublic.ro/en/content/c_03-07-2018-17-07) et celui de la Direction nationale anti-corruption (DNA), 6 juillet 2018 (<http://www.pna.ro/faces/comunicat.xhtml?id=8898>).

⁶⁵ Information fournie par le Forum des juges roumains

(voir à cet égard les observations sur les « Peines accessoires »). Or, il semble évidemment souhaitable que les agents publics ayant abusé de leurs fonctions en soient démis.

116. Les changements proposés à l'article 297 semblent bien créer, sans justification convaincante, les prémisses d'une dépenalisation de fait de nombreux actes constituant un abus de fonctions ; comme le soulignent de nombreux interlocuteurs de la Commission de Venise en Roumanie, ils rendront beaucoup plus difficile, voire impossible, de poursuivre et de condamner des personnes pour cette infraction⁶⁶. Cela contredit à la fois les obligations internationales de la Roumanie en vertu des instruments anti-corruption et les propres efforts du pays en ce sens, ainsi que, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, les exigences de l'État de droit⁶⁷.

117. Au vu de ce qui précède, il convient de revoir les amendements proposés à l'article 297.1 du CP à la lumière des observations formulées ci-dessus et des obligations de la Roumanie en vertu des instruments internationaux de lutte contre la corruption.

2. Amendements au Code de procédure pénale

a. Communication sur des enquêtes pénales en cours (article 4 CPP)

118. Comme déjà relevé plus haut, les amendements au CPP tout comme plusieurs des amendements au CP se justifient, selon l'explication officielle, par la nécessité de mettre la législation roumaine en conformité avec (entre autres) la directive 2016/343/UE sur la présomption d'innocence.

119. Les amendements à l'article 4 du CPP se justifient également, d'après la Commission parlementaire spéciale, par le besoin de répondre aux inquiétudes soulevées par « *une pratique constante des parquets heurtant frontalement les dispositions de la directive, à savoir la publication dès le début des enquêtes pénales de communiqués de presse détaillant les faits ainsi que le nom et la fonction des personnes visées. Ces personnes ont souvent appris dans la presse qu'elles faisaient l'objet d'une enquête, avant même d'être convoquées par le parquet* ». Cette mesure était également nécessaire pour contrer des cas très médiatisés d'« *exposition à la presse de personnes placées en détention provisoire, notamment de personnes exerçant d'importantes fonctions au sein de l'État. Par la suite, certaines ont été acquittées ou l'affaire a été renvoyée devant le parquet, mais les photographies où on les voit menottées ont continué de peser sur leur image publique* ».

120. L'article 4 a donc été modifié (par l'ajout de six nouveaux paragraphes, 3 à 8) en ce sens : il est interdit aux entités publiques de publier des communiqués ou des informations concernant des enquêtes pénales ou des procès en cours, sauf si la communication est nécessaire aux fins de l'enquête ou justifiée par un intérêt général prévu par la loi ; les représentants des autorités publiques ne peuvent présenter des suspects ou des accusés comme coupables avant le prononcé d'une condamnation définitive ; les suspects ne peuvent être montrés en public portant des menottes ou d'autres moyens de contrainte physique ou présentés d'une manière pouvant donner au public l'impression qu'ils sont coupables. En outre, lorsqu'ils livrent au public des informations sur l'ouverture d'une enquête pénale et/ou d'autres mesures procédurales (mesures provisoires, inculpation, etc.), les organes judiciaires sont tenus de publier également dans les mêmes conditions les

⁶⁶ D'après les statistiques officielles mises à la disposition de la Commission de Venise, entre 2014 et 2017, 2 099 personnes ont été inculpées pour abus de fonctions (pour un préjudice total s'élevant à 4 017 356 809 lei). Voir <https://www.agerpres.ro/english/2018/07/03/supreme-court-says-changes-to-abuse-of-office-in-criminal-code-exceed-issues-analysed-by-constitutional-judges--139010>.

⁶⁷ Voir la décision de la Cour constitutionnelle n° 224/2017, paragraphe 34. Voir aussi la Liste des critères de l'État de droit, mentionnée plus haut.

décisions de clore l'affaire, d'abandonner les poursuites pénales/de mettre fin à la procédure pénale ou de renvoyer l'affaire devant le parquet.

121. Les six nouveaux paragraphes ont été conçus pour mieux protéger le droit de l'accusé à la présomption d'innocence. Il faut en principe s'en féliciter. Cependant, certaines des nouvelles dispositions pourraient être excessives et nuire au droit du public de recevoir des informations sur la criminalité et de bénéficier d'une protection contre elle.

122. En particulier, la première phrase du paragraphe 3 interdit catégoriquement aux autorités publiques de divulguer toute information sur « les faits et les personnes » faisant l'objet de procédures pénales. Le paragraphe 4 prévoit pourtant une exception : le public peut être informé des procédures pénales en cours lorsque l'« intérêt général » le justifie ou « lorsque c'est nécessaire et dans l'intérêt de la découverte des faits et de l'enquête à leur sujet ».

123. Dans une affaire marquante, *Alenet de Ribemont c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme a relevé ce qui suit : « *La liberté d'expression, garantie par l'article 10 (art. 10) de la Convention, comprend celle de recevoir ou de communiquer des informations. L'article 6 paragraphe 2 (art. 6-2) ne saurait donc empêcher les autorités de renseigner le public sur des enquêtes pénales en cours, mais il requiert qu'elles le fassent avec toute la discrétion et toute la réserve que commande le respect de la présomption d'innocence* » (*Alenet de Ribemont c. France*, n° 15175/89, 10 février 1995, paragraphe 38). Un autre arrêt précise en outre qu'une distinction doit être faite entre les décisions ou les déclarations reflétant le sentiment que la personne concernée est coupable et celles qui se limitent à décrire un état de suspicion. Les premières violent la présomption d'innocence, tandis que les secondes ont été à plusieurs reprises considérées comme conformes à l'esprit de l'article 6 de la Convention.

124. Il convient, en résumé, de distinguer d'une part les allégations de culpabilité d'un suspect et d'autre part l'offre d'informations factuelles au public. Les propositions de nouveaux paragraphes 3 et 4 à l'article 4 du CPP interdisent les deux catégories de déclarations, alors qu'il est clair que les normes internationales n'interdisent que la première. À la lumière des conditions à respecter aux termes de l'article 10.2 de la CEDH pour restreindre la liberté d'expression, dont le droit à « recevoir des informations », il est difficile de conclure, avec toute la considération due aux explications fournies par les autorités roumaines, que ces dispositions remplissent le critère du « nécessaire dans une société démocratique » au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

125. La directive UE 2016/343 expose en détail, aux considérants 18 et 19, les exceptions admissibles à l'obligation faite aux autorités publiques de ne pas présenter les suspects ou les personnes poursuivies comme étant coupables, y compris lorsque ces autorités livrent des informations aux médias ; en outre, elle souligne que les exceptions à cette obligation doivent rester raisonnables et proportionnées, mais aussi qu'il est nécessaire d'assurer l'équilibre entre le respect dû à la présomption d'innocence des suspects et des accusés et le droit national protégeant la liberté de la presse et des autres médias⁶⁸.

126. À l'inverse, le libellé proposé pour l'article 4 du CPP (en particulier son nouveau paragraphe 3) semble trop général et insuffisamment clair pour éviter une mise en œuvre beaucoup plus rigide et restrictive de l'obligation prévue par la directive de l'UE. Par exemple, il est difficile de savoir si les auteurs des communiqués/déclarations interdits

⁶⁸ Les recommandations adressées par le Conseil consultatif de procureurs européens au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sont aussi pertinentes à cet égard. Voir l'Avis n° 10 (2015) sur le rôle des procureurs dans l'enquête pénale (paragraphes 52 et 55) et l'Avis n° 12 (2017) sur le rôle des procureurs concernant les droits des victimes et des témoins dans les procédures pénales (recommandation n° 4).

doivent être des autorités publiques ou si l'interdiction s'applique à tous. Il l'est tout autant de déterminer s'il est simplement interdit de « fournir des informations » au public ou si l'interdiction concerne aussi les échanges d'informations entre organes judiciaires dans le cadre de la procédure judiciaire.

127. Le nouveau paragraphe 6 - interdisant de montrer en public les suspects portant des menottes ou d'autres moyens de contrainte physique ou de les présenter d'une manière pouvant donner au public l'impression qu'ils sont coupables - n'est pas pleinement conforme à l'article 5.2 de la directive et au considérant qui lui correspond (n° 20). Contrairement à la directive, le paragraphe 6 ne prévoit aucune exception à cette règle. Il peut y avoir des exceptions pour des raisons de sécurité (pour empêcher les suspects ou les personnes poursuivies de nuire à eux-mêmes ou à autrui ou d'endommager des biens) ou pour empêcher les intéressés d'entrer en relation avec des tiers, comme des témoins ou des victimes. En outre, l'expression « d'une manière pouvant donner au public l'impression » manque de précision.

128. Il est recommandé de revoir les nouveaux paragraphes 3 et 6 conformément à la directive UE 2016/343, afin d'assurer la clarté juridique nécessaire et de garantir à la fois le droit de l'accusé d'être présumé innocent et le droit du public de recevoir des informations sur les procédures pénales en cours (dont celles concernant de hauts responsables politiques inculpés pour des faits de corruption). Le préambule de la directive donne des orientations utiles à ce sujet.

b. Ouverture d'une enquête pénale (article 305 CPP)

129. Le nouvel article 305.1¹ instaure un délai maximal d'un an à compter du début d'une enquête pénale *in rem* pour ouvrir l'enquête pénale *in personam* ou clore l'affaire.

130. Les auteurs du projet justifient le délai proposé par la nécessité de mettre fin à une pratique présentée comme courante au niveau des parquets et qui serait contraire au droit du suspect de se défendre, à la présomption d'innocence et à l'égalité des armes : enquêter pour collecter toutes les preuves nécessaires à l'inculpation afin de prouver la culpabilité du suspect sans ouvrir l'enquête pénale *in personam*, et ce même si la personne suspectée d'avoir commis l'infraction est connue.

131. Les codes de procédure pénale peuvent fixer des limites à la durée d'une enquête pénale (l'article 6 de la CEDH demande que la cause « soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable [...] »). Cependant, ces limites ne doivent pas être rigides, car toute enquête pénale peut se heurter à des difficultés inattendues ou à des nouveautés exigeant davantage de temps. Il est normal que les délais fixés pour l'enquête pénale puissent être prolongés, sur approbation d'une autorité de poursuite supérieure ou d'une autorité judiciaire.

132. Un délai d'un an pour enquêter sur des allégations d'infractions pénales, indépendamment de la nature de l'infraction et du degré de complexité de l'affaire, paraît trop court, en particulier concernant des affaires d'ampleur portant sur des crimes graves⁶⁹. Aujourd'hui, alors que les criminels du monde entier peuvent tirer parti des progrès technologiques des communications, de l'ouverture des frontières entre États, des déplacements sans visa d'un pays à l'autre et des autres avantages du monde moderne, il serait naïf de penser qu'une année représente un délai plus ou moins raisonnable et adapté pour établir les noms et les personnalités des criminels, en particulier dans les affaires de criminalité organisée et dans celles ayant des ramifications internationales. Le parquet aura

⁶⁹ D'après les chiffres fournis par la DIICOT et par la DNA, le nombre d'affaires qu'il faudrait classer si cet amendement était adopté s'élèverait respectivement à 4 700 et 2 300.

d'autant plus de difficultés à observer le nouveau délai qu'il devra aussi respecter le niveau de preuve plus élevé requis par les changements actuels (voir les observations plus loin) et sera confronté à une insuffisance de ressources humaines et autres⁷⁰.

133. En l'absence de toute solution « de secours » (comme l'octroi d'un prolongement de délai par une autorité de poursuite supérieure ou par une autorité judiciaire), l'amendement pourrait avoir pour effet pervers de rendre moins efficaces les enquêtes sur les formes de criminalité les plus graves. Les procureurs risqueraient même de ne plus enquêter sur les affaires complexes pour se concentrer sur les enquêtes qu'ils seraient certains de pouvoir mener à bien en un an. Cette situation serait extrêmement dommageable pour la société.

134. En résumé, ce nouveau délai pourrait entraîner la clôture d'un grand nombre d'affaires pénales, y compris portant sur des crimes très graves (meurtres, crime organisé, agressions, viols, actes terroristes et autres crimes violents), sans parler des infractions de corruption⁷¹. Cela semble contraire à l'obligation qu'a l'État de veiller à ce que son système pénal lutte effectivement contre les formes graves de criminalité, à ce que son droit pénal dissuade fortement de commettre de tels actes criminels et à ce que leurs auteurs ne restent pas impunis.

135. Le délai instauré par le nouvel article 305.1¹ semble trop court et trop rigide et devrait être remplacé par un délai plus réaliste, associé à un mécanisme permettant de le prolonger pour tenir compte de la nature et de la complexité de l'affaire.

c. Seuils applicables aux enquêtes et aux peines

136. Plusieurs dispositions du CPP ont été modifiées afin d'instaurer un nouveau seuil pour l'ouverture d'une enquête. Les règles concernant le niveau de preuve requis pour une condamnation ont également été modifiées.

137. D'ordinaire, le niveau de preuve varie selon les étapes de la procédure pénale. Un seuil relativement bas s'applique lors des premières phases de l'enquête, ce qui permet au procureur de « constituer le dossier ». Le seuil pour l'ouverture d'un dossier pénal est bas. En général, plus les méthodes d'enquête deviennent intrusives, plus le niveau de preuve et d'autorisation requis s'élève. Les mandats de perquisition, les techniques spéciales d'enquête et de surveillance, les arrestations pour interrogatoire ou les injonctions de présenter des archives ou des données doivent obéir à différents seuils, tenant compte du but et de la nature de la mesure et de l'infraction et du degré d'ingérence de la mesure. Certaines de ces mesures peuvent se justifier si elles sont *raisonnablement nécessaires* à la conduite de l'enquête. Celles qui ciblent un suspect en particulier doivent avoir *un lien avec l'infraction*. À l'article 5.1 de la CEDH, le critère pour une arrestation en vue d'un procès est celui des « raisons plausibles de soupçonner⁷² ».

⁷⁰ Voir CDL-PI(2018)007.

⁷¹ Voir à cet égard l'article 29 de la CNUC ; voir la Recommandation Rec(2000)19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, adoptée par le Comité des Ministres le 6 octobre 2000, en particulier les pp. 14 et 26, qui affirme que le ministère public doit « être en mesure d'exercer sans entrave les poursuites des agents de l'État pour les délits commis par eux, notamment des délits de corruption, d'abus de pouvoir, de violation patente des droits de l'homme et d'autres délits reconnus par le droit international ». Le terme « entrave » désigne toutes les obstructions aux poursuites. Cette recommandation découle du raisonnement sous-jacent au document : « C'est sur le ministère public plus que sur le juge que pèse la responsabilité de veiller à l'efficacité de la justice pénale dans son ensemble ».

⁷² Article 5 de la CEDH : « [...] c. s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ».

138. À l'autre bout du spectre, on trouve le niveau de preuve nécessaire pour prononcer une condamnation. En vertu de la CEDH, la condamnation doit reposer sur des preuves « au-delà du doute raisonnable », ou formule équivalente exprimant un critère élevé mais non impossible à atteindre. Une lacune dans les preuves produites peut entraîner un doute raisonnable sur la solidité du dossier et appeler un acquittement.

139. Les amendements modifient le niveau de preuve requis à la phase de l'enquête, qui passe d'une « présomption ou soupçon raisonnables » à plusieurs variantes du critère des « indices bien fondés » (en roumain : « indicii temeinice ») ou des « preuves ou d'indices biens fondés ».

140. Si les amendements sont promulgués, le critère des « preuves ou d'indices bien fondés », ou ses variantes, deviendront obligatoires pour appliquer un large éventail de mesures procédurales, dont (liste non exhaustive) : l'ouverture d'une procédure pénale sur une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction (article 15) ; la préparation des rapports d'enquête pertinents par les organes concernés (article 61, paragraphes 1 et 2) ; le traitement d'une personne comme suspecte (article 77) ; l'octroi du statut de témoin menacé (article 125) ; la mise en œuvre de livraisons contrôlées dans les affaires d'importation, de transit ou d'exportation de biens illicites (article 138.12) ; la décision de procéder à une surveillance électronique en cas de menace contre la sécurité nationale et d'autres infractions graves, et la mise en œuvre de cette décision (article 139, paragraphes 1 et 2) ; la décision d'ordonner la retenue, la remise et la fouille de livraisons postales et la mise en œuvre de cette décision (article 147, paragraphes 1 et 2) ; l'autorisation de déployer des agents infiltrés lorsque sont commises certaines infractions spécifiques (article 148, paragraphes 1 et 1 a)) ; l'injonction à des institutions financières de fournir des informations sur des données financières (article 153.1) ; l'injonction de préservation immédiate de données informatiques (article 154.1) ; les mandats de perquisition au domicile et la mise en œuvre des perquisitions et saisies (article 158, paragraphes 1, 2 et 11 et article 159.13) ; la mise en œuvre de fouilles corporelles (article 165.2) ; l'injonction à une personne de livrer des objets, des documents ou des données informatiques (article 170.1) ; la mise en place ou la modification de mesures préventives (article 202.1, 215.7, 217.9) ; le placement en détention provisoire (article 223.1).

141. La signification et l'étendue exactes des nouveaux concepts restent floues, étant donné que la note explicative ne développe pas suffisamment les amendements législatifs⁷³ et qu'il n'existe pas de jurisprudence interne les interprétant. Au cours de la visite à Bucarest, il est apparu que les interlocuteurs rencontrés avaient des interprétations différentes (sinon une vision confuse) des notions ou formules nouvelles proposées et de leur effet potentiel, d'où un risque élevé que le manque de clarté sur les nouvelles expressions crée en pratique une insécurité juridique.

142. Bien qu'il soit difficile, à ce stade, de dire très précisément quelles seront les implications de ces changements ou s'ils auront une grande importance dans la pratique, il faut s'attendre à ce que le nouveau seuil complique inutilement le travail des autorités chargées de l'application la loi, ce qui pourrait particulièrement poser problème lors des premières phases d'enquête. Cela contredirait l'obligation qu'a l'État de veiller à ce que son système pénal lutte efficacement contre les formes graves de criminalité.

143. Le texte modifié de l'article 99.2 semble prévoir un acquittement obligatoire lorsqu'il existe « tout doute » sur la culpabilité de l'accusé. Ce critère est plus strict que le libellé

⁷³ Sur ce point, la note explicative ne donne que cette précision : « Étant donné que le CPP utilise les termes « soupçon », « soupçon raisonnable » et « présomption raisonnable » et afin de rendre le texte accessible et prévisible, il est proposé de remplacer ces termes dans l'ensemble du CPP par l'expression « preuves claires, au-delà de tout doute ».

traditionnel « au-delà du doute raisonnable » utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme et pourrait suggérer un acquittement même lorsque les doutes sont peu plausibles. Le même critère s'appliquerait désormais à la condamnation (article 103.2), qui ne serait prononcée que lorsque le tribunal est convaincu que les faits reprochés sont prouvés « sans aucun doute », le mot « raisonnable » ayant été supprimé⁷⁴.

144. La Commission de Venise recommande de revoir les propositions de nouveaux seuils de preuve après une évaluation approfondie de leur impact potentiel sur l'efficacité des procédures pénales.

d. Interdiction d'utiliser certains types de preuves

145. Certains des amendements au CPP portent sur l'utilisation de certains types de preuves au cours de la procédure pénale. On peut distinguer à cet égard deux catégories d'amendements :

- (1) les amendements qui instaurent un mandat (judiciaire), ou renforcent les exigences du mandat existant, avant l'intégration de preuves au dossier pénal (par exemple l'article 143 sur les écoutes et l'article 168 sur la perquisition d'un système informatique ; de même, dans une large mesure, pour l'article 153, sur l'obtention de données relatives à des transactions financières) ;
- (2) les amendements qui excluent l'utilisation de certains types de preuves (article 139, par exemple).

Amendements instaurant/élargissant un mandat (judiciaire)

146. Dans la première catégorie, le nouveau paragraphe 4¹ de l'article 143 supprime la possibilité, pour les organes d'enquête pénale, de s'appuyer sur des enregistrements de communications obtenus légalement pour prouver d'autres infractions. En vertu du nouveau paragraphe 15¹ ajouté à l'article 168, les données obtenues au cours d'une perquisition informatique ne peuvent être utilisées à des fins d'enquête plus larges (dans d'autres affaires pénales, ni pour prouver des actes autres que ceux pour lesquels la perquisition a été autorisée). Pour que ces éléments deviennent utilisables pour d'autres infractions ou dans d'autres cas, « le mandat peut être élargi pour englober ces infractions » (article 143) ou « un mandat de perquisition informatique peut aussi être demandé concernant ces actes ou ces personnes » (article 168). En outre, il est désormais obligatoire, après adoption de la décision finale sur l'affaire, d'effacer/de détruire les conversations enregistrées ou les données obtenues (« *sauf si un mandat de mise sur écoute est également obtenu pour les conversations restantes* ») (article 143).

147. Il n'y a en principe pas d'objection ce qu'un nouveau mandat, ou un mandat élargi, soit désormais exigé. La Cour européenne des droits de l'homme a constaté à de nombreuses reprises des violations de la CEDH du fait d'un mandat judiciaire rédigé en termes très généraux⁷⁵. Sur la base de sa jurisprudence, on pourrait donc conclure qu'en soi, l'exigence d'un élargissement du mandat ou d'un nouveau mandat est conforme aux normes qu'elle a élaborées. Il existe en Roumanie des allégations crédibles d'usage excessif des écoutes, y compris dans le cadre de protocoles de coopération entre le Service Roumain de

⁷⁴ La traduction anglaise (CDL-REF(2018)045) est erronée sur ce point.

⁷⁵ Cour européenne des droits de l'homme, 9 décembre 2004, *Van Rossem c. Belgique*, requête n° 41872/98, paragraphe 45 ; Cour européenne des droits de l'homme, 24 juillet 2008, *André et autres c. France*, requête n° 18603/03, paragraphe 45 ; ou Cour européenne des droits de l'homme, 22 décembre 2008, *Aleksanyan c. Russie*, requête n° 46468/06, paragraphe 217.

renseignements et les institutions judiciaires et de poursuites⁷⁶, qui justifient l'adoption de règles plus strictes dans ce domaine.

148. Bien que l'instauration de ce mandat nouveau ou élargi ne soit en principe pas critiquable, les règles applicables à ce nouvel instrument doivent être claires et précises, afin d'éviter des effets indésirables sur les enquêtes pénales. En l'état, la notion d'« élargissement » du mandat (ou de son champ d'application) n'est pas claire. Il n'est pas précisé si le mandat élargi (ou nouveau) s'appliquerait aux affaires passées (approbation judiciaire rétroactive de l'interception de communications/de l'obtention de données relatives à des infractions pénales non mentionnées dans le mandat original⁷⁷) ou ne s'appliquerait qu'à l'avenir. Au cours de leurs échanges avec la délégation de la Commission de Venise, certains interlocuteurs ont affirmé que selon eux, le mandat élargi ne s'appliquerait qu'à l'avenir, et jamais aux affaires passées. Cela signifierait que, si l'interception d'une communication a été autorisée dans un objectif différent, l'évocation d'un crime grave tel qu'un meurtre ne pourrait être utilisée aux fins de poursuites pénales (voir aussi les articles 142.5 et 5 du CPP). Cela n'est clairement pas dans l'intérêt de la société dans son ensemble.

149. Les interlocuteurs roumains de la Commission soulignent le manque de clarté des dispositions sur d'autres aspects. Par exemple, la disposition modifiée ne précise pas si le nouveau mandat doit être sollicité dans le cadre du même dossier ou s'il sera nécessaire d'ouvrir un nouveau dossier. En outre, aucune indication ne porte sur la procédure par laquelle le mandat peut être élargi : qui peut demander un nouveau mandat/l'élargissement d'un mandat existant, quel est le tribunal compétent pour en décider, dans quel délai la demande doit-elle être déposée⁷⁸ ?

150. Un amendement à l'article 153 (nouveau paragraphe 1¹) dispose que les données financières obtenues auprès d'une institution de crédit ne peuvent être utilisées comme preuves que contre les personnes mentionnées dans la demande et non contre d'autres personnes. Dans cet article toutefois, contrairement aux articles 143 et 168 du CPP, la possibilité d'obtenir l'approbation d'un juge ou d'élargir l'approbation déjà obtenue n'est pas mentionnée.

⁷⁶ Voir Commission de Venise, Roumanie – Avis préliminaire [...], CDL-PI(2018)007.

⁷⁷ Voir à ce sujet la doctrine des « objets bien visibles » développée par la Cour suprême des États-Unis, selon laquelle « les objets exposés à la vue d'un agent habilité de se trouver en situation de les voir font l'objet d'une saisie et peuvent être ajoutés aux éléments de preuve » (*Harris c. États-Unis*, 390 U.S. 234, 236 (1968) ; voir aussi *Coolidge c. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971) ; *Texas c. Brown*, 460 U.S. 730 (1982)).

Voir aussi le Code des États-Unis, paragraphe 2517.5 : « Lorsqu'un enquêteur ou un membre des forces de l'ordre, au cours de l'interception de communications par fil, orales ou électroniques selon les modalités autorisées par le présent Code, intercepte des communications relatives à des infractions autres que celles spécifiées dans le mandat ou l'autorisation, leur contenu, ainsi que les preuves qui en découlent, peuvent être divulgués ou utilisés selon les procédures prévues aux alinéas 1 et 2 du présent paragraphe. Ces contenus et les preuves qui en découlent peuvent être utilisés en vertu de l'alinéa 3 du présent paragraphe avec l'autorisation ou l'approbation d'un magistrat d'une juridiction compétente, lorsque ce dernier constate, après examen de la demande ultérieure, que les contenus ont été interceptés conformément aux dispositions du présent chapitre. La demande est déposée aussi tôt que possible ». Voir aussi la jurisprudence des tribunaux des États-Unis confirmant la constitutionnalité de cette disposition du paragraphe 2517.5 (*États-Unis c. Skarloff*, 323 F. Supp. 296, 307 (S.D. Fla. 1971), *aff'd*, 506 F.2d 837 (5th Cir.), *cert. denied*, 423 U.S. 847 (1975) ; *États-Unis c. Escandar*, 319 F. Supp. 295, 300-01 (S.D. Fla. 1970).

⁷⁸ Le Code des États-Unis demande que la demande soit « déposée aussi tôt que possible ». Les tribunaux ont donné de cette disposition une interprétation assez souple. Par exemple, dans *États-Unis c. De Palma* (461 F. Supp. 800 S.D.N.Y. 1978), le tribunal a jugé que les interceptions d'objets bien visibles étaient recevables même si les enquêteurs n'avaient demandé l'application du paragraphe 2517.5 que six mois après la fin de la surveillance en vertu du mandat original.

Amendements qui excluent l'utilisation de certains types de preuves

151. L'article 139.3 du CPP modifié établit que seuls les enregistrements d'une personne réalisés par elle-même peuvent être utilisés contre elle (les enregistrements concernant cette personne réalisés par des tiers ne peuvent pas l'être). Il remplace la règle précédente, plus souple, qui prévoyait que les autres enregistrements pouvaient être utilisés sauf si la loi l'interdisait. La nouvelle règle pourrait être trop rigide, et il convient d'évaluer soigneusement les conséquences de ce changement.

152. Tout en approuvant l'intention de mieux protéger les individus contre les intrusions dans leur vie privée, la Commission de Venise recommande de revoir les nouvelles règles pour clarifier suffisamment leur application et veiller à ce qu'elles n'aient pas de conséquences indésirables, par exemple lorsqu'un suspect a commis plus d'une infraction⁷⁹.

e. Droits de l'accusé (articles 83, 92, 99.2, 145, 305 et 307 CPP)*Droit d'être informé de toutes les mesures de poursuite et/ou d'y participer*

153. Un amendement à l'article 83 du CPP donne au suspect ou à l'accusé le droit « *d'être informé par l'organe chargé des poursuites de la date et de l'heure de la mesure de poursuite* ». L'article 92 est modifié pour prévoir que « *le suspect ou l'accusé peut participer, à sa demande, à toute mesure de poursuite pénale ou à toute audition* » (les dispositions actuelles n'autorisent que l'avocat du suspect ou de l'accusé à participer). En vertu du nouvel article 307, le non-respect des exigences prévues à l'article 83 entraîne la « nullité absolue » de toutes les mesures de poursuite, conformément à l'article 281 (e)⁸⁰.

154. L'idée, souvent exprimée lors des échanges tenus en Roumanie, que l'effet de ces nouvelles dispositions pourrait gravement nuire à l'efficacité des enquêtes pénales semble fondée. Dans le cas des enquêtes *in personam*, cette exigence signifie de fait que lorsque des mesures d'enquête sont prises pour recueillir des preuves sur un suspect, le procureur doit en informer d'emblée cette personne. Or, un suspect averti d'une perquisition (par exemple) entreprendra plus que probablement de détruire les preuves. La nouvelle exigence paraît particulièrement problématique lorsqu'il y a plusieurs suspects.

155. Le droit du suspect de participer aux auditions, y compris celles des témoins, pendant la phase des poursuites appelle des réflexions similaires. Un tel droit pourrait dissuader des témoins de se faire connaître. Cela peut valoir en particulier pour les victimes de viol ou d'agression sexuelle.

156. La Commission reconnaît que la présence de l'accusé lors des mesures de poursuite est souvent requise en vertu de l'article 6.3 d) de la CEDH. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme offre des orientations utiles à cet égard.

⁷⁹ D'après la DNA, par exemple, si l'on découvre que le téléphone d'une personne visée par une enquête pour meurtre était placé sous écoute par un autre organe judiciaire dans une autre affaire au moment du meurtre, il ne sera plus possible, en vertu des nouvelles règles, d'utiliser les enregistrements en question pour savoir si la personne se trouvait sur le lieu où le meurtre a été commis (DNA, communiqué de presse publié le 22 juin 2018).

Voir aussi la jurisprudence des États-Unis et cette affirmation d'un tribunal : « Des preuves d'infractions pénales autres que celles visées par un mandat de placement sur écoute sont interceptées « incidemment » lorsqu'elles dérivent d'une enquête régulière sur des infractions pénales mentionnées dans un mandat valable. Le Congrès ne visait pas à ce qu'un suspect échappe aux preuves de l'une de ses activités illégales recueillies au cours d'une enquête régulière sur une autre de ces activités, simplement parce que les agents des forces de l'ordre savent que le suspect se livre à plusieurs activités criminelles différentes » (*États-Unis c. McKinnon*, F.2d 19 (1st Cir. 1983)).

⁸⁰ Conformément à l'article 281 e), la violation des dispositions rendant obligatoire la présence du suspect/de l'accusé est un motif de nullité absolue.

157. La Cour européenne a en effet développé une jurisprudence favorisant l'exercice des droits de la défense, en tenant compte, toutefois, de la situation de l'accusé (placé en détention ou non) et de l'avancement de la procédure. Voici ce qu'affirme la Cour, par exemple, dans l'affaire *Lisica c. Croatie* :

« La Cour souligne qu'il se peut dans certaines circonstances, par exemple lorsque l'identité des auteurs n'est pas connue ou lorsque tout retard dans le recueil des preuves pourrait entraîner leur disparition, que la police ou d'autres autorités compétentes doivent mener des perquisitions ou d'autres mesures visant à recueillir des preuves en l'absence des accusés. Cependant, en l'espèce, les accusés avaient été identifiés comme auteurs potentiels de l'infraction et arrêtés [...]. En outre, rien dans le dossier n'indique que les preuves en question étaient de nature périssable. Par conséquent, il n'existait aucune bonne raison de procéder aux perquisitions en question sans que les accusés, leur avocat ou au moins des témoins neutres ne soient présents ou même en soient informés⁸¹ ».

158. De même, la Cour européenne a clairement affirmé que les droits de la défense « commandent de donner à l'accusé *une possibilité adéquate et suffisante de contester les témoignages à charge et d'en interroger les auteurs, soit au moment de leur déposition, soit à un stade ultérieur*⁸² » (c'est nous qui soulignons).

159. La Cour ne préconise cependant pas l'approche inconditionnelle adoptée par le législateur roumain dans les nouveaux articles 83 et 92 du CPP. Elle indique au contraire qu'*une perquisition à laquelle le suspect n'est pas présent ou dont il n'a pas connaissance n'est pas toujours considérée comme problématique*. La Cour n'exclut pas non plus les situations dans lesquelles les droits des témoins exigent que la procédure pénale soit menée de manière à ne pas les compromettre inutilement. Lorsqu'elle évalue, à l'aune de l'article 6.1 de la CEDH, l'équité globale de la procédure pénale, la Cour elle-même « *envisage la procédure dans son ensemble et vérifie le respect non seulement des droits de la défense mais aussi de l'intérêt du public et des victimes à ce que les auteurs de l'infraction soient dûment poursuivis (Gäfgen c. Allemagne [GC], n° 22978/05, paragraphe 175, CEDH 2010) et, si nécessaire, des droits des témoins (voir, parmi bien d'autres arrêts, Doorson, précité, paragraphe 70*⁸³) ».

160. Il est habituel, de fait, de restreindre les présences à une perquisition pour préserver l'intégrité de la perquisition elle-même. En outre, les restrictions à la participation du suspect sont habituelles lorsqu'il y a des raisons de croire que le suspect risque d'intimider des témoins ou des tiers⁸⁴.

⁸¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Lisica c. Croatie*, requête n° 20100/06, 25 février 2010, paragraphe 58

⁸² Cour européenne des droits de l'homme [GC], 15 décembre 2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, requêtes n°s 26766/05 et 22228/06, paragraphe 118

⁸³ Idem

⁸⁴ Cour européenne des droits de l'homme, 26 mars 1996, *Doorson c. Pays-Bas*, requête n° 20524/9, paragraphe 70 : « Certes, l'article 6 (art. 6) ne requiert pas explicitement que les intérêts des témoins en général, et ceux des victimes appelées à déposer en particulier, soient pris en considération. Toutefois, il peut y aller de leur vie, de leur liberté ou de leur sûreté, comme d'intérêts relevant, d'une manière générale, du domaine de l'article 8 (art. 8) de la Convention. Pareils intérêts des témoins et des victimes sont en principe protégés par d'autres dispositions, normatives, de la Convention, qui impliquent que les États contractants organisent leur procédure pénale de manière que lesdits intérêts ne soient pas indûment mis en péril. Cela posé, les principes du procès équitable commandent également que, dans les cas appropriés, les intérêts de la défense soient mis en balance avec ceux des témoins ou des victimes appelés à déposer ».

161. On pourrait ajouter à ce sujet que, bien que la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 sur le droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales⁸⁵ encourage les États à autoriser le suspect/l'accusé à être assisté de son avocat lors des mesures d'enquête ou de collecte de preuves, elle pose la condition que ces mesures soient prévues dans le droit national concerné et que la présence des suspects ou des personnes poursuivies soit requise ou autorisée (considérant n° 26 et article 3 c) 3 de la directive). Les propositions de modification du CPP roumain vont beaucoup plus loin, puisqu'elles autorisent le suspect à participer à toutes les mesures d'enquête, y compris celles visant d'autres personnes.

162. Compte tenu des observations formulées dans les paragraphes précédents, il convient de réexaminer les changements proposés aux articles 83 et 92 du CPP pour mieux concilier droits de la défense et intérêts des victimes et des témoins et mieux servir l'intérêt général en poursuivant et en sanctionnant dûment les auteurs d'infractions pénales.

Accès aux preuves

163. D'autres amendements donnent au suspect un large accès au dossier ainsi qu'aux preuves recueillies par les autorités publiques (articles 305 et 307 du CPP modifiés).

164. La Cour européenne des droits de l'homme n'exige pas que l'avocat et son client aient accès à tout moment aux preuves à charge et à décharge : « *La Cour estime que l'article 6 de la Convention ne saurait être interprété comme garantissant un accès illimité au dossier pénal dès avant le premier interrogatoire par le juge d'instruction, lorsque les autorités nationales disposent de raisons relatives à la protection des intérêts de la justice suffisantes pour ne pas mettre en échec l'efficacité des investigations*⁸⁶ ». Cela montre clairement que le droit d'accéder au dossier n'est pas absolu, mais doit être mis en regard des intérêts de la justice.

165. La directive UE 2012/13 du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales⁸⁷ a effectivement amélioré l'accès du suspect et de son avocat au dossier dès le stade de l'enquête. Néanmoins, elle prévoit seulement que l'accès à toutes les preuves est accordé « en temps utile » et « au plus tard au moment où la juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation » (voir les articles 6 et 7). En outre, elle admet que l'accès à certaines pièces, à charge ou à décharge du suspect ou de la personne poursuivie, puisse être refusé conformément au droit national « *lorsque cet accès peut constituer une menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux d'un tiers, ou lorsque le refus d'accès est strictement nécessaire en vue de préserver un intérêt public important* ». On ne saurait donc déduire de la directive européenne le droit « absolu » du suspect ou de l'accusé à accéder à tout moment à l'ensemble des preuves recueillies par les autorités publiques.

166. Il est recommandé de réexaminer les nouvelles dispositions concernant l'accès du suspect et de son avocat au dossier pour les rendre pleinement conformes à l'approche européenne sur ce sujet, telle que reflétée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁸⁵ Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires

⁸⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *A.T. c. Luxembourg*, requête n° 30460/13, 9 avril 2015 (définitif : 14 septembre 2015), paragraphe 81

⁸⁷ Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales ; voir le considérant n° 32 et l'article 7.4.

Réduction de peine après une dénonciation

167. L'amendement apporté par le nouveau paragraphe 1¹ de l'article 290 du CPP exige que la personne qui signale une infraction pénale le fasse dans un délai d'un an pour pouvoir bénéficier de la réduction de peine prévue par les dispositions législatives en vigueur⁸⁸. D'après l'une des explications fournies par les autorités roumaines, l'amendement viserait à mettre un terme à des allégations, ces dernières années, de signalements tardifs et parfois même faux et/ou faits sous la pression de procureurs. Il convient de réexaminer cet amendement, qui va beaucoup plus loin que les amendements aux articles 290 et 292 du Code pénal commentés plus haut car il exclut, après expiration du délai d'un an, non seulement que l'auteur du signalement soit entièrement dispensé de peine, mais aussi que la peine soit simplement alléguée (voir les observations au sujet des amendements aux articles 290 et 292 du CP).

f. Mesures de confiscation

168. L'amendement à l'article 249.4 instaure, parmi les critères pour demander une confiscation spéciale et élargie, l'existence de « preuves ou d'indices bien fondés » montrant que les biens sont des produits du crime. Comme souligné concernant l'amendement proposé à l'article 112¹ du Code pénal, ce niveau très élevé de preuve, qui n'est pas requis l'article 5.1 de la directive 2014/42/UE, rendra très difficile la confiscation des produits d'infractions pénales, mesure pourtant « effective et dissuasive » pour lutter contre la criminalité. Les observations formulées concernant l'amendement à l'article 112¹ du CP s'appliquent donc aussi à l'amendement à l'article 249.4 du CPP.

g. Signature des arrêts

169. L'amendement à l'article 406.2 du CPP est libellé comme suit : « *La décision est rédigée par l'un des juges ayant participé au jugement de l'affaire, et signée par tous les membres du collège de juges ayant participé à la présentation des preuves et au procès sur le fond de l'affaire, ainsi que par le greffier* ».

170. Bien que cela puisse paraître formaliste, il est de fait nécessaire que tout système juridique pénal prévoie des dispositions pour les cas où le procès et les délibérations sont achevés et la décision prise, mais le collège de juges ou certains de ses membres ne sont pas disponibles pour signer l'arrêt. La note explicative aux projets d'amendements cite à ce sujet une décision récente de la Cour constitutionnelle⁸⁹, se référant entre autres à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à ce sujet⁹⁰. De fait, la Cour européenne a jugé que le droit des requérants à un procès équitable avait été violé, car le juge qui avait conduit leur procès (dans une chambre à juge unique) n'avait pas motivé son verdict par écrit et parce qu'il n'existait aucune mesure appropriée pour compenser cette lacune, que ce soit en assurant la participation d'un autre juge à un stade précoce de la procédure ou que des explications orales soient fournies. Ce qui semble essentiel pour la Cour est que l'arrêt ne soit pas signé par des personnes *n'ayant pas participé* aux délibérations.

171. D'un point de vue pratique, les difficultés pouvant naître de ce nouveau paragraphe sont en principe résolues par le paragraphe 4 de l'article 406, non modifié, qui prévoit une solution en cas d'absence d'un des juges ayant été saisis de l'affaire : « *4. Lorsqu'un*

⁸⁸ Voir l'article 19 de la loi n° 682/2002 sur la protection des témoins ; voir aussi l'Ordonnance gouvernementale d'urgence n° 43 du 4 avril 2002 (mis à jour), article 19.

⁸⁹ Cour constitutionnelle, décision n° 33/2018, paragraphes 175 à 179

⁹⁰ *Cerovšek et Božičnik c. Slovaquie*, requêtes n°s 68939/12 et 68949/12, 7 mars 2017 ; voir aussi *Cutean c. Roumanie*, requête n° 53150/12, 2 décembre 2014

membre du collège de juges ne peut signer l'arrêt, ce dernier est signé à sa place par le président de ce collège. Lorsque le président du collège de juges ne peut pas non plus signer l'arrêt, ce dernier est signé par le président du tribunal. Lorsque le greffier ne peut signer l'arrêt, ce dernier est signé par le greffier en chef. Dans tous les cas, l'arrêt précise les causes qui ont empêché les intéressés de le signer ».

172. Toutefois, il convient de noter que cette solution ne paraît pas cohérente avec l'amendement apporté à l'article 453.1, nouvel alinéa g), qui ajoute aux motifs de révision de décisions judiciaires définitives « *le fait que le juge ayant participé au jugement de l'affaire n'ait pas rédigé et/ou signé la décision de condamnation* ». Au cours des échanges tenus avec les rapporteurs en Roumanie, il a été exprimé la crainte que cet amendement, associé aux dispositions de l'article II des *Dispositions finales et transitoires*, n'ouvre la porte à des demandes de révision d'arrêts déjà définitifs, nonobstant le paragraphe 4 de l'article 406.

173. Il est recommandé de réexaminer l'amendement à l'article 453 pour offrir une solution législative respectant le principe de la cohérence et de la sécurité juridique, conformément aux principes résultant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. (Voir aussi les observations concernant les « *Dispositions finales et transitoires* »).

h. Dispositions finales et transitoires

174. D'après l'article II des *Dispositions finales et transitoires*, tous les amendements proposés au CPP s'appliqueront non seulement aux affaires en cours, mais aussi aux décisions judiciaires définitives adoptées avant l'entrée en vigueur de la loi de modification. En outre, « *les arrêts rendus avant l'entrée en vigueur de la présente loi pourront faire l'objet d'un recours, selon les modalités prévues dans la loi, et seront également réexaminés au regard des motifs réglementés par cette loi* », et « *les délais pour interjeter appel d'arrêts rendus avant l'entrée en vigueur de cette loi et pour faire valoir les motifs réglementés par cette loi courent à compter de l'entrée en vigueur de la loi* ».

175. La signification précise de ces dispositions n'est pas claire, et ces dernières ont été interprétées de différentes manières lors de la visite des rapporteurs en Roumanie. Concernant les affaires en cours, on pourrait comprendre que la disposition ne prévoit l'application des nouvelles règles qu'aux actes de procédure engagés à compter de l'entrée en vigueur de la loi, mais ceci n'est pas clairement reflété dans le texte. Selon une autre interprétation possible, toutes les mesures procédurales prises avant l'entrée en vigueur de la loi devraient être appréciées au regard des dispositions modifiées du CPP, qui ne s'appliquaient pas au moment où l'affaire a été tranchée. Il convient de clarifier ce point en faveur de la première interprétation.

176. L'étendue des paragraphes 2 et 3 n'est pas non plus très claire. Dans sa requête devant la Cour constitutionnelle, la Haute Cour de cassation et de justice conteste la constitutionnalité de ces dispositions, car elles autoriseraient des recours extraordinaires contre des décisions pénales définitives rendues avant l'entrée en vigueur de la loi. D'après les représentants de la Haute Cour rencontrés par les rapporteurs, cela concernerait un très grand nombre d'affaires. Cela pourrait avoir de graves conséquences négatives sur la sécurité juridique et sur le fonctionnement du système de justice pénale roumain.

177. S'agissant des « motifs réglementés par cette loi », on notera que la Cour constitutionnelle a récemment affirmé, dans sa décision n° 377/2017⁹¹, que l'adoption de

⁹¹ Cour constitutionnelle, décision n° 377/2017 sur l'exception d'inconstitutionnalité des dispositions de la loi approuvant le décret gouvernemental d'urgence n° 95/2016 sur le prolongement de certains délais et l'adoption des mesures nécessaires pour préparer la mise en œuvre de certaines dispositions de la loi n° 134/2010 sur le Code de procédure civile ; voir les paragraphes 81 à 90.

nouveaux motifs de révision, avec pour effet potentiel de remettre en question un nombre significatif d'arrêts ayant acquis l'autorité de la chose jugée, contrevenait aux principes de non-rétroactivité de la loi et de sécurité juridique. Une modalité de recours extraordinaire se trouverait ainsi transformée en un recours classique ou en un « appel déguisé », autorisant un nouvel examen judiciaire d'arrêts définitifs. La Cour souligne, en citant l'article 15.2 de la Constitution, que le législateur ne peut soumettre des arrêts définitifs qu'à des recours qui existaient à la date à laquelle l'arrêt a été rendu. Par conséquent, une fois qu'un arrêt est définitif, la suppression d'un motif de recours ou l'ajout d'un nouveau motif ne peuvent avoir d'effet sur cet arrêt. Pour la Cour, une telle solution législative enfreindrait à la fois le principe de sécurité juridique (article 1.5 de la Constitution) et les exigences de l'État de droit sous-jacentes à la démocratie roumaine (article 1.3 de la Constitution). Il convient de rédiger et d'interpréter les dispositions transitoires en tenant compte du raisonnement de la Cour constitutionnelle.

178. Compte tenu des incertitudes que soulève le texte proposé de l'article II, il est recommandé de réexaminer cet article et de le réviser, en veillant à ce que les solutions transitoires proposées respectent pleinement les exigences de clarté et de sécurité juridique, et en particulier le principe de l'autorité de la chose jugée.

VI. Conclusion

179. Il était nécessaire et approprié que le Parlement roumain entreprenne de réformer les codes pénaux pour mettre en œuvre les décisions de la Cour constitutionnelle et les directives pertinentes de l'UE, ainsi que pour remédier aux difficultés relevées à l'occasion de l'application des dispositions pénales existantes.

180. Cependant, cette réforme a été menée selon des modalités qui n'étaient absolument pas adaptées à une si ample réforme de deux des codes les plus sensibles et importants. Les amendements en question ont été adoptés à l'issue d'un processus législatif trop rapide et manquant de transparence, alors qu'ils étaient plus de 300 et que beaucoup d'eux apportaient des changements radicaux et affectaient profondément la politique pénale de l'État. Pendant leur procédure d'adoption, les textes ont été fréquemment modifiés, rendant presque impossible toute consultation pertinente d'experts et de praticiens et tout débat utile au sein de la société.

181. Des professionnels de la justice, y compris de la Haute Cour de cassation et de justice et des personnes à la tête du ministère public, ont lancé des mises en garde : l'entrée en vigueur des amendements risquait d'avoir de graves conséquences sur le fonctionnement du système pénal roumain. Ces mises en garde n'ont pas été entendues. Un processus de discussion plus large, fondé sur le dialogue avec les professionnels du droit et avec l'ensemble de la société et évaluant en détail les effets des nombreux amendements, aurait été souhaitable, et même nécessaire.

182. Le fait que ce sujet ait fortement divisé la société roumaine aurait dû justifier d'autant plus la tenue de consultations plus substantielles. Les amendements en question ne divisent pas seulement selon des lignes politiques. Les institutions elles-mêmes s'opposent (par exemple, le Président de la République, la Haute Cour de cassation et de justice et le Bureau du procureur général contre le parlement). En pareille situation, il est nécessaire que l'ensemble des institutions évite toute rhétorique excessive et se donne le temps nécessaire pour que la réforme législative recueille un soutien plus large. Ni le grand public, ni l'opposition n'étaient suffisamment informés du processus. Il n'y a pas eu de dialogue suffisant avec la société civile, les organisations professionnelles, les partis d'opposition et certains acteurs institutionnels.

183. La hâte avec laquelle ces amendements ont été adoptés a eu des répercussions négatives sur la qualité de la législation. La Commission a noté au cours de sa visite l'existence, parmi ses interlocuteurs, d'une grande incertitude quant aux motivations de certains

amendements, à leur teneur exacte et, en particulier, à l'impact que certains amendements auraient dans la pratique. En outre, les nouveaux codes recèleront, si tous les amendements entrent en vigueur, des contradictions internes qui créeront une insécurité juridique pendant de nombreuses années.

184. Certains des amendements proposés sont contraires aux obligations internationales du pays, en particulier concernant la lutte contre la corruption, ou dépassent de loin les exigences découlant de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ou des obligations internationales du pays. La Commission craint que, pris séparément et plus encore en raison de leurs effets cumulés, de nombreux amendements ne sapent gravement l'efficacité du système pénal roumain dans la lutte contre les différentes formes de criminalité, y compris les infractions liées à la corruption, les crimes violents et la criminalité organisée.

185. À la lumière des considérations ci-dessus, il est recommandé aux autorités roumaines de procéder à un réexamen global des amendements au Code pénal et au Code de procédure pénale, moyennant un processus de consultation large et effectif, pour aboutir à une proposition législative solide et cohérente, bénéficiant d'un large soutien de la société roumaine et tenant pleinement compte des standards applicables. Les décisions de la Cour constitutionnelle concernant les amendements aux deux codes offriront des orientations supplémentaires à ce processus.

186. La Commission recommande en particulier aux autorités roumaines :

S'agissant du Code de procédure pénale

- de réexaminer de manière approfondie la loi de modification dans son ensemble, en tenant compte des observations spécifiques formulées dans le présent avis, afin de s'assurer que la réforme n'ait pas de répercussions négatives sur le fonctionnement du système pénal. Bien que l'intégralité des amendements soit à réexaminer en profondeur, il convient de modifier en particulier les règles concernant la communication sur des enquêtes pénales en cours (article 4), l'ouverture d'une enquête pénale (article 305), les niveaux de preuve et l'interdiction d'utiliser certains types de preuves (articles 139, 143, 153 et 168) et le droit d'être informé de toutes les mesures de poursuite et d'y participer (articles 83 et 92), ainsi que de revoir les dispositions finales et transitoires.

S'agissant du Code pénal, outre d'autres amendements à apporter au vu des observations formulées dans cet avis

- de réexaminer et de modifier, au vu des observations formulées dans le présent avis, les dispositions réglementant les infractions liées à la corruption, en particulier la corruption active (article 290), le trafic d'influence et l'achat d'influence (articles 291 et 292), le détournement de fonds (article 295) et l'abus de fonctions (article 297) ;

- de réexaminer et de modifier, au vu des observations formulées dans le présent avis, plusieurs autres dispositions ayant un impact plus général, comme celle concernant les délais de prescription (articles 154 et 155), le faux témoignage (article 273) et l'atteinte aux intérêts de la justice (article 277 du CP) ;

- de réexaminer et de modifier les dispositions sur les mesures de confiscation élargie (article 112¹), la définition de la notion d'agent public (article 175) et les peines accessoires (article 65), afin de les mettre en conformité avec les obligations internationales du pays.