Proposition de loi sur la prostitution.

Avis du Conseil d'Etat

(7 juin 2011)

Par dépêche du 5 mai 2008, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat la proposition de loi sous rubrique, déposée à la Chambre des députés par les députés Lydie Err, Marc Angel, John Castegnaro et Claudia Dall'Agnol en séance publique du 19 mars 2008, conformément à l'article 58 du règlement de la Chambre des députés.

Dans une dépêche du 18 mars 2010 adressée au Premier Ministre, le Président de la Chambre des députés a informé ce dernier que la Chambre des députés, en sa séance publique du même jour, s'était prononcée en faveur de la poursuite de la procédure législative de la proposition de loi sous revue.

Au moment d'émettre son avis, la prise de position de la part du Gouvernement fait défaut.

La proposition de loi sous avis tend à modifier l'article 382 du Code pénal, qui actuellement prévoit la punition de « quiconque par gestes, paroles, écrits ou par tous autres moyens procéderait publiquement au racolage de personnes d'un ou de l'autre sexe en vue de les provoquer à la débauche », pour désormais punir « la personne qui aura acheté ou tenté d'acheter des services sexuels ».

Dans le contexte de son analyse du présent projet, le Conseil d'Etat a entre autre pris connaissance du rapport d'information de l'Assemblée nationale française du 13 avril 2011 sur la prostitution en France.

A. Du phénomène prostitutionnel actuel

Pour se faire une idée de la situation actuelle de la prostitution, le Conseil d'Etat a consulté un certain nombre d'ouvrages¹, à travers lesquels un dénominateur commun apparaît: « pour pouvoir agir, il faut penser la prostitution autrement: la traite des êtres humains est la réalité de la prostitution européenne aujourd'hui, l'exploitation sexuelle, l'utilisation de mineurs et face à cela une absence de volonté politique à aborder la question² ».

¹ - Action publique et prostitution, Jean Danet et Véronique Guienne, presses universitaires de Rennes 2006
- Prostitution et dignité, Norbert Campagna, édition la Musardine, 2008
- Prostitution und Frauenhandel, Emilia Mitrovic, VSA Verlag Hamburg, 2006
- Das Prostitutionsgesetz, Barbara Kavemann, Heike Rabe, 2008
- Rechtsfragen der Prostitution, Margarete Gräfin v. Galen, Beck Verlag, 2004
- Prostitution et politiques européennes, Maïko-David Portes, 2007

² Action publique et prostitution

Dans les études étrangères consultées, on distingue entre:

- prostitution professionnelle, occasionnelle ou régulière, organisées entre personnes prostituées dites filles du métier, initiées par les aînées, et qui se sont accordées sur un code de comportement;
- prostitution d'urgence, tel(le)s que les étudiant(e)s ayant du mal à financer leurs études;
- prostitution de misère des toxicomanes;
- prostitution des femmes migrantes, dont la plupart sans autorisation de séjour; celles originaires de l'Europe de l'Est sont décrites comme étant souvent victimes de la traite de réseaux de proxénètes transnationaux; celles originaires d'Afrique viennent via des réseaux familiaux et souvent moyennant des visas d'études. Il faut noter que la réalité montre que devant le choix entre un séjour provisoire, menant tôt au tard au rapatriement, et une dénonciation des proxénètes, le choix de ces prostituées sans papiers est clair;
- prostitution masculine, transsexuels ou travestis, qui selon des études en France représenterait aujourd'hui quelque 20% de la totalité des personnes prostituées.

Alors que les études consultées estiment entre 13% et 20% le nombre de personnes prostituées qui sont mineurs d'âge, les témoignages d'anciennes prostituées indiquent que la plupart d'entre elles ont commencé ces activités étant âgées entre 15 et 17 ans.

Un autre fait que toutes les recherches confirment est qu'entre 50% et 90% des personnes prostituées ont été victimes de violence sexuelle durant leur enfance. Durant l'exercice de leurs activités, cette violence continue. Seules les personnes prostituées professionnelles auraient recours à la Police pour y chercher protection en cas d'agression.

Quant à la question du libre choix de ce métier, la réalité sociale des personnes prostituées est souvent telle que la prostitution est la seule possibilité pour gagner leur vie, les autres alternatives étant limitées voire nulles.

Dans un monde *post-libération sexuelle* où la sexualité n'est plus un tabou et où la liberté sexuelle est prônée, les services sexuels sont sollicités, mais l'exploitation sexuelle du milieu prostitutionnel est ignorée par le client. Selon les études consultées, entre 15% et 20% des hommes feraient appel soit régulièrement, soit occasionnellement aux services sexuels.

Les lieux sont très variés: trottoir, cabarets, sauna, dancing, bars, lieux privés pour les réseaux de call-girls/call-boys, organisés via l'internet et les téléphones mobiles, les enregistrements de films pornographiques ou d'émissions télévisées.

Finalement, les documents consultés relèvent qu'il s'agit d'un vaste marché lucratif; ainsi la prostitution rapporterait en France entre 2 et 3 milliards d'euros par an, dont 70% iraient aux proxénètes. A ceci s'ajoute que la prostitution sert de façade à d'autres commerces.

B. Des positions officielles

Par le passé, les positions des pouvoirs politiques face à la prostitution se regroupaient autour de trois modèles: prohiber, réglementer ou abolir.

Pour les pays qui ont opté pour le prohibitionnisme, les raisons suivantes ont motivé cette position: la prostitution est contraire à la dignité humaine, contraire à l'égalité homme-femme et contraire au principe de la non-commercialisation du corps humain. C'est pourquoi cette commercialisation est à interdire et il y a lieu de punir le proxénète et le client.

Notons que la Cour européenne des droits de l'Homme a refusé de se prononcer sur la question de savoir si la prostitution est en elle-même inhumaine ou dégradante, relevant l'absence de consensus sur ce point. Dans son arrêt³ rendu le 11 septembre 2007, elle souligne « avec la plus grande fermeté (...) qu'elle juge la prostitution incompatible avec les droits et dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte ». Elle se réfère à la Convention des Nations Unies pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949 ainsi qu'aux recommandations du Conseil de l'Europe⁴.

Pour les réglementaristes, il existe un droit de se prostituer et un droit de ne pas se prostituer. La réglementation vise les maisons closes, ainsi que le contrôle sanitaire et policier; elle passe par la reconnaissance du métier via un statut spécifique, une licence à accorder aux personnes prostituées, en définissant les conditions telles que les tarifs, les lieux, l'horaire, la nature des contrats, la couverture par la sécurité sociale, en précisant le code de déontologie professionnelle à respecter durant l'exercice de la prostitution. Seule l'exploitation de mineurs et l'usage de la violence sont à pénaliser dans cette approche. Les réglementaristes argumentent que la prohibition de la prostitution risque de pousser les personnes prostituées vers la clandestinité, hors du champ de régulation sociale dans un espace propice à la violence et à la criminalité.

Les Pays-Bas et l'Allemagne ont opté pour la réglementation et la professionnalisation de l'activité prostitutionnelle; le statut social des concernées a été amélioré et un meilleur contrôle a été instauré pour diminuer la prostitution forcée et pour protéger les mineures. Les critiques reprochent à la nouvelle législation de ces pays de rester timide par rapport à une vraie reconnaissance des métiers liés aux services sexuels.

La Cour de Justice de l'Union européenne a jugé que l'activité de prostitution, exercée en tant qu'indépendant, peut être considérée comme étant un service fourni contre rémunération et relève, par conséquent, des notions d'activité économique indépendante ou d'activité non salariée. Etait visé le

³ Arrêt *Tremblay c. France*, 11 septembre 2007, N° 37194/02.

⁴ La Recommandation 1325 (1997) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe qualifie « la traite des femmes et la prostitution forcée [de] forme de traitement inhumain et dégradant en même temps qu'une violation flagrante des droits de l'homme ».

droit d'établissement de plusieurs ressortissantes polonaises et tchèques auxquelles les autorités néerlandaises avaient refusé un permis de séjour en vue de travailler en tant que prostituées indépendantes.⁵

Pour les abolitionnistes par contre, la prostitution est une activité privée et tolérée, à laquelle ne peuvent être attachés ni reconnaissance officielle, ni droits sociaux, ni réglementation. Selon cette position, seules la lutte contre le trouble de l'ordre public et l'organisation de campagnes de sensibilisation et de prévention sont l'affaire des pouvoirs publics.

La Suède a opté pour le modèle abolitionniste et pour le renforcer a introduit en 1999 la pénalisation du client pour ainsi arrêter la domination sexuelle, l'exploitation et la violence faites aux femmes. En Suède, cette politique va de pair avec la formation de la Police et les projets de réinsertion des prostitués. Les critiques de cette approche regrettent que le tourisme sexuel des Suédois vers les pays voisins et lointains va en augmentant. La France suit également un modèle abolitionniste et pénalise proxénète et racolage; le rapport d'information précité propose d'y ajouter la pénalisation des clients, en la couplant à 1. une politique ambitieuse en matière d'éducation et de prévention, 2. un accompagnement intégral des personnes prostituées, 3. une systématisation de la lutte contre la traite et le proxénétisme.

Selon le même rapport d'information « les trois modèles ne permettent pas de rendre compte des évolutions récentes des législations portant sur la prostitution ».

Face aux réseaux de la traite des femmes en vue de les prostituer, les Etats européens restent souvent impuissants et le système pénal instauré pour lutter contre ce phénomène trouve rarement application. Il existe ainsi un écart manifeste entre les intentions affichées dans les textes juridiques et la pratique.

C. De la réglementation

L'arrêté royal grand-ducal du 14 mai 1855 et le règlement du 5 juin suivant, concernent les maisons de débauche et les personnes qui se livrent à la prostitution. Les dispositions y afférentes s'inscrivent pour une part dans un régime réglementariste, dans la mesure où ils soumettent les *lieux de débauche* ainsi que les *filles publiques* à une autorisation communale et à un contrôle strict par la Gendarmerie et la Police locale; d'autre part, au-delà de ces lieux autorisés, la prostitution est prohibée.

Le Code pénal prévoit dès son origine un chapitre sur l'exploitation de la prostitution et du proxénétisme sous le « Titre VII. - Des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique ».

La loi du 25 mars 1910 porte modification des articles 379 à 382 du Code pénal pour mieux pouvoir lutter contre *la traite des blanches*.

⁵Aldona Malgorzata Jany e.a., 20 novembre 2001, C-268/99.
<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/cj2001.pdf>.

La loi modifiée du 1^{er} avril 1968 ayant pour objet de supprimer la réglementation officielle de la prostitution et de renforcer la lutte contre la prostitution et le proxénétisme représente un revirement dans la politique; cette nouvelle approche se situe dans un régime plutôt abolitionniste, qui consiste à fermer les maisons closes, à punir les proxénètes et à tolérer les personnes prostituées.

Trois lois plus récentes se situent dans le cadre de conventions internationales relatives à la traite des êtres humains et à l'exploitation sexuelle et traitent indirectement de la prostitution:

1. la loi du 9 juillet 1983 portant a) approbation de la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui et du Protocole de clôture, signés à New York, le 21 mars 1950; b) modification de l'article 5, alinéa 7, du Code d'instruction criminelle;
2. la loi du 31 mai 1999 visant à renforcer les mesures contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants et portant modification du Code pénal et du Code d'instruction criminelle;
3. la loi du 13 mars 2009 relative à la traite des êtres humains, (1) portant approbation: a) du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir le trafic des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ouvert à signature du 12 au 15 décembre 2000 à Palerme, et b) de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, signée à Varsovie le 16 mai 2005; (2) modifiant le Code pénal; et (3) modifiant le Code d'instruction criminelle.

Le Conseil d'Etat a encore pris connaissance de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène, ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil. Elle rappelle au préambule que la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoit des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier qui, même s'ils n'ont pas été inculpés ou condamnés pour traite d'êtres humains, utilisent le travail ou les services d'une personne tout en sachant qu'elle est victime de ce phénomène.

Selon la directive 2011/36/UE précitée, les Etats membres doivent prendre en considération la possibilité d'infliger des sanctions aux utilisateurs des services d'une personne lorsqu'ils savent que cette personne est une victime de la traite des êtres humains.⁶

La directive propose encore à l'article 11 que les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que l'octroi d'une assistance et d'une aide à une victime ne soit pas subordonné à sa volonté d'intervenir en qualité de témoin et

⁶ Directive 2011/36/UE, considérant n° 26: « Une telle criminalisation plus large pourrait s'appliquer aux comportements des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour régulier et de citoyens de l'Union, ainsi que des utilisateurs de services sexuels fournis par une victime de la traite des êtres humains, indépendamment de leur nationalité. »

pour créer des mécanismes appropriés d'identification précoce des victimes et d'assistance et d'aide aux victimes, en coopération avec les organismes d'aide pertinents.

L'article 15 exige que les Etats membres prennent les mesures appropriées pour décourager la demande qui favorise toutes les formes d'exploitation liées à la traite des êtres humains. Les Etats membres engagent les actions appropriées, telles que des campagnes d'information et de sensibilisation, des programmes de recherche et d'éducation, le cas échéant en coopération avec des organisations de la société civile, afin de sensibiliser l'opinion à ce problème et de réduire le risque que des personnes, en particulier des enfants, ne deviennent victimes de la traite des êtres humains.

Au paragraphe 4 de l'article 18, il est prévu que les Etats membres envisagent d'adopter les mesures nécessaires pour conférer le caractère d'infraction pénale au fait d'utiliser les services qui font l'objet de l'exploitation en sachant que la personne concernée est victime d'une infraction.

Comme un grand nombre de personnes prostituées sont exploitées par des proxénètes, membres des réseaux de la traite, les mesures visées par les articles précités devraient aussi trouver leur place dans une politique traitant de la prostitution.

D. De l'examen du texte de la proposition de loi

D'abord, le Conseil d'Etat a du mal à suivre les auteurs de la proposition sous revue, qui proposent une simple substitution de « quiconque par gestes, paroles, écrits ou par tous autres moyens procéderait publiquement au racolage de personnes d'un ou de l'autre sexe en vue de les provoquer à la débauche », pour désormais punir « la personne qui aura acheté ou tenté d'acheter des services sexuels ». Cette approche ne tient pas compte de la complexité de la réalité prostitutionnelle.

En plus, en proposant comme pénalités des travaux d'intérêt général respectivement la participation obligatoire à des séminaires interactifs sur la prostitution, les auteurs ont omis de qualifier l'infraction. Ainsi, ne précisant pas s'il s'agit d'une contravention, d'un délit ou même d'un crime, la question du juge compétent reste sans réponse. Or, l'article 13 de la Constitution dispose que « nul ne peut être distrait contre son gré du juge que la loi lui assigne ». S'y ajoute que l'omission de fixer la peine maximale des travaux d'intérêt général viole le principe de la légalité des peines, consacré par l'article 14 de la Constitution. Ainsi, le libellé que les auteurs entendent conférer à l'article 382 du Code pénal est contraire à la Constitution. Le Conseil d'Etat doit s'y opposer formellement.

Lors de la transposition prochaine de la directive 2011/36/UE précitée, les instances politiques seront amenées à prendre position face aux phénomènes de la prostitution et à définir l'approche publique à adopter. Les trente propositions de l'Assemblée nationale française pourraient utilement alimenter le débat sur les changements à opérer.

Pour le cas où le législateur se décide de modifier l'article 382 pour sanctionner la personne qui aura acheté ou tenté d'acheter des services sexuels, les législations suédoise, norvégienne ou islandaise, ou la législation finlandaise, qui limite la pénalisation aux clients d'une personne prostituée victime de la traite ou d'exploitation, pourraient servir de source d'inspiration.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 7 juin 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder