

Projet de loi

renforçant la lutte contre l'exploitation de la prostitution, le proxénétisme et la traite des êtres humains à des fins sexuelles et modifiant :

- 1) le Code d'instruction criminelle**
- 2) le Code pénal**

Avis du Conseil d'État

(23 mai 2017)

Par dépêche du 28 juin 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous objet, élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact ainsi qu'une fiche financière et un texte coordonné des lois affectées par le projet.

Le Conseil d'État a été saisi par deux dépêches du 28 juillet 2016 des avis respectifs de la Fondation Pro Familia et du Centre pour l'égalité de traitement. Les avis du Conseil national des Femmes du Luxembourg, du Centre d'information et de documentation Femmes et Genre, de la Fondation Maison de la Porte Ouverte, du Conseil supérieur des personnes handicapées et des autorités judiciaires ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 5 et 30 septembre 2016, du 6 octobre 2016 et des 25 et 30 novembre 2016. L'avis de la Commission consultative des Droits de l'Homme lui a été communiqué par dépêche du 16 janvier 2017.

Considérations générales

Il découle de l'exposé des motifs du projet de loi sous examen que ce dernier est le fruit des travaux menés par la plate-forme nationale « Prostitution » qui a été réunie une première fois en octobre 2012 et à laquelle ont participé l'ensemble des acteurs directement impliqués dans l'encadrement de la prostitution au Luxembourg. Les travaux de cette plate-forme ont abouti à un rapport final daté du 6 novembre 2014¹ ainsi qu'à un plan d'action national (PAN) « Prostitution », comprenant un certain nombre de conclusions et recommandations basées sur une analyse détaillée non seulement de la situation de la prostitution au Luxembourg, mais aussi des différents systèmes mis en place à l'étranger dans le cadre de la lutte contre l'exploitation des êtres humains à des fins sexuelles.

Le projet de loi sous examen a pour objet de transposer les mesures

¹ Rapport plate-forme « Prostitution » du 6 novembre 2014, www.mega.public.lu.

proposées au PAN « Prostitution », pour autant que celles-ci nécessitent une intervention du législateur.

Le projet sous examen entend encore modifier certains articles tant du Code pénal que du Code de procédure pénale² qui, par le passé, auraient, d'après les auteurs, donné lieu à des interprétations jurisprudentielles faisant apparaître des déficiences dans les textes actuels.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} sous examen crée une base légale pour le comité de coopération entre les professionnels dans le domaine de la prostitution, avec les missions détaillées au projet. Il s'inspire du « Comité de suivi TEH » mis en place par la loi du 8 mai 2009 sur l'assistance, la protection et la sécurité des victimes de la traite des êtres humains³, et avec lequel il est d'ailleurs appelé à travailler en étroite collaboration au vœu de l'alinéa 4 de l'article sous examen.

Le Conseil d'État s'interroge sur la notion de « professionnels dans le domaine de la prostitution ». En effet, le pénultième alinéa de la disposition sous examen précise que le Comité Prostitution « est composé de représentants des instances publiques compétentes en matière de prostitution, ainsi que de représentants du secteur social », à l'exclusion d'autres professionnels actifs dans ce domaine, et notamment des personnes prostituées elles-mêmes. Afin d'éviter toute ambiguïté, il serait opportun de reformuler les alinéas 1^{er} et 2 comme suit :

« Il est créé sous la dénomination de « Comité Prostitution » un comité qui suit le phénomène de la prostitution au Luxembourg et en analyse de manière régulière l'évolution et les conséquences. »

Par ailleurs, le Conseil d'État s'interroge sur la portée normative des termes « dans ce contexte », utilisés à l'alinéa 3, et « dans le cadre de ses missions », utilisés à l'alinéa 5, étant donné que le comité, de toute façon, ne peut agir qu'à l'intérieur de sa mission telle que définie au même article. Il y a dès lors lieu d'omettre ces termes.

Les derniers alinéas de l'article sous examen prévoient qu'un règlement grand-ducal précisera la composition du comité de coopération et déterminera son organisation et son fonctionnement. Le Conseil d'État attire l'attention des auteurs du projet de loi sur le fait que, dans son avis rendu dans le cadre de la loi précitée du 8 mai 2009, il avait estimé « qu'une telle disposition ne suffit pas pour fixer le montant de l'éventuelle indemnité à allouer aux membres de la commission. Selon l'article 99 de la Constitution, les jetons de présence de membres de la commission relèvent du domaine de la loi formelle. En application de l'article 32, paragraphe 2, de la Constitution, il est indispensable que le principe de l'indemnisation soit

² Suite à la loi du 8 mars 2017 renforçant les garanties procédurales en matière pénale, la dénomination du Code d'instruction criminelle a été remplacée par celle de Code de procédure pénale, de telle sorte que le Conseil d'État se référera par la suite à cette dernière dénomination, même si le projet de loi utilise encore l'ancien intitulé pour avoir été déposé avant la prédite loi.

³ Mém. A n° 129 du 9 juin 2009, p. 1777, voir article 10.

arrêté dans la loi même »⁴. Si les auteurs du projet entendent dès lors allouer aux membres de la commission une telle indemnité, il y aura lieu de compléter le dernier alinéa de l'article sous examen par la mention de celle-ci.

Article 2

L'article 2 procède à une modification du Code de procédure pénale en reformulant son article 11, paragraphe 4, avec pour objectif d'éviter des problèmes d'interprétation des notions y figurant actuellement. Il découle des avis des autorités judiciaires que celles-ci ont été à l'origine de cette proposition de modification⁵.

Selon les auteurs du projet, la formulation actuelle de l'article 11, paragraphe 4, du Code de procédure pénale ne permet aux officiers de police judiciaire que d'entrer dans des lieux livrés notoirement à la débauche. Or, la notion de « notoriété » aurait par le passé donné lieu à des difficultés d'interprétation que la formulation proposée au projet permettrait d'éviter.

Le texte de l'article 11, paragraphe 4, du Code de procédure pénale est repris de l'ancien article 49*bis* du même code, introduit par l'article 7 de la loi 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, ce texte reprenant lui-même l'article 10 du décret de 17 juillet 1791 qui prévoit que « les officiers municipaux, commissaires ou officiers de police municipale, pourront entrer en tout temps dans les lieux livrés notoirement à la débauche ». Ainsi le texte initial de 1791 a uniquement été adapté aux nouvelles compétences des forces de l'ordre, tout en gardant sa portée initiale^{6, 7}.

Le droit d'entrée appartenant aux officiers de police judiciaire s'apparente par conséquent étroitement aux perquisitions, ce qui est d'ailleurs confirmé par un texte analogue en droit procédural français, l'actuel article 706-35 du code de procédure pénale français qui vise expressément les « visites, perquisitions et saisies » en matière de prostitution et de proxénétisme. À noter que le texte français actuel se base également sur le décret du 19 juillet 1791 au travers de l'ancien article 59, alinéa 2, du code de procédure pénale français, source d'inspiration pour l'ancien article 49*bis* du Code d'instruction criminelle luxembourgeois⁸.

⁴ Avis du Conseil d'État du 3 février 2009 : la loi telle que votée a d'ailleurs repris le texte proposé par le Conseil d'État (doc. parl. n° 5874⁸, p. 6).

⁵ Avis du procureur d'État de Luxembourg, du 3 octobre 2016 (doc. parl. n° 7008⁷, p. 3) ; Avis du procureur d'État de Diekirch du 3 octobre 2016 (doc. parl. n° 7008⁷, p. 5).

⁶ Commentaire des articles (doc. parl. n° 2958, p. 21) ; Exposé des motifs (doc. parl. n° 1150, p. 1297).

⁷ Une circulaire du procureur général d'État du 14 mars 1935 avait par ailleurs précisé la conduite à tenir en cas d'application du décret de 1791 : « dans le cas où un commissaire a acquis par ses investigations la conviction qu'un lieu est livré à la débauche, il n'est pas autorisé à procéder à une perquisition de son propre chef », mais doit procéder à un rapport adressé au procureur d'État auquel il appartiendra « de décider s'il y a lieu ou non de procéder à une perquisition ; le procureur d'État délivre le cas échéant un mandat de perquisition au commissaire de police (...) ; muni du mandat le commissaire peut s'introduire à n'importe quelle heure du jour ou de lui dans les lieux déterminés, ce qui donne les garanties nécessaires pour rendre impossible des abus » (doc. parl. n° 1150).

⁸ Marie-Laure RASSAT, « Règles particulières en matière de proxénétisme », JCl Proc. Pén. Art. 706-34 à 706-40 ; Commentaire des articles (doc. parl. n° 2958, p. 21).

S'il est vrai que le texte français prévoit, à la différence du texte luxembourgeois actuel, non seulement le droit d'entrée, mais encore celui de perquisitionner et d'opérer des saisies de nuit, il n'en est pas moins vrai qu'il suppose remplie la condition préalable que l'on puisse constater que des personnes se livrant à la prostitution sont reçues habituellement dans ces lieux.

Il en découle qu'avant de pouvoir exercer son droit d'entrée sur base de l'article 11, paragraphe 4, du Code de procédure pénale, l'officier de police judiciaire doit au moins être en possession d'éléments objectifs précis et concordants que le lieu dans lequel il se prépare à entrer sert notoirement à la débauche. Or, afin de respecter le prescrit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales notamment pour ce qui est de l'inviolabilité du domicile, la notion d'« éléments objectifs » est à interpréter de la même manière que dans le cadre d'une perquisition qui « ne doit jamais dégénérer en procédés inquisitoires. Son but n'est pas de découvrir un délit éventuel, en l'absence de tout indice, mais seulement de corroborer les preuves ou indices déjà existants, de fortifier les charges par rapport à un délit déterminé déjà connu et constaté »⁹.

C'est en application de ces principes que la jurisprudence a retenu que les officiers de police judiciaire n'ont qualité à s'introduire que dans des lieux livrés notoirement à la débauche et que « cette notoriété doit être établie par un rapport circonstancié préalable à l'intervention »¹⁰.

Les auteurs du projet entendent remplacer la notion de « notoriété » par celle d'« indices faisant présumer que des actes de débauche ou de prostitution sont commis dans les lieux » que les officiers de police judiciaire entendent visiter.

Il a été rappelé ci-dessus que les visites domiciliaires prévues à l'article 11, paragraphe 4, tant actuel que sous projet, sont à considérer comme des ingérences dans la vie privée risquant d'être incompatibles avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or, la Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement vigilante si, comme en l'espèce, l'ingérence est prévue sans autorisation judiciaire préalable¹¹. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré notamment dans son arrêt *Gutsanovi c/ Bulgarie*¹² que « nonobstant la marge d'appréciation qu'elle reconnaît en la matière aux États contractants, la Cour doit redoubler de vigilance lorsque le droit national habilite les autorités à conduire une perquisition sans mandat judiciaire : la protection des individus contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par l'article 8 réclame un encadrement légal et une limitation des plus strictes de tels pouvoirs » en ajoutant toutefois que « l'absence d'un mandat de perquisition peut être contrecarrée par un contrôle judiciaire *ex post factum* sur la légalité et la

⁹ Roger THIRY, « *Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois* », T. I, n° 301.

¹⁰ Pour des applications, voir : Cour d'appel du 3 juillet 2001, n° 232/01 V ; Cour d'appel du 29 avril 2002, n° 110/02 VI ; Cour d'appel du 29 avril 2009, n° 218/09 X.

¹¹ Cela est d'autant plus le cas dans la situation légale actuelle du fait que la notion de « mandat de perquisition » du procureur d'État délivré à un officier de police judiciaire, visée à la circulaire du procureur général de 1935, n'existe actuellement plus en droit procédural luxembourgeois.

¹² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 15 octobre 2013, *Gutsanovi c/ Bulgarie*, req. n° 34529/10, et les références y citées.

nécessité de cette mesure d'instruction » et à condition que ce contrôle soit efficace dans des circonstances particulières de l'affaire en cause¹³.

Ces considérations sont, aux yeux du Conseil d'État, d'autant plus importantes que les auteurs du projet de loi, suivant en cela les auteurs du rapport « Prostitution », visent tout particulièrement la prostitution dite « en appartement », donc dans des lieux *a priori* destinés à l'habitation privée et, par définition, non ouverts au public, à l'opposé d'un cabaret ou de tout autre lieu public dans lequel des personnes se livreraient à la débauche ou à la prostitution.

Le Conseil d'État comprend la volonté des auteurs du projet de remplacer la notion de « notoriété » par celle, plus moderne et aux contours juridiques plus certains, d'« indices ». Il tient cependant à souligner que, pour pouvoir recourir au droit qui lui est reconnu par l'article 11, paragraphe 4, du Code de procédure pénale, même dans sa version sous avis, l'officier de police judiciaire devra disposer, avant l'exercice de son droit, d'indices certains, précis et concordants que les lieux servent à la débauche ou à la prostitution, et que l'exercice de ce droit d'entrée sera soumis aux voies de recours inscrites au même code.

Les auteurs du projet ne touchent cependant ni à la notion de « débauche » ni à celle de « prostitution » qui figurent à la fin de la disposition en question.

Or, ce sont précisément ces notions qui posent problème dans le cadre du projet de loi sous avis :

La notion de débauche, qui figure certes encore à d'autres endroits du Code pénal, n'est pas sans poser problème dans le cadre de la disposition sous examen en tant que justification d'un droit d'entrée pour la police. Définie comme « toutes les déviations sexuelles »¹⁴, ou comme notion visant toute forme d'abandon à l'impudicité et, de ce fait, indépendante de toute condition de rétribution¹⁵, voire, en langage courant, comme un « usage excessif de plaisirs sensuels » et partant synonyme de dépravation, de dévergondage et de luxure¹⁶, la débauche ne vise pas nécessairement un comportement puni par le Code pénal, mais peut tout aussi bien signifier un comportement condamné uniquement par les conceptions morales ayant cours à un moment donné.

Quant à la notion de prostitution, le projet de loi rappelle à plusieurs reprises que le fait de faire librement commerce de son corps n'est pas constitutif d'infraction.

Il en découle l'impératif d'éviter que le droit d'entrée ne puisse aboutir qu'à la découverte d'actes de débauche qui n'ont guère de contours

¹³ Même décision, n° 48. La Cour a encore rappelé ces principes dans le cadre de son arrêt du 16 mars 2017, *Modestou c/ Grèce*, req. n° 51693/13, qui a été rendu à propos d'une perquisition effectuée dans le cadre d'une enquête préliminaire et donc antérieure à l'instruction préparatoire, et par conséquent dans un stade particulièrement précoce de la procédure pénale. À ce propos, la Cour a considéré qu'« une perquisition à effectuer à un tel stade doit s'entourer des garanties adéquates suffisantes, afin d'éviter qu'elle ne serve à fournir aux autorités de police des éléments compromettants sur des personnes qui n'ont pas encore été identifiées comme étant suspectes d'avoir commis une infraction ».

¹⁴ G. SCHUIND, « *Traité pratique de droit criminel* », éd. 1980, p. 357.

¹⁵ M. RIGAUX et P.-E. TROUSSE, « *Les crimes et délits du code pénal* », T, V, pp. 374-375.

¹⁶ Définition donnée par le « Robert ».

pénalement suffisants, soit d'actes de prostitution qui sont parfaitement licites, de telle sorte que ce droit ne serait plus justifié par la recherche de la confirmation d'indices préalables qu'une infraction est en train de se commettre et contreviendrait dès lors aux principes rappelés ci-avant. Il y a par conséquent lieu, sous peine d'opposition formelle, de reformuler également ce bout de phrase de la disposition sous examen, afin d'éviter de maintenir un régime qui crée une insécurité juridique et risque également de se heurter au principe de l'inviolabilité du domicile.

Le Conseil d'État propose la formulation de texte suivante :

« Sans préjudice des prérogatives particulières qui leur sont attribuées par des lois spéciales, ils peuvent entrer en tout temps dans les lieux pour lesquels il existe des indices certains, précis et concordants faisant présumer que des actes de proxénétisme y sont commis. »

Article 3

L'article 3 du projet sous examen propose un certain nombre de modifications au Code pénal.

Point 1)

Le point 1) entend modifier l'article 379*bis* du Code pénal en retranchant de celui-ci les termes de « l'exploitation de ». Cette modification serait destinée à répondre, selon le commentaire des articles, à une difficulté rencontrée par le ministère public dans le cadre de poursuites pour proxénétisme, et plus particulièrement dans le cadre de poursuites basées sur l'article 379*bis*, point 4.

Le commentaire des articles explique qu'un arrêt relativement récent de la Cour d'appel¹⁷ aurait ainsi acquitté un prévenu au motif que le ministère public n'aurait pas établi à suffisance de droit la preuve que le prévenu aurait mis à disposition les lieux loués « aux fins d'exploiter la prostitution » et ce alors que, aux yeux de la Cour, « il importe en définitive peu que le prévenu ait toléré la prostitution de ces deux personnes, voire ait loué sciemment les lieux aux fins de la prostitution » des locataires.

Il découle tant de l'avis du procureur d'État de Luxembourg que de celui du procureur d'État de Diekirch que la modification proposée est le reflet de propositions de texte faites par eux. Plus particulièrement, le procureur d'État de Diekirch a précisé que « ces dispositions tendent à pallier les conséquences de l'interprétation correcte, mais restrictive par la Cour d'appel du point 4 actuel de l'article 379*bis* du Code pénal et à réparer un oubli commis lors du vote d'une loi précédente »¹⁸. Par contre, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg ne partage pas cet avis puisque, selon lui, « la modification proposée de l'article 379*bis*, point 4, semble reposer sur une fausse lecture de l'arrêt précité »¹⁹.

Il y a lieu de revenir sur la genèse de la disposition que le projet de loi sous avis entend modifier.

¹⁷ Cour d'appel du 22 février 2011, n° 100/11 V.

¹⁸ Avis du procureur d'État de Diekirch du 3 octobre 2016 (doc parl. n° 7008⁷, p. 5).

¹⁹ Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 3 octobre 2016 (doc parl. n° 7008⁷, p. 8).

Celle-ci a été introduite par la loi 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 proxénétisme²⁰ et n'a pas connu de modifications depuis.

La loi du 1^{er} avril 1968 a abrogé le système existant à l'époque de la réglementation de la prostitution, en admettant que la prostitution « ne doit pas constituer un délit tombant sous l'application de la loi pénale, qu'elle ne doit devenir délictueuse que du moment où elle se manifeste publiquement et engendre des troubles pour l'ordre de la cité ». À ce titre, le projet retient encore que « la prostitution en soi doit donc rester en dehors du domaine de la loi pénale à condition bien entendu qu'elle n'apporte aucun trouble à l'ordre public ». Par contre, le même projet souligne que « [s]i la prostitution ne doit pas être punissable comme telle, il convient par contre de sévir avec une grande vigueur contre les parasites qui tirent leurs revenus de l'exploitation de la débauche d'autrui. Notre législation actuelle ne constitue qu'un instrument d'une efficacité insuffisante dans la lutte contre le proxénétisme ; il reste à combler bien des lacunes dans la réglementation actuelle qui permettent à trop de vils exploitants de passer à travers les mailles de la justice »²¹.

Dans cette optique, le projet de loi proposait d'incriminer, en tant que proxénète, « tout propriétaire, hôtelier, logeur, cabaretier, en général toute personne qui cède, loue ou met à la disposition d'autrui un appartement ou une chambre, dans un but d'exploitation de la prostitution d'autrui ». Or, ce texte initial avait été fortement critiqué à l'époque, notamment par les autorités judiciaires, au motif qu'en raison du choix des termes « dans un but d'exploitation de la prostitution d'autrui », la preuve de l'existence de cet élément de l'infraction ne serait que très difficilement rapportée. Pour pallier cette difficulté, les autorités judiciaires ont estimé que « la simple connaissance dans le chef du propriétaire, hôtelier etc., de l'exercice de la prostitution dans les lieux cédés, loués etc. devrait suffire pour constituer le délit de proxénétisme » et ont proposé de remplacer les termes « dans le but de » par ceux de « sachant que les lieux servent à l'exploitation de la prostitution d'autrui »²².

Cette proposition reprenait d'ailleurs, quant à elle, un premier projet de loi déposé en date du 14 novembre 1934, mais qui n'avait pas abouti à l'époque, visant, déjà, à abolir le régime de la prostitution réglementée et qui prévoyait également l'incrimination des propriétaires, hôteliers, etc. qui cédaient, louaient ou mettaient à la disposition d'autrui un appartement ou une chambre, « sachant qu'une femme ou une fille y sera reçue ou reçoit pour exercer la prostitution sans y être autorisée ». Le commentaire de cette disposition prévoyait que « à la différence de notre règlement du 5 juin 1855, le projet de nouvelle réglementation de la prostitution autorisée versée avec le projet de loi sous avis ne prévoit plus l'établissement de maisons de débauche ; dans ces circonstances, il faut inscrire dans la loi les faits par lesquels les cabaretiers, logeurs, hôteliers et autres propriétaires se rendent coupables de proxénétisme. On peut affirmer que ce sont ces personnes qui, poussées par un vil esprit de lucre, sont les principaux coupables, parce que

²⁰ Mém. A n° 17 du 17 avril 1968, p. 255.

²¹ Exposé des motifs, (doc. parl, n° 1150, p. 1296).

²² Avis du procureur général d'État, *ibid.* p. 1310.

sans leur intervention et sans leur aide, le vice ne serait pas arrivé à l'extension qu'il a de nos jours »²³.

Dans son avis sur le projet de loi devant aboutir à la loi de 1968, précitée, le Tribunal d'arrondissement de Diekirch avait, par ailleurs, précisé qu'il estimait « que la simple connaissance dans le chef du propriétaire ou détenteur de l'immeuble que la prostitution est exercée, est suffisante pour constituer le délit de proxénétisme. Dans ce cas d'ailleurs il y a déjà exploitation de la prostitution d'autrui. Si le texte français paraît trop rigoureux, il y aurait lieu d'adopter le texte de l'article 3 du projet de loi luxembourgeois du 14 novembre 1934, qui est de conception plus large que celui de l'avant-projet » soumis à l'avis de cette juridiction²⁴.

Il découle de ces considérations que l'article 379*bis* du Code pénal, dans sa formulation actuelle, ne requiert pas d'autres éléments constitutifs que la preuve de la connaissance par le propriétaire etc. que les lieux loués servent à la prostitution d'autrui et que, eu égard aux conditions matérielles, notamment financières, du bail, il en profite sciemment à son tour, ce qui remplit alors la condition de l'exploitation de la prostitution d'autrui.

Le point 4 de l'article 379*bis* du Code pénal institue dès lors une infraction indépendante de l'infraction de proxénétisme proprement dite, et qui est caractérisée par le fait que le propriétaire etc. est parfaitement conscient que les lieux loués sont, soit loués directement (ou indirectement par personne interposée) à un proxénète qui y fait « travailler » des personnes prostituées, soit loués en nom personnel à des personnes prostituées « travaillant » pour un proxénète.

Faire abstraction de la référence à l'exploitation de la prostitution d'autrui conduirait nécessairement à la conséquence que la loi incriminerait l'ensemble des situations dans lesquelles des lieux seraient occupés par des personnes se livrant à la prostitution. Serait ainsi notamment incriminé le fait d'être propriétaire d'un logement loué à une personne prostituée à des conditions économiquement normales, avec l'effet pervers que, la prostitution en elle-même n'étant pas punissable, on n'en punirait pas moins le propriétaire du local où la personne prostituée exercerait son commerce parfaitement légal. La conséquence de ce fait serait à l'évidence qu'un propriétaire, dès qu'il apprendrait quel métier exerce son locataire, tâcherait de s'en défaire le plus rapidement possible afin de ne pas risquer d'être poursuivi sur base de la disposition sous examen, ce qui ne manquerait pas de rejeter à la rue les personnes concernées, ajoutant encore à leur précarité.

Le Conseil d'État estime dès lors qu'il y a lieu de faire abstraction de la modification proposée et de ne pas toucher au libellé actuel de l'article 379*bis* du Code pénal.

Point 2)

Le point 2 vise à ajouter les termes « ou lieu quelconque ouvert au public ou utilisé par le public » après le terme « établissement » à l'article 379*sexies*, alinéa 1^{er}, du Code pénal. Selon les auteurs du projet sous examen, cet ajout répond à une proposition faite par le Conseil d'État dans

²³ Chambre des députés, session ordinaire de 1936-1937, annexe, p. 4.

²⁴ Avis du Tribunal d'arrondissement de Diekirch, (doc. parl. n° 1150, p. 1318).

le cadre de son avis du 29 juin 1982 relatif au projet de loi n° 2615 du 21 juillet 1982, adopté par la Chambre des députés le 10 novembre 1984 mais « oublié »²⁵ dans le texte de l'article 379^{sexies} du Code pénal tel que finalement adopté par la Chambre des députés.

Au vu de ces explications, le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler.

Point 3)

Le point 3) vise à compléter l'article 382 du Code pénal par un alinéa 2 nouveau qui exclut la responsabilité pénale pour le délit de racolage en faveur des victimes des infractions visées aux chapitres VI et VI-I du titre VII, livre II du Code pénal, et donc pour les victimes de l'exploitation de la prostitution et du proxénétisme ainsi que pour les victimes de la traite des êtres humains. Le délit de racolage sera dès lors dorénavant réservé aux personnes qui se livrent à la prostitution sans faire partie d'une de ces deux catégories de personnes considérées comme des victimes.

Le Conseil d'État n'a pas d'observation à formuler quant au principe de l'irresponsabilité pénale ainsi créée eu égard aux développements fournis par les auteurs du projet sous examen. Il estime cependant qu'il y a lieu de suivre les avis émis par les autorités judiciaires qui proposent d'insérer cette nouvelle cause d'irresponsabilité à l'endroit de l'article 71-2 du Code pénal, à l'instar de celle introduite par la loi du 13 mars 2009 relative à la traite des êtres humains²⁶ au lieu de la prévoir à l'endroit indiqué au projet.

Point 4)

Le point 4) vise à compléter le chapitre IV du titre III du livre II du Code pénal par une section II-1 comprenant un seul article, à savoir le nouvel article 210-1 du Code pénal, qui, selon le commentaire des articles, reprend partiellement la proposition de loi n° 6808 relative aux pratiques illicites eu égard aux documents de voyage ou d'identité et modifiant le Code pénal.

Le Conseil d'État avait déjà favorablement avisé le texte proposé par les auteurs dans son avis du 23 février 2016 et se bornera, par conséquent, à se référer à cet avis.

Point 5)

Le point 5) complète l'article 563, point 9), du Code pénal par une phrase additionnelle, qui est identique à l'alinéa 2 que le projet se propose d'ajouter à l'article 382 du même code. Le Conseil d'État se réfère par conséquent à ses observations faites à l'endroit du point 3) de l'article sous

²⁵ Commentaire des articles (dossier parl. n° 7008, p. 8) ; Pour le texte d'origine, voir : avis du Conseil d'État du 29 juin 1982 (doc. parl. n° 2615, p. 5).

²⁶ 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 ; Mém. A n° du 20 mars 2009, p. 671 ; *adde* avis du Conseil d'État, plus spécialement p. 8, pour une prise de position critique à propos de cette insertion (doc. parl. n° 5860¹).

examen, qui sont également de mise dans le cadre du point 5).

Point 6)

Le point 6) du projet sous examen complète le Code pénal par des dispositions incriminant, dans certaines hypothèses, le recours à la prostitution en insérant au titre VII du livre II de ce code un chapitre VI-III comprenant les articles 382-6 et 382-7.

Les deux dispositions sous avis constituent la véritable innovation du projet de loi compte tenu du fait qu'elles tendent, d'après les auteurs du projet, à l'instauration d'un « modèle luxembourgeois » dans le domaine dans la lutte contre le proxénétisme. Ce modèle se baserait sur un certain nombre de « principes et de piliers », dont sept sont cités à l'exposé des motifs²⁷. Fait également partie de ce modèle la décision par les auteurs du projet de sanctionner les « clients » des personnes prostituées, mais uniquement si ces dernières personnes sont, soit des mineurs d'âge, des personnes particulièrement vulnérables ou bien des victimes d'exploitation de la prostitution, du proxénétisme ou de la traite des êtres humains à des fins sexuelles²⁸, laissant en dehors du champ de la loi pénale le commerce entre un « client » et une personne prostituée qui ne figurerait pas parmi une de ces catégories. Le principe retenu par la loi précitée du 1^{er} avril 1968, en l'occurrence celui de la liberté d'exercice de la prostitution par le fait de faire sans contrainte commerce de son propre corps, n'est ainsi pas remis en cause.

Cette approche s'inscrirait, toujours aux yeux des auteurs du projet, « dans un contexte international de répression accrue de l'exploitation sexuelle » découlant notamment tant du droit européen que du droit international établi sous l'égide des Nations unies²⁹.

Il n'appartient pas au Conseil d'État d'apprécier l'opportunité politique de cette nouvelle approche du phénomène de la prostitution, même s'il aurait apprécié que les auteurs du projet eussent assis leur démarche sur des références plus actuelles quant aux résultats pratiques obtenus par les systèmes en vigueur dans d'autres pays, notamment la France et la Suède, qui possèdent des modèles analogues, voire qui vont beaucoup plus loin, cela d'autant plus qu'il découle du prédit rapport de la plate-forme « Prostitution » que, notamment, le modèle suédois est loin de constituer une panacée, ayant certes réduit la prostitution en Suède, mais au prix, notamment, d'une exportation de celle-ci dans les pays voisins, notamment dans les régions limitrophes³⁰.

Ainsi, et comme le relève le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans son avis, « le Luxembourg n'entend pas à l'heure actuelle se doter d'une législation pénalisant les clients de la prostitution en général comme c'est le cas en France depuis la loi du 3 février 2016 ainsi que dans les pays nordiques, mais se veut dans un premier temps protecteur des plus démunis parmi les personnes exploitées »³¹.

²⁷ Exposé des motifs (doc. parl. n° 7008, p. 5.).

²⁸ *ibid.*, p. 9.

²⁹ *eod. loc.*

³⁰ Rapport de la plate-forme « Prostitution » du 6 novembre 2014, pp. 25-38.

³¹ Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 3 octobre 2016 (doc. parl. n° 7008⁷, p. 10).

Le Conseil d'État note cependant les prises de position critiques tant du procureur d'État de Luxembourg que du procureur d'État de Diekirch quant au fond des dispositions sous examen, selon lesquelles la preuve à rapporter par le ministère public pour établir tant l'infraction prévue à l'article 382-6 que celles prévues à l'article 382-7 du Code pénal devant une juridiction répressive s'avérerait difficile à rapporter vu qu'elle serait triple, à savoir :

- celle de l'existence d'une infraction primaire, soit l'exploitation de la prostitution ou du proxénétisme, soit la traite des êtres humains,
- celle que la personne prostituée est dès lors une victime de ces infractions, et a ainsi agi sous l'effet d'une contrainte et non pas de son propre gré³²,
- enfin, que le client poursuivi a agi en connaissance de cause de la qualité de victime de la personne dont il a sollicité des relations sexuelles³³.

La conclusion que tirent les deux procureurs d'État est qu'il serait fort à craindre que les nouvelles dispositions resteraient essentiellement dans le stade de la théorie et ne soient que rarement appliquées en pratique³⁴.

En ce qui concerne plus particulièrement l'article 382-6 en projet, le Conseil d'État relève qu'il entend incriminer les relations de nature sexuelle avec des personnes victimes des infractions visées aux chapitres « VI et VI-I du titre II du Code pénal ». Ces chapitres contiennent cependant tant des articles qui correspondent bien à des incriminations, que des articles qui ne contiennent pas un tel élément³⁵. Or, si la démarche consistant à se référer à des infractions primaires ou de base dans le cadre de dispositions pénales indépendantes est admise, encore faut-il que, dans l'intérêt de la précision requise dans la définition des infractions, ces références soient faites à des textes précis, permettant de respecter les principes de la légalité des peines et des infractions, inscrits tant à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que dans la Constitution luxembourgeoise.

Il y a dès lors lieu, sous peine d'opposition formelle, de préciser à l'endroit de l'article 382-6 du Code pénal sous examen, les articles du Code pénal qui peuvent entraîner une condamnation pénale dans le chef de la personne sollicitant, acceptant ou obtenant une relation de nature sexuelle avec une personne vulnérable ou agissant sous contrainte.

En ce qui concerne l'article 382-7 en projet, le Conseil d'État relève en premier lieu que l'article 379 actuel du Code pénal incrimine d'ores et déjà le fait d'avoir excité, facilité ou favorisé la débauche, la corruption ou la prostitution des mineurs âgés de moins de 18 ans. De même, pour ce qui est des mineurs de moins de 16 ans, l'article 375 du même code, en son paragraphe 2, punit comme viol tout acte de pénétration sexuelle commis sur la personne d'un enfant âgé de moins de 16 ans. Il y a donc, au moins en partie, une multi-pénalisation du même comportement, sans que le Conseil

³² Aux yeux du Conseil d'État, la deuxième condition relevée par les procureurs d'État fait cependant partie intégrante de la première : du moment que la preuve d'une des infractions citées à la première condition est rapportée, la personne prostituée en est nécessairement une victime, de telle sorte qu'il n'y a pas lieu de dissocier ces deux éléments.

³³ *Ibid.*, avis du procureur d'État de Diekirch, p. 5.

³⁴ *Ibid.*, avis du procureur d'État de Luxembourg, p. 4.

³⁵ Voir, à titre d'exemple, les articles 379^{ter} à 379^{septies}, qui ont trait à la fermeture de tout établissement au lieu quelconque ouvert au public utilisé par le public dans le cadre d'une instruction pour proxénétisme.

d'État en perçoive la plus-value.

Pour ce qui est du second alinéa de la disposition sous examen, le Conseil d'État note encore la position très critique des procureurs d'État pour ce qui est, à nouveau, de la preuve à rapporter, non seulement, de la vulnérabilité particulière de la personne se livrant à la prostitution, mais encore, voire surtout, de la connaissance par l'auteur de l'infraction de cette situation³⁶.

Ainsi, si le Conseil d'État peut comprendre la motivation des auteurs du projet, il entrevoit d'importantes difficultés de mise en œuvre pratique de ce nouveau dispositif, et qui risquent de nuire fortement à son efficacité du point de vue répressif.

Article 4

L'article 4 du projet sous examen entend introduire une impunité pour le client d'une des personnes visées aux nouveaux articles 382-6 et 382-7 du Code pénal qui, entendu comme témoin dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction judiciaire, révélera à l'autorité compétente des faits susceptibles de constituer une des infractions prévues aux chapitres du Code pénal cités au projet, faits dont il a eu connaissance dans le cadre de son recours à la prostitution d'autrui.

Il découle du commentaire de cette disposition que les auteurs du projet entendent créer une possibilité pour les autorités poursuivantes d'entendre en qualité de témoin le client de la personne-victime d'une de ces infractions afin de pouvoir ajouter ce témoignage au dossier répressif, tout en ménageant le principe du *nemo tenetur* qui implique que le client ne peut pas être pénalement poursuivi du chef des déclarations qu'il a ainsi faites. Cette disposition serait inspirée de l'article 23 de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie³⁷.

Les auteurs comprennent la disposition proposée comme une « possibilité de ne pas exercer l'action publique »³⁸. Or, tel que libellée, la disposition sous examen ne crée pas une possibilité pour le ministère public de renoncer à exercer l'action publique, mais prévoit bien que « l'action publique ne sera pas exercée » contre une personne contre laquelle un procès-verbal a été dressé pour infraction aux articles 382-6 et 382 du Code pénal et qui est entendue comme témoin dans une enquête préliminaire ou dans une instruction menées du chef d'une infraction aux chapitres VI. et VI-I du titre VII, livre II du Code pénal.

Les auteurs du projet mettent ainsi en place, à l'instar de l'article 23 de la loi de 19 février 1973, prévisée, une interdiction d'exercer celle-ci, une fois que les conditions prévues au projet sont remplies. Il s'agit dès lors d'une entorse au principe de l'opportunité des poursuites³⁹ et non pas d'un

³⁶ *Ibid*, avis du procureur d'État de Diekirch, p. 6. La même remarque peut, par ailleurs, être faite quant au premier alinéa de la disposition sous examen pour ce qui est de la connaissance de la minorité de la victime, problème cependant commun aux deux autres dispositions pénales citées à l'avis.

³⁷ Commentaire des articles (dossier parl, n° 7008, p. 12).

³⁸ *Eod. loc.*

³⁹ Qui aurait d'ailleurs, même sans disposition particulière au projet sous avis, permis au ministère public de ne pas exercer de poursuites contre le client-témoin.

aménagement de ce dernier⁴⁰.

Afin d'éviter que cette disposition essentielle ne soit perdue de vue, le Conseil d'État suggère de l'inscrire directement au Code pénal à la suite de l'article 382-7 sous forme d'un nouvel article 382-8, ce qui lui donnerait la visibilité nécessaire, au lieu de la laisser en tant que disposition autonome dans un texte de loi.

La Conseil d'État propose enfin de renoncer au bout de phrase « Sans préjudice des droits de la défense », ces droits étant en tout état de cause acquis au client-témoin sans qu'une loi particulière ne doive le rappeler.

Article 5

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Intitulé

Il convient de remplacer dans l'intitulé la dénomination du « Code d'instruction criminelle » par celle nouvelle de « Code de procédure pénale ».

Article 2

Le Conseil d'État réitère son observation concernant la nouvelle dénomination de « Code de procédure pénale » qu'il a faite concernant l'intitulé du projet de loi.

Article 3

Point 1)

À la phrase introductive de la modification proposée, il faudra ajouter une parenthèse fermante à droite derrière le chiffre 4.

Point 3)

La référence aux chapitres concernés du Code pénal est à rédiger comme suit : « Livre II, titre VII, chapitres VI et chapitres VI-I »

Point 4)

Il convient de formuler la phrase introductive de la modification proposée comme suit :

« Le livre II, titre III, chapitre IV du Code pénal est remplacé par une section II-1 qui prend la teneur suivante : ».

À l'article 210-1 qu'il est proposé d'insérer dans le Code pénal, la

⁴⁰ Le Conseil d'État tient encore à rappeler que dans le cadre d'une plainte avec constitution de partie civile déposée auprès du juge d'instruction, les possibilités du procureur d'État de ne pas déclencher l'action publique sont limitées par l'article 57 du Code de procédure pénale, de telle sorte que, par ce biais, la disposition sous examen peut être privée de son efficacité.

référence aux chapitres concernés du Code pénal est à rédiger comme suit :
« Livre II, titre VII, chapitres VI, VI-I et VI-II du Code pénal ».

Il convient, par ailleurs, d'écrire « trois à cinq » ans au lieu de « 3 à 5 » ans.

Point 5)

À la phrase introductive de la modification proposée, il y a lieu de se référer à l'article « 563, point 9° » du Code pénal et d'indiquer la référence aux chapitres concernés du Code pénal en écrivant « livre II, titre VII, chapitres VI et VI-I ».

Point 6)

À la phrase introductive de la modification proposée, il convient de se référer au « livre II, titre VII du Code pénal ».

À l'article 382-6 qu'il est proposé d'insérer dans le Code pénal, la référence aux chapitres concernés du Code pénal est à rédiger comme suit :
« Livre II, titre VII, chapitres VI et VI-I du Code pénal ».

Article 4

La référence aux chapitres concernés du Code pénal est à rédiger comme suit :

« Livre II, titre VII, chapitres VI et chapitres VI-I ».

Article 5

Le Conseil d'État propose de faire abstraction de l'intitulé de citation qui ne fait en l'espèce pas de sens en ce que seul l'article 1^{er} de la loi en projet contient des dispositions autonomes.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 23 mai 2017.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes