

N° 6046²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2009-2010

PROJET DE LOI

portant:

1. approbation
 - a) de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ouverte à la signature à Lanzarote les 25-26 octobre 2007
 - b) du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants,
2. modification de certains articles du Code pénal et du Code d'instruction criminelle

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(9.3.2010)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 12 mai 2009, le Conseil d'Etat a été saisi du projet de loi sous rubrique qui a été élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte du projet étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

L'avis de la Commission consultative des droits de l'homme a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 7 janvier 2010.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le présent projet de loi a un double objectif. Il vise, d'un côté, à approuver formellement deux instruments internationaux, à savoir la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ainsi que le Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants. Il tend, d'un autre côté, à adopter des dispositions de droit pénal et de procédure pénale en application de ces deux instruments ainsi qu'en exécution de la décision du Conseil de l'Union européenne du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'internet et de la décision-cadre du Conseil du 11 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie.

Les modifications apportées au Code pénal s'inscrivent dans la suite de 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 projet de loi doit encore être vu en relation avec la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales et portant modification

- du Code d'instruction criminelle,
- du Code pénal,
- de la loi modifiée du 12 mars 1984 relative à l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction et à la répression de l'insolvabilité frauduleuse,
- de la loi modifiée du 16 juillet 1986 relative à certains modes d'exécution des peines privatives de liberté,
- de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse.

Le renforcement de la protection des enfants contre des abus sexuels est un autre objectif du projet de loi relatif à la prévention de la récidive chez les auteurs d'infractions à caractère sexuel et portant modification (1) du Code pénal et (2) du Code d'instruction criminelle (doc. parl. *No 6047*).

Comme le Conseil d'Etat l'a déjà relevé dans son avis du 7 octobre 2008 à propos du projet de loi relatif à la traite des êtres humains (doc. parl. *No 5860^I*), le projet sous rubrique est une illustration de la mise en place progressive d'un droit pénal international et de l'impact de ce droit international sur le droit pénal national.

Le Conseil d'Etat voudrait relever la complexité technique de la matière alors que des textes internationaux concernant la protection des enfants sont adoptés dans différents cadres internationaux. Ainsi, les modifications apportées au Code pénal dans le présent projet de loi visent à tenir compte d'instruments supranationaux adoptés, le premier dans le cadre du Conseil de l'Europe, le second au niveau de l'Organisation des Nations Unies, et le troisième par l'Union européenne. L'approbation, par étapes, de ces différents instruments et les adaptations concomitantes de la loi nationale conduisent à des modifications successives, rapprochées dans le temps, des mêmes parties du Code pénal et du Code d'instruction criminelle, ce qui complique à l'évidence la tâche du législateur, des praticiens du droit et du justiciable.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Observations préliminaires

Le Conseil d'Etat tient à relever qu'il y a lieu d'annexer à la loi en projet le texte des deux instruments internationaux qu'elle vise à approuver.

Comme il ne convient pas de subdiviser le dispositif d'une loi par deux catégories d'articles, le Conseil d'Etat recommande de remplacer la subdivision en articles, figurant aux articles III et IV du projet sous examen, par celle en points (1°, 2°, ...).

Articles I et II

Ces deux articles portent approbation de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels ainsi que du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants.

Article III

L'article III regroupe une série de modifications du Code pénal. A noter que ces modifications sont, pour partie, une conséquence de l'approbation des instruments internationaux et, pour le surplus, une correction des textes actuels afin de les rendre plus cohérents. A noter encore que les auteurs du projet de loi indiquent s'être inspirés, pour certains textes, du Code pénal belge, alors qu'ils ont repris, pour d'autres, les dispositions du Code pénal français. Il s'agit là d'une démarche de plus en plus fréquente en matière pénale, qui n'est toutefois pas sans poser des problèmes pour deux raisons. Historiquement, le droit pénal luxembourgeois est d'origine belge et, sur de nombreux points, le droit pénal français a évolué différemment. Il est, par ailleurs, délicat d'établir, par rapport à un même type d'infractions, des dispositions en s'inspirant de sources différentes.

Article 1er (point 1° selon le Conseil d'Etat): article 372 du Code pénal

Le projet sous rubrique tend à réformer l'infraction de l'attentat à la pudeur qui fait actuellement l'objet des articles 372 et 373 du Code pénal. La nouvelle disposition distingue entre l'attentat à la pudeur commis sans violence ni menaces sur des personnes (nouvel art. 372, 1°), l'attentat commis avec violence et menaces (nouvel art. 372, 2°) et prévoit, pour les deux cas, une circonstance aggravante tenant à l'âge de la victime, en l'occurrence un enfant de moins de quatorze ans (nouvel art. 372, 3°).

L'innovation majeure du nouveau texte est que l'attentat à la pudeur, sans violence ou menaces, est répréhensible, même sur un adulte ou un mineur qui a dépassé l'âge de 14 ans; en d'autres mots, l'âge de la victime n'est plus un élément constitutif de l'infraction, mais une circonstance aggravante. Sur ce point, le nouveau texte opère un changement fondamental en étendant le champ de l'infraction.

Le Conseil d'Etat voudrait faire les observations suivantes:

- Premièrement, le législateur luxembourgeois s'écartera tant de l'article 372 du Code pénal belge, identique au texte luxembourgeois actuel, que de l'article 222-22 du Code pénal français qui retient le concept d'agression sexuelle¹.
- Deuxièmement, la modification envisagée n'est pas imposée par l'approbation des deux instruments internationaux, précités.
- Troisièmement, le commentaire des articles ne contient aucune explication sur ce changement fondamental. Le Conseil d'Etat ignore si des problèmes de répression de certains actes se posent dans la pratique et s'il est nécessaire de combler un éventuel vide juridique.
- Quatrièmement, le Conseil d'Etat s'interroge sur l'articulation de cette nouvelle incrimination avec celle de l'article 442-2 du Code pénal, tel qu'introduit par la loi du 5 juin 2009 incriminant le harcèlement obsessionnel, qui peut également être de nature sexuelle, mais qui requiert des actes répétés.
- Cinquièmement, un tel élargissement de l'incrimination risque d'engendrer un volume important de plaintes, qui, quelle que soit leur justification, devront être traitées. A cet égard, il faut tenir compte de la loi précitée du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales.

Tout en reconnaissant que la réforme envisagée relève d'un choix de politique criminelle, le Conseil d'Etat voudrait inviter la Chambre des députés à réfléchir sur la nécessité de cette réforme.

Le nouveau texte consacre une limite d'âge unique de quatorze ans, alors que les articles 372 et 373 actuels prévoient trois seuils différents, à savoir onze, quatorze et seize ans. Le texte actuel ne retient plus l'assimilation de l'attentat commis sur des personnes hors d'état de donner leur consentement libre ou d'opposer de la résistance à l'attentat commis avec violence ou menaces. Cette circonstance est reprise, dans le nouvel article 377 du Code pénal, sous un libellé différent, comme circonstance aggravante. Le Conseil d'Etat donne à considérer s'il n'y a pas lieu de reconsidérer le choix politique qui a mené les auteurs à opter pour la présente voie.

Article 2 (point 2° selon le Conseil d'Etat): article 375 du Code pénal

L'article 375 du Code pénal sur le viol est modifié en ce sens que l'absence de consentement devient l'élément constitutif. Par cette réforme, le texte luxembourgeois est adapté à l'article 375 du Code pénal belge, tel que modifié en 1989. La nouvelle disposition continue à viser les violences, les menaces graves, la ruse ou l'artifice, non plus comme éléments constitutifs, mais comme cas types de l'absence de consentement. Cette formulation est encore inspirée de l'article 375 du Code pénal belge. Dans la logique d'une reprise intégrale des textes belges, le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec la disposition sous objet, même si, en termes de technique légistique pénale, il n'est pas indiqué de préciser les éléments constitutifs d'une infraction par une énumération non limitative d'exemples. Si le législateur entend suivre la loi belge, ne serait-il pas indiqué de remplacer le mot „notamment“ par les termes „que ce soit“?

Article 3 (point 3° selon le Conseil d'Etat): article 376 du Code pénal

L'article sous rubrique vise à compléter la disposition actuelle de l'article 376 du Code pénal en introduisant, à côté de la mort, de nouvelles circonstances aggravantes, à savoir la mutilation ou l'in-

¹ Article 222-22 du Code pénal français:

„Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ...“

firmité permanente. Ces concepts sont tirés de l'article 222-24 du Code pénal français², référence que le commentaire des articles omet de préciser. Le Conseil d'Etat marque ses plus vives réserves par rapport à l'introduction de nouveaux concepts, en particulier celui d'„infirmité permanente“, et insiste à ce que soient reprises les notions traditionnelles de maladie ou d'incapacité de travail, permanente ou non, qui figurent aux articles 399 et suivants du Code pénal relatifs aux coups et blessures volontaires et aux articles 260-2 et suivants relatifs aux actes de torture. Le Conseil d'Etat relève que l'article 260-3 consacre encore le concept de mutilation grave.

Le Conseil d'Etat note que le troisième alinéa du texte actuel de l'article 376 semble être supprimé sans la moindre explication dans le commentaire.

Article 4 (point 4° selon le Conseil d'Etat): article 377 du Code pénal

L'article 377 actuel, qui contient une série de circonstances aggravantes, se trouve remplacé par un texte nouveau qui s'inspire de l'article 222-24 du Code pénal français. Le libellé proposé se distingue toutefois de sa référence française en ce que les circonstances aggravantes visées aux points 8 à 12 du texte français n'ont pas été repris „pour des raisons d'opportunité“ et en ce que, par ailleurs, certaines des circonstances aggravantes du texte actuel luxembourgeois ont „survécu“ à la refonte des textes.

L'article sous rubrique est une illustration de l'observation critique que le Conseil d'Etat a formulée par rapport à la démarche des auteurs qui introduisent, dans un chapitre inspiré historiquement du Code pénal belge, des dispositions du Code français tout en ne les reprenant que partiellement et tout en maintenant certaines particularités luxembourgeoises.

Le Conseil d'Etat se demande pourquoi les circonstances aggravantes aux points 1° et 6° relatives à la victime n'ont pas été regroupées en un point unique.

Le Conseil d'Etat note encore un assouplissement du dispositif répressif, qui surprend dans un projet de loi destiné à accroître la protection des mineurs, en ce que le point 3° du texte sous objet vise comme circonstance aggravante l'abus d'autorité, alors que le troisième alinéa du texte actuel vise simplement l'existence d'une autorité de l'auteur sur la victime.

Article 5 (point 5° selon le Conseil d'Etat): article 379 du Code pénal

Le Conseil d'Etat marque son accord avec les adaptations apportées aux points 1° et 2° du premier alinéa de l'article 379 actuel qui s'expliquent par la nécessité de mettre la loi nationale en conformité avec l'article 19 de la Convention du Conseil de l'Europe, précitée. Dans la logique d'une protection des mineurs et non pas des „bonnes mœurs“, le Conseil d'Etat propose de supprimer, au numéro 1°, les mots „Quiconque aura attenté aux mœurs en ...“ et de les remplacer par la formulation „Quiconque aura excité etc.“.

² Article 222-24 du Code pénal français:

„Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle:

1° Lorsqu'il a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente;

2° Lorsqu'il est commis sur un mineur de quinze ans;

3° Lorsqu'il est commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur;

4° Lorsqu'il est commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime;

5° Lorsqu'il est commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions;

6° Lorsqu'il est commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice;

7° Lorsqu'il est commis avec usage ou menace d'une arme;

8° Lorsque la victime a été mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de télécommunications;

9° Lorsqu'il a été commis à raison de l'orientation sexuelle de la victime;

10° Lorsqu'il est commis en concours avec un ou plusieurs autres violents commis sur d'autres victimes;

11° Lorsqu'il est commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité;

12° Lorsqu'il est commis par une personne agissant en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits stupéfiants.“

Article 6 (point 6° selon le Conseil d'Etat): article 379bis du Code pénal

L'article sous rubrique, qui aggrave les peines pour faits de proxénétisme, n'appelle pas d'observation particulière.

Article 7 (point 7° selon le Conseil d'Etat): article 380 du Code pénal

L'article 7 du projet de loi prévoit une modification de l'article 380 du Code pénal en rapport avec les causes d'aggravation des peines portées par les articles 379 et 379bis. Comme il est exposé au commentaire, il s'agit de reprendre les circonstances aggravantes figurant à l'article 382 du Code pénal dans la version que ce texte a reçue par la loi du 13 mars 2009 relative à la traite des êtres humains. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation particulière, sauf à relever que seul le paragraphe 1er de l'article 382-2 est repris à l'exclusion des dispositions qui suivent. Le commentaire reste encore muet sur les raisons de ce choix.

Article 8 (point 8° selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la modification de l'intitulé du chapitre VII du titre VII du Livre II du Code pénal.

Article 9 (point 9° selon le Conseil d'Etat): article 383 du Code pénal

L'article 383 actuel est modifié sur deux points: Le taux minimal de la peine d'emprisonnement est relevé. Le texte de l'article 385bis, alinéa 1er, actuel est repris au point 5° nouveau de l'article 383 en ajoutant certains compléments. Les auteurs expliquent que la reprise de l'alinéa 2 n'est pas indiquée. Le commentaire de l'article sous rubrique ne contient pas d'explication sur l'alinéa 3 de l'actuel article 385bis relatif à la confiscation. A l'article 12 (point 12° selon le Conseil d'Etat) du projet de loi, ces dispositions sont intégrées dans le nouvel article 383-2. A l'article 13 (point 13° selon le Conseil d'Etat), les dispositions actuelles de l'article 385bis sont supprimées. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation particulière à formuler.

Article 10 (point 10° selon le Conseil d'Etat): article 383-1 du Code pénal

Le projet de loi sous rubrique vise à compléter l'arsenal répressif luxembourgeois par une disposition nouvelle incriminant la diffusion ou le commerce d'un message particulièrement violent et de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine lorsque ce message est destiné aux mineurs. Il s'agit, selon les auteurs, de compléter l'article 383 actuel qui ne vise que les messages pornographiques. Le nouveau texte est inspiré de l'article 227-24 du Code pénal français.³

Sans entendre mettre en cause la légitimité de la démarche des auteurs, le Conseil d'Etat se doit de relever une série de problèmes.

Le Conseil d'Etat note d'abord que, contrairement à l'article 227-24 du Code pénal français, les articles 383 et 383-1 ne vont pas établir un mécanisme répressif identique pour la distribution de matériel pornographique et pour la diffusion de messages particulièrement violents et attentatoires à la dignité humaine. L'arsenal répressif de l'article 383 est plus large que celui du nouvel article 383-1 alors qu'est visée, à côté de la distribution, de la fabrication, du commerce, la mise en circulation etc. de matériel pornographique. L'article 383 ne contient pas la notion de „message pornographique“, mettant l'accent sur le support, „écrits, imprimés, images, photographies, films ou autres objets“. L'article 383 incrimine la distribution de matériel pornographique, quel que soit le destinataire, en mettant l'accent sur le caractère public de cette diffusion, et fait de l'implication de mineurs une circonstance aggravante. L'article 383-1 en projet n'interdit la diffusion du message que s'il est destiné aux mineurs, ce qui pose, à l'évidence, un grave problème de preuve.

³ Article 227-24 du Code pénal français:

„Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables.“

Le Conseil d'Etat constate encore que le texte proposé s'écarte, sur de nombreux points, de sa référence française. L'article 227-24 du Code pénal français vise le message „violent“ ou de nature à porter atteinte à la dignité humaine, alors que l'article 383-1 en projet du Code pénal luxembourgeois exige un caractère particulièrement violent et fait de l'atteinte à la dignité humaine une condition cumulative. Alors que le texte français prévoit, comme élément constitutif, la possibilité que le message soit vu ou perçu par un mineur, l'article 383-1 en projet du Code pénal luxembourgeois requiert qu'il soit destiné aux mineurs.

Faute d'explication dans le commentaire de l'article, le Conseil d'Etat ne peut que prendre acte de ces disparités. Il se demande toutefois si, dans un souci de compléter la protection des jeunes contre des messages violents ou pornographiques, il n'aurait pas été plus judicieux de réfléchir sur un instrumentaire unique et cohérent englobant à la fois le matériel et le message pornographique et le message violent, les deux à l'intention de mineurs, et de distinguer le cas de la fabrication et diffusion d'un message comportant l'image ou la représentation du mineur à l'instar de l'article 227-23 du Code pénal français. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la cohérence et le caractère suffisamment complet du système que le projet entend mettre en place. Le Conseil d'Etat considère que si le législateur luxembourgeois s'inspire de la loi française, il est indiqué qu'il reprenne, sauf raison particulière, l'intégralité des textes français, cela notamment dans une matière où les lois nationales constituent l'application d'instruments internationaux liant la France et le Luxembourg.

Article 11 (point 11° selon le Conseil d'Etat): article 383-2 du Code pénal

Le nouvel article 383-2 est constitué du dernier alinéa, adapté, de l'article 383 actuel et du dernier alinéa de l'article 385bis actuel du Code pénal luxembourgeois. Comme il a déjà été exposé, il faudra prévoir expressément la suppression de ces alinéas dans les articles concernés, ce que le projet sous rubrique omet de faire pour le dernier alinéa de l'article 383.

Article 12 (point 12° selon le Conseil d'Etat): article 384 du Code pénal

L'article 384 actuel du Code pénal est complété par l'incrimination de la consultation de matériel pornographique impliquant ou présentant des mineurs. Il est expliqué, dans le commentaire, que cette modification est une transposition de l'article 20, paragraphe 1er, de la Convention du Conseil de l'Europe, précitée, et vise l'hypothèse de la consultation de ce type de matériel sur Internet. Tout en comprenant la portée des obligations internationales, le Conseil d'Etat relève que le nouveau texte vise tout type de consultation et ne se limite pas à incriminer „le fait d'accéder, en connaissance de cause et par le biais des technologies de communication et d'information, à de la pornographie enfantine“, pour reprendre le libellé de la Convention.

Article 13 (point 13° selon le Conseil d'Etat): article 385-2 du Code pénal

Par l'article 13 (point 13° selon le Conseil d'Etat) sous examen, l'article 385bis actuel du Code pénal est supprimé et remplacé par une disposition nouvelle incriminant le fait de solliciter des mineurs à des fins sexuelles. D'après le commentaire, cette nouvelle incrimination découle de l'article 23 de la Convention du Conseil de l'Europe, précitée, qui vise la sollicitation d'enfants à des fins sexuelles. Le Conseil d'Etat note que la disposition luxembourgeoise va plus loin que le texte de la Convention, en ce qu'est incriminée une sollicitation à l'égard d'une personne se présentant comme mineur de 16 ans, alors qu'elle ne l'est pas, et en ce que la simple sollicitation par moyen de communication électronique est répréhensible, même si elle n'est pas „suivie d'actes matériels conduisant à ladite rencontre“, au sens de la Convention.

Article 14 (point 14° selon le Conseil d'Etat)

Ce texte abroge l'article 373 actuel du Code pénal et n'appelle pas d'observation particulière de la part du Conseil d'Etat.

Article IV

Article 1er (point 1° selon le Conseil d'Etat): article 5-1 du Code d'instruction criminelle

La modification apportée à l'article 5-1 du Code d'instruction criminelle vise à étendre la compétence personnelle du Luxembourg, à côté des nationaux et des étrangers trouvés au Grand-Duché, aux personnes qui y ont leur résidence habituelle.

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec cette extension, même si elle dépasse de loin les infractions spécifiques dans le cadre de la protection de la jeunesse. Il propose d'omettre les concepts anciens de „résidence au pays“ et de viser le Grand-Duché de Luxembourg.

Article 2 (point 2° selon le Conseil d'Etat): article 7-4 du Code d'instruction criminelle

L'article 7-4 du Code d'instruction criminelle, qui traduit le principe „*aut dedere aut iudicare*“, est étendu aux infractions prévues aux articles 379, 382-1, 382-2, 384 et 385-2 du Code pénal.

Article V

Se référant à l'article 24, paragraphe 3, de la Convention du Conseil de l'Europe, les auteurs du projet de loi prévoient que le Luxembourg fait une réserve quant à l'incrimination de la tentative intentionnelle de commettre une des infractions visées par la Convention. Le Conseil d'Etat considère que cette réserve peut valablement être effectuée dans le cadre de la loi d'approbation, malgré le fait que l'article 24, paragraphe 3, de la Convention du Conseil de l'Europe, contrairement à l'article 25, paragraphe 3, ne contient aucune indication quant au moment auquel une telle réserve est formulée.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 9 mars 2010.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges SCHROEDER

