



Bruxelles, le 31 octobre 2022
(OR. en)

14277/22

LIMITE

JUR 695
JAI 1401
COPEN 372
FREMP 227

AVIS DU SERVICE JURIDIQUE ¹

Origine:	Service juridique
Destinataire:	COPEN
Objet:	Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique <ul style="list-style-type: none">– Base juridique - Champ d'application de l'article 83 du TFUE– Mesures protégeant certaines victimes - Compatibilité avec le principe de non-discrimination

I. INTRODUCTION

1. Le 8 mars 2022, la Commission a présenté une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique² (ci-après dénommée la "proposition de directive").

¹ Le présent document contient des avis juridiques faisant l'objet d'une protection au titre de l'article 4, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, et non rendus accessibles au public par le Conseil de l'Union européenne. Le Conseil se réserve la faculté de faire valoir tous ses droits en cas de publication non autorisée.

² COM(2022)105 – 2022/0066 (COD).

2. Le service juridique du Conseil (SJC) a été invité à concentrer son analyse sur les deux aspects suivants de la directive proposée:
- A) la question de savoir si l'article 83, paragraphe 1, du TFUE permet l'adoption de règles minimales, comme proposé, pour les infractions pénales que sont le viol commis sur des femmes et les mutilations génitales féminines (articles 5 et 6 de la proposition de directive),³ ainsi que le partage non consenti de matériels intimes ou manipulés (ce que l'on appelle la "vengeance pornographique"), la traque furtive en ligne, le cyberharcèlement et l'incitation à la violence ou à la haine en ligne (articles 7 à 10 de la proposition de directive); et
 - B) la question de savoir si la mise en place de mesures qui ne s'appliquent qu'à certaines victimes ou certains contextes spécifiques, à savoir les victimes de violence à l'égard des femmes et de violence domestique, serait conforme au principe de non-discrimination⁴.

Les deux questions seront examinées successivement.

³ En outre, il convient de noter que l'article 45 de la directive proposée modifierait l'article 3 de la directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil (JO L 335 du 17.12.2011, p. 1), en alignant certaines infractions déjà existantes en matière d'abus sexuels à l'encontre des enfants prévues à l'article 3 de la directive susmentionnée sur la définition figurant à l'article 5 de la directive proposée pour l'infraction pénale que constitue le viol commis sur des femmes.

⁴ L'analyse de la proposition est toujours en cours au sein du groupe COPEN. Le présent avis est sans préjudice des questions qui pourraient être soulevées au cours de cette analyse, y compris en ce qui concerne la compétence des colégislateurs de l'Union pour adopter des dispositions spécifiques sur les droits des victimes, et qui seront en principe abordées au cours de la discussion.

II. ANALYSE JURIDIQUE

A. BASE JURIDIQUE POUR LES REGLES MINIMALES RELATIVES AUX INFRACTIONS PENALES ENONCEES AUX ARTICLES 5 A 10

3. L'article 83, paragraphe 1, premier alinéa, du TFUE confère à l'UE une compétence pour établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité spécifiques, conformément à la procédure législative ordinaire. Conformément à cette disposition, ces domaines de criminalité sont définis sur la base de deux critères, selon lesquels 1) le domaine doit concerner des infractions "*particulièrement graves*" et 2) ces infractions doivent revêtir "*une dimension transfrontière*". La dimension transfrontière dans le contexte spécifique de l'article 83 du TFUE peut résulter i) du caractère de ces infractions, ii) de leurs incidences ou iii) "*d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes*".
4. L'article 83, paragraphe 1, deuxième alinéa, du TFUE énumère ensuite les domaines de criminalité dont les auteurs du traité ont estimé qu'ils remplissaient déjà ces deux critères. Cette liste de "formes graves de criminalité revêtant une dimension transfrontière" ("*euro-crimes*") comprend notamment "*la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants*" et la "*criminalité informatique*". L'article 83, paragraphe 1, troisième alinéa, du TFUE prévoit une procédure de révision dite "simplifiée" qui permet au Conseil, statuant à l'unanimité et après approbation du Parlement européen, d'étendre la liste de ces "formes graves de criminalité revêtant une dimension transfrontière".
5. Cette liste de "formes graves de criminalité revêtant une dimension transfrontière" trouve son origine dans le traité d'Amsterdam, qui prévoyait à l'époque une liste non exhaustive de ce type d'infractions susceptibles d'être soumises à des règles minimales au niveau de l'UE, qui devaient être adoptées à l'unanimité par le Conseil.

6. Cette approche relative au droit pénal matériel de l'UE a été revue dans le traité de Lisbonne. Il a été convenu que le traité établirait une liste exhaustive d'infractions pénales, à l'égard desquelles des actes législatifs de l'UE pourraient ensuite être adoptés à la majorité qualifiée et conformément à la procédure législative ordinaire. Cette liste exhaustive pourrait toutefois être adaptée par le Conseil, qui serait habilité à ajouter d'autres infractions à la liste en statuant à l'unanimité. La liste des "formes graves de criminalité revêtant une dimension transfrontière" insérée à l'article 83, paragraphe 1, deuxième alinéa, du TFUE par le traité de Lisbonne était, en substance, une combinaison des domaines de criminalité recensés à l'article K.1 et à l'article K.3, point e), de l'ancien TUE, et de ceux énumérés dans les conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999.
7. Il résulte de la genèse de l'article 83, paragraphe 1, du TFUE que l'intention des auteurs des traités était de contrebalancer, dans cette disposition, le passage du vote à l'unanimité au vote à la majorité qualifiée en établissant une liste exhaustive de domaines de criminalité, qui pourrait ensuite être étendue par une décision du Conseil statuant à l'unanimité.
8. Toute extension de ce type doit respecter deux critères (et sous-critères) mentionnés au point 3 ci-dessus, à savoir la gravité et la dimension transfrontière des infractions.
9. Étant donné que la Commission a proposé d'établir des règles minimales relatives aux infractions pénales visées aux articles 5 à 10 de la proposition de directive sur la base de la liste actuelle des "formes graves de criminalité revêtant une dimension transfrontière", la question de savoir si l'article 83, paragraphe 1, du TFUE constitue une base juridique appropriée pour l'adoption de règles minimales relatives à ces infractions pénales doit être examinée, en l'état actuel du droit de l'Union, à la lumière de cette liste de "formes graves de criminalité revêtant une dimension transfrontière".

10. Plus précisément, il convient d'évaluer si les infractions pénales que sont le viol commis sur des femmes et les mutilations génitales féminines peuvent être considérées comme relevant du domaine de la criminalité liée à "*la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants*"⁵, et être incluses dans ce domaine et, par ailleurs, si les infractions pénales que sont le partage non consenti de matériels intimes ou manipulés (ce que l'on appelle la "vengeance pornographique"), la traque furtive en ligne, le cyberharcèlement et l'incitation à la violence ou à la haine en ligne peuvent être considérées comme relevant du domaine de la "*criminalité informatique*" et être incluses dans ce domaine.

1) **Base juridique des règles relatives aux infractions pénales que sont le viol commis sur des femmes et les mutilations génitales féminines (articles 5 et 6 de la directive)**

11. Les articles 5 à 10 de la directive proposée figurent dans son chapitre 2, intitulé "*Infractions liées à l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants et la criminalité informatique*".

Selon l'article 5, l'infraction pénale de "viol" est définie comme suit:

"1. Les États membres veillent à ce que les comportements intentionnels suivants soient passibles de sanctions en tant qu'infractions pénales:

a) le fait de se livrer avec une femme à tout acte non consenti de pénétration vaginale, anale ou orale à caractère sexuel avec toute partie du corps ou avec un objet;

b) le fait de contraindre une femme à se livrer avec une autre personne à tout acte non consenti de pénétration vaginale, anale ou orale à caractère sexuel avec toute partie du corps ou avec un objet.

2. Les États membres veillent à ce qu'on entende par acte non consenti un acte accompli sans que la femme ait donné son consentement volontairement ou dans une situation où la femme n'est pas en mesure de se forger une volonté libre en raison de son état physique ou mental, par exemple parce qu'elle est inconsciente, ivre, endormie, malade, blessée physiquement ou handicapée, et où cette incapacité à se forger une volonté libre est exploitée.

⁵ Selon l'exposé des motifs de la proposition de directive, les règles minimales prévues aux articles 5 et 6 de la directive proposée relèveraient du domaine de la criminalité liée à l'"exploitation sexuelle des femmes".

3. *Le consentement peut être retiré à tout moment au cours de l'acte. L'absence de consentement ne peut être réfutée exclusivement par le silence de la femme, son absence de résistance verbale ou physique ou son comportement sexuel passé.*"

Selon l'article 6, l'infraction de " *mutilations génitales féminines* " est définie comme suit:

"Les États membres veillent à ce que les comportements intentionnels suivants soient passibles de sanctions en tant qu'infractions pénales:

a) l'excision, l'infibulation ou toute autre mutilation de la totalité ou d'une partie des labia majora, des labia minora ou du clitoris;

b) le fait de contraindre une femme ou une fille à subir tout acte visé au point a) ou de lui fournir les moyens à cette fin."

12. Il convient donc d'examiner si ces deux infractions pénales peuvent être considérées comme relevant de la "forme grave de criminalité revêtant une dimension transfrontière" que constitue l'"exploitation sexuelle des femmes et des enfants" au sens de l'article 83, paragraphe 1, deuxième alinéa, du TFUE. Étant donné que la notion d'"exploitation sexuelle des femmes et des enfants" fait partie d'une disposition des traités qui établit la compétence des colégislateurs de l'UE pour adopter des règles communes, cette notion doit être interprétée comme une notion autonome du droit de l'Union⁶. En outre, selon une jurisprudence constante, lors de l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union et de ses termes, il y a lieu de tenir compte, i) de sa genèse⁷ et ii) du contexte dans lequel elle s'inscrit et des objectifs que poursuit l'acte dont elle fait partie⁸. Afin de garantir une approche cohérente, une comparaison avec les instruments pertinents du droit de l'Union et du droit international qui font déjà référence à la notion d'exploitation est également essentielle dans ce contexte.

a) Genèse de l'article 83 du TFUE

13. Le processus qui a conduit à l'adoption du texte de l'article 83, paragraphe 1, du TFUE a débuté avec le traité d'Amsterdam, qui a modifié l'article K.1 de l'ancien TUE. L'article qui en a résulté prévoyait que "*l'objectif de l'Union (...) d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice (...) est atteint par la prévention de la criminalité, organisée ou autre, et la lutte contre ce phénomène, notamment (...), la traite d'êtres humains et les crimes contre des enfants (...)*" (soulignement ajouté).

⁶ Cette approche est d'ailleurs conforme à la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause. Voir par exemple, l'arrêt du 18 janvier 1984, *Ekro*, 327/82, EU:C:1984:11, point 11 et l'arrêt du 19 septembre 2000, *Linster*, C-287/98, EU:C:2000:468, point 43.

⁷ Arrêts du 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756, point 135; du 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, C-583/11 P, EU:C:2013:625, point 50, et du 27 octobre 2016, *Commission/Allemagne*, C-220/15, EU:C:2016:815, point 39.

⁸ Arrêts du 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, C-583/11 P, EU:C:2013:625, point 50, et du 22 juin 2021, *Venezuela/Conseil (Affectation d'un État tiers)*, C-872/19 P, EU:C:2021:507, point 42.

14. L'article K.3, point e) de l'ancien TUE, qui dressait la liste non exhaustive des domaines de criminalité dans lesquels un rapprochement des règles pourrait être envisagé, ne faisait pas explicitement référence à l'"exploitation sexuelle des femmes". Toutefois, il résulte des conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 que "*l'exploitation des femmes*" s'entendait comme une composante de la traite d'êtres humains. Les conclusions, qui exposaient les aspects sur lesquels les travaux législatifs menés dans ce domaine après Amsterdam devaient principalement porter, précisaient que "[s]ans préjudice des domaines plus larges envisagés dans le traité d'Amsterdam et le plan d'action de Vienne, le Conseil européen estime que, en ce qui concerne le droit pénal national, les efforts visant à trouver un accord sur des définitions, des incriminations et des sanctions communes doivent porter essentiellement, dans un premier temps, sur un nombre limité de secteurs revêtant une importance particulière, tels que (...) la traite des êtres humains, notamment l'exploitation des femmes, l'exploitation sexuelle des enfants, (...)" (soulignement ajouté).
15. Cela a conduit à l'adoption d'une série de décisions-cadres, dont la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains⁹ et la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie¹⁰.

⁹ JO L 203 du 1.8.2002, p. 1.

¹⁰ JO L 13 du 20.1.2004, p. 44.

16. Lorsque l'approche relative au droit pénal matériel a été révisée dans le cadre de la Convention européenne qui a conduit au projet de traité constitutionnel, la liste exhaustive des domaines de criminalité dans lesquels des règles minimales de l'Union relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions peuvent être établies a été constituée en combinant les domaines de criminalité recensés à l'article K.1 et à l'article K.3, point e), de l'ancien TUE, et ceux figurant dans les conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999¹¹. Plusieurs membres de la Convention ont demandé que la liste soit modifiée, notamment pour y inclure la "*violence domestique*"¹², mais ces modifications n'ont pas été retenues. Au cours du processus, toutefois, le libellé du domaine de criminalité concerné a évolué, passant de "*la traite des êtres humains, notamment l'exploitation des femmes, l'exploitation sexuelle des enfants*" à "*la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants*" (soulignement ajouté). L'article III-271 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe qui en a résulté a été repris tel quel dans le traité de Lisbonne et est devenu l'actuel article 83 du TFUE.
17. Il ressort donc de la genèse de l'article 83 du TFUE que l'"*exploitation sexuelle des femmes*" a été interprétée comme étant étroitement liée à la traite des êtres humains et comme une forme spécifique et importante de ce phénomène. La violence domestique a été délibérément exclue de la liste des domaines de criminalité. Aucun élément tangible dans les travaux préparatoires relatifs à l'article 83 du TFUE ne permet de conclure que l'intention des auteurs des traités était de considérer que le viol et les mutilations génitales féminines étaient des infractions pénales relevant du domaine de la criminalité liée à la "*traite des êtres humains et à l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants*". Néanmoins, il convient de noter que le fait que le libellé du domaine de criminalité soit passé de l'utilisation de la préposition "*notamment*" dans les conclusions du Conseil européen de Tampere à l'utilisation de la conjonction de coordination "*et*" dans le texte de l'article 83 du TFUE est un élément qui pourrait plaider en faveur d'une lecture plus large de cette disposition.

¹¹ Praesidium, Espace de Liberté, de sécurité et de justice - projet d'article 31, partie I - projet d'articles de la partie II, CONV 614/03, p. 25.

¹² Groupe de travail X "Liberté, sécurité et justice", modifications apportées au projet de rapport final (WD 18) proposées par Anne Van Lancker, Elena Mendez de Vigo, Iñigo Mendez de Vigo, WP X — WD 29, p. 6, et secrétariat de la Convention européenne, Réaction au projet de texte, CONV 802/03 — Analyse, CONV 821/03, p. 90.

b) Contexte et objectif de l'article 83 du TFUE

18. En ce qui concerne la lecture systématique et contextuelle de l'article 83 du TFUE, il convient tout d'abord de noter que l'"*exploitation sexuelle des femmes*" est un élément d'un seul domaine de criminalité, désigné à l'article 83, paragraphe 1, deuxième alinéa, du TFUE comme "*la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants*". Compte tenu du contexte dans lequel ils apparaissent à l'article 83, paragraphe 1, deuxième alinéa, du TFUE, il semblerait premièrement que les termes "*exploitation sexuelle*" doivent être interprétés comme étant liés à la "*traite des êtres humains*"¹³.
19. Deuxièmement, l'interprétation de cette base juridique doit être conforme à l'objectif de promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes et à l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe, énoncés à l'article 2, et à l'article 3, paragraphe 3, du TUE, aux articles 8 et 10 du TFUE et à l'article 21 de la charte des droits fondamentaux (ci-après dénommée la "charte"), qui sont toutes des dispositions du droit primaire de l'Union ayant une valeur juridique équivalente à celle de l'article 83 du TFUE. Interpréter l'"*exploitation sexuelle des femmes*" comme faisant partie d'un domaine de criminalité plus large désigné comme "*la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants*" serait un moyen d'assurer cette cohérence dans la mesure où, lue comme un seul domaine de criminalité, la référence aux "*femmes*" n'est pas exhaustive, mais décrit essentiellement une situation dans laquelle ces deux catégories (les femmes et les enfants) sont et ont été considérées par les auteurs des traités comme les principales victimes de l'exploitation sexuelle et doivent par conséquent faire l'objet d'une attention particulière.
20. En l'espèce, l'interprétation des traités préconisée par la Commission dans l'exposé des motifs de la proposition de directive, selon laquelle "*l'exploitation sexuelle des femmes*" devrait être interprétée isolément et inclure le viol, revient à proposer de n'ériger en infraction le viol sur adulte qu'en ce qui concerne les femmes.

¹³ Cela semble refléter la réalité de l'activité criminelle. En effet, comme l'a relevé la Commission dans sa récente communication relative à la stratégie de l'UE visant à lutter contre la traite des êtres humains 2021- 2025 [COM (2021)171], "[d]ans l'Union, la majorité des victimes [de la traite des être humains] sont des femmes et des filles, victimes de la traite à des fins d'exploitation sexuelle". Le Parlement européen est parvenu à la même conclusion dans son rapport sur la mise en œuvre de la directive 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes (2020/2029(INI)), dans lequel il indique que "*l'exploitation sexuelle demeure la forme de traite la plus répandue dans l'Union européenne*".

21. En effet, selon la proposition de directive, contrairement à l'approche neutre du point de vue du genre adoptée, par exemple, dans la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (la "convention d'Istanbul")¹⁴ en ce qui concerne le volet pénal de la convention¹⁵, le viol commis sur des adultes ne serait érigé en infraction pénale au niveau de l'UE que s'il est commis sur des femmes, en dépit du fait que la liberté sexuelle et l'intégrité physique des hommes doivent également être protégées par la criminalisation du viol¹⁶. Toutefois, aucune justification conforme à la jurisprudence de la Cour de justice ne peut être trouvée pour cette différence de traitement de situations comparables, à savoir justification fondée sur un critère objectif et raisonnable, en rapport avec un but légalement admissible poursuivi par la réglementation en cause et proportionnée au but poursuivi par le traitement concerné¹⁷.

¹⁴ Voir l'article 36 de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul le 11 mai 2011, Série des traités du Conseil de l'Europe — n° 210, disponible à l'adresse suivante: <https://rm.coe.int/168008482e>. Cet article, qui définit la violence sexuelle, y compris le viol, est rédigé de telle sorte que l'infraction vise les "*personnes*", c'est-à-dire qu'elle est définie indépendamment du sexe des personnes concernées.

¹⁵ Les seules exceptions à cette neutralité entre les sexes concernent les mutilations génitales féminines, l'avortement forcé et la stérilisation forcée, compte tenu de la nature de ces infractions. Voir le rapport explicatif à la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, disponible à l'adresse suivante: <https://rm.coe.int/1680a48903>, points 153, 198 et 203.

¹⁶ Selon Eurostat, 9 victimes de viol sur 10 sont des femmes et des filles (Eurostat, Violent sexual Crime recorded in the EU, 2018, disponible à l'adresse suivante: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/EDN-20171123-1>). Le fait que les hommes soient moins susceptibles d'être violés ne signifie pas que, s'agissant de l'existence d'une criminalisation du viol au niveau de l'Union, ils ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des femmes et des enfants.

¹⁷ Voir l'arrêt du 16 décembre 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a., C-127/07, EU:C:2008:728, point 47 et jurisprudence citée.

22. Le SJC rappelle que l'interprétation d'une disposition des traités ne saurait aboutir à une situation dans laquelle les colégislateurs de l'UE se verraient attribuer une compétence qui entraînerait, par nature, le risque d'une violation du principe de non-discrimination, prévu à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe, 3 du TUE, aux articles 8 et 10 du TFUE et à l'article 21 de la charte. Les dispositions relatives à la non-discrimination et celles de l'article 83, paragraphe 1, du TFUE, l'ensemble des dispositions de droit primaire de valeur juridique équivalente, figurant dans les mêmes traités, doivent être interprétées de manière cohérente entre elles. L'article 83, paragraphe 1, du TFUE, et notamment les critères énoncés dans cette disposition, ne sauraient être interprétés comme ne garantissant que partiellement la protection prévue par la charte et les traités dans ce domaine, et comme conférant aux colégislateurs de l'UE la compétence d'établir, uniquement à l'égard d'un seul sexe, des règles minimales relatives à la définition d'une infraction pénale qui, par sa nature même, porte atteinte à l'intégrité sexuelle et à la dignité humaine de toute personne, quel que soit son sexe.
23. Limiter la définition de l'infraction pénale de viol en droit de l'UE aux seules femmes conduirait à une situation inconciliable avec les dispositions relatives à la non-discrimination énoncées à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 3, du TUE, aux articles 8 et 10 du TFUE et aux articles 1, 3 et 21 de la charte.
24. Cela conduit à interpréter la notion d'"*exploitation sexuelle des femmes*" comme faisant partie du domaine de criminalité plus vaste qu'est la "*la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants*", l'exploitation étant un élément commun avec la traite des êtres humains. Selon cette interprétation, il est possible d'adopter des règles qui s'appliquent aux deux sexes, comme c'est le cas dans la directive 2011/36/UE concernant la traite des êtres humains¹⁸ et dans la directive 2011/93/UE relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants¹⁹.

¹⁸ 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 (JO L 101 du 15.4.2011, p. 1).

¹⁹ Directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil (JO L 335 du 17.12.2011, p. 1).

25. Une telle interprétation, dans laquelle la référence aux "*femmes*" n'est pas exhaustive, mais consiste essentiellement à décrire une situation dans laquelle ces deux catégories (les femmes et les enfants) sont les principales victimes de l'exploitation sexuelle, garantirait une application de l'article 83, paragraphe 1, du TFUE conforme aux dispositions relatives à la non-discrimination énoncées à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 3, du TUE, aux articles 8 et 10 du TFUE et aux articles 1, 3 et 21 de la charte.
26. Cette approche exclurait toutefois que la notion d'"*exploitation sexuelle des femmes*" soit interprétée isolément, en tant que domaine de criminalité autonome qui comprendrait des infractions qui sont axées sur la violence sexuelle, et peuvent donc comprendre l'infraction pénale de viol, et n'ont pas l'exploitation comme élément commun avec la traite des êtres humains.
27. Cela dit, le fait que la disposition utilise la conjonction de coordination "*et*" (et non la préposition "*notamment*" utilisée dans les conclusions du Conseil européen de Tampere) permettrait une interprétation en vertu de laquelle l'"*exploitation sexuelle des femmes*" serait considérée comme un domaine de criminalité autonome et serait donc susceptible d'inclure l'infraction pénale de viol. Toutefois, afin de préserver la cohérence interne des traités et notamment la cohérence entre, d'une part, l'article 2 et l'article 3, paragraphe 3, du TUE, les articles 8 et 10 du TFUE et l'article 21 de la charte et, d'autre part, l'article 83, paragraphe 1, du TFUE, il convient de souligner que, si une telle interprétation devait être suivie, les termes "*exploitation sexuelle des femmes et des enfants*" devraient être interprétés de manière à inclure l'exploitation sexuelle de toute personne, y compris les hommes. Par conséquent, si le Conseil décidait de suivre cette voie, l'infraction pénale de viol ne sauraient être définie en faisant référence aux femmes uniquement.
28. En ce qui concerne l'infraction pénale de mutilations génitales féminines, prévue à l'article 6 de la directive proposée, il s'agit d'une pratique portant gravement atteinte à l'intégrité physique des filles et qui ne concerne pas les hommes. Par conséquent, les considérations et le raisonnement exposés aux points 18 à 27 ci-dessus ne sont pas pertinents en l'espèce.

c) **La notion d'"exploitation sexuelle" dans les instruments pertinents du droit international**

29. L'instrument international le plus pertinent²⁰ en la matière, à savoir la convention d'Istanbul, démontre que l'"exploitation sexuelle", outre qu'elle soit généralement liée à la traite des êtres humains, est un concept juridique distinct de la violence sexuelle qui, elle, comprend le viol. La convention d'Istanbul est mentionnée dans l'exposé des motifs de la directive proposée comme un "*point de référence important pour la [directive proposée]*". Cet instrument et son exposé des motifs n'utilisent pas le terme "*exploitation sexuelle*", mais "*violence fondée sur le genre*" ou "*violence à l'égard des femmes*" pour ce qui est des différentes infractions que l'instrument définit et, s'agissant du viol, il y est explicitement reconnu comme une forme de violence sexuelle²¹.

²⁰ Lors des discussions menées au sein du groupe COPEN, les services de la Commission ont évoqué la définition de l'"exploitation sexuelle" figurant dans le Bulletin du Secrétaire général des Nations unies "*Dispositions spéciales visant à prévenir l'exploitation et les atteintes sexuelles*" (<https://www.unhcr.org/protection/operations/405ac6614/secretary-generals-bulletin-special-measures-protection-sexual-exploitation.html>), définition qui a inspiré celle utilisée dans l'exposé des motifs de la proposition de directive. Selon cette définition, "*exploitation sexuelle*" désigne "*le fait d'abuser ou de tenter d'abuser d'un état de vulnérabilité, d'un rapport de force inégal ou de rapports de confiance à des fins sexuelles, y compris mais non exclusivement en vue d'en tirer un avantage pécuniaire, social ou politique*". Toutefois, il convient de noter que ce Bulletin du Secrétaire des Nations unies a été publié dans un contexte spécifique, à savoir "*dans le but de prévenir et de combattre les cas d'exploitation sexuelle et d'abus sexuels, et compte tenu de la résolution 57/306 de l'Assemblée générale du 15 avril 2003* (traduction du Conseil), "*Enquête sur l'exploitation sexuelle de réfugiés du fait d'agents des services d'aide humanitaire en Afrique de l'Ouest*". Il concerne donc la situation de personnes particulièrement vulnérables, dans un contexte spécifique. À cet égard, le Bulletin précise que les définitions qu'il contient à la section 1 ont été explicitement rédigées "[a]ux fins du présent bulletin".

²¹ Voir l'article 36 de la convention d'Istanbul.

30. Parallèlement, les principaux instruments internationaux relatifs à la lutte contre la traite des êtres humains, à savoir la convention du Conseil de l'Europe de 2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains²², ainsi que le protocole additionnel de 2000 à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants²³, confirment tous deux le sens généralement donné à la notion d'"*exploitation sexuelle*", à savoir non pas comme couvrant les formes d'abus sexuels fondées uniquement sur la violence ou l'absence de consentement (acte non consensuel), mais comme étant axées sur un avantage illicite plus spécifique obtenu en abusant de diverses formes de situations de vulnérabilité.
31. En particulier, la convention du Conseil de l'Europe de 2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains définit la traite des êtres humains comme "*le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes*" (soulignement ajouté). L'article 19 de la convention fait référence à l'éventuelle composante financière de la traite des êtres humains et de l'exploitation sexuelle, et encourage les parties à "*conférer le caractère d'infraction pénale, conformément à son droit interne, au fait d'utiliser les services qui font l'objet de l'exploitation (...), en sachant que la personne concernée est victime de la traite d'êtres humains*". Le protocole des Nations unies de 2000 visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants suit la même logique et définit la traite des êtres humains exactement dans les mêmes termes.

²² Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, signée à Varsovie le 16 mai 2005, Série des traités du Conseil de l'Europe — n° 197, disponible à l'adresse suivante: <https://rm.coe.int/168008371d>.

²³ Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, adopté par la résolution 55/25 de l'Assemblée générale des Nations unies, disponible à l'adresse suivante: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg_no=xviii-12-a&chapter=18.

32. Cela souligne l'importance de l'exploitation en tant qu'élément essentiel et distinctif, qui est la principale caractéristique de la notion d'exploitation sexuelle en tant que forme spécifique d'abus sexuel, mais va au-delà des questions de violence sexuelle et de consentement à une activité sexuelle, qui sont au cœur de la notion de viol.

d) Notion d'"exploitation sexuelle" dans le droit dérivé et les documents stratégiques pertinents de l'UE

33. Cette interprétation est confirmée, dans une large mesure, par des instruments de l'UE déjà adoptés ou publiés, à une exception près. Il est rappelé que, même si la pratique antérieure ne saurait créer un précédent contraignant pour les institutions²⁴, elle constitue un élément utile pour éclairer le sens ordinaire donné à ces termes dans le cadre de l'UE.

i) La directive sur la traite des êtres humains

34. Dans la directive sur la traite des êtres humains²⁵, qui a été adoptée par le législateur de l'UE après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'article 2, paragraphe 3, qui concerne les infractions liées à la traite des êtres humains, dispose que "[l] exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, y compris la mendicité, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude, l'exploitation d'activités criminelles, ou le prélèvement d'organes" (soulignement ajouté). L'article 2, paragraphe 4, dispose que "[l]e consentement d'une victime de la traite des êtres humains à l'exploitation, envisagée ou effective, est indifférent (...)". Par conséquent, l'exploitation porte sur l'acte consistant à tirer un avantage illicite d'une personne ou à abuser de sa situation de vulnérabilité, en particulier dans le contexte de la traite des êtres humains, indépendamment de la question du consentement, plutôt que sur l'acte ayant pour seul objet et pour seul effet d'infliger une activité sexuelle à une personne sans son consentement.

²⁴ Arrêt du 26 mars 1996, Parlement /Conseil, C- 271/94, EU:C:1996:133, point 24.

²⁵ 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 (JO L 101 du 15.4.2011, p. 1).

ii) La directive relative aux abus sexuels sur enfants

35. La directive relative aux abus sexuels sur enfants²⁶, qui a également été adoptée après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, porte sur les "*infractions liées aux abus sexuels*", à son article 3 (concernant les activités sexuelles avec les enfants), et sur les "*infractions liées à l'exploitation sexuelle*", à son article 4 (concernant le proxénétisme d'enfants à des fins de pédopornographie et de prostitution infantine), et établit une distinction entre ces notions. En outre, elle érige en infraction les comportements liés à la distribution et à la consommation de pédopornographie (article 5) ainsi qu'à la sollicitation d'enfants à des fins sexuelles (article 6).
36. Cette directive porte donc sur toutes les différentes formes d'abus sexuels commis sur des enfants et d'exploitation sexuelle des enfants, en vertu, pour tous les cas de figure, de la base juridique concernant "*la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants*" prévue à l'article 83, paragraphe 1, deuxième alinéa, du TFUE.
37. Il convient toutefois de souligner que les enfants n'ayant pas atteint la majorité sexuelle sont, intrinsèquement, dans une situation de vulnérabilité et, par définition, ne peuvent pas consentir à des activités sexuelles avec un adulte, précisément en raison de leur vulnérabilité et de leur immaturité sexuelle. Les règles applicables à la protection des enfants ayant atteint la majorité sexuelle mais étant âgés de moins de 18 ans sont légèrement différentes mais, en tant que mineurs, ceux-ci ont quoi qu'il en soit besoin d'une protection juridique spécifique. Toute activité sexuelle avec un mineur comporte un risque d'exploitation, par l'adulte, d'un état de vulnérabilité, d'un rapport de force inégal ou de rapports de confiance à des fins sexuelles, à des degrés divers en fonction de l'âge du mineur. Par conséquent, en ce qui concerne les enfants, l'exploitation peut être considérée comme un élément central sous-jacent à la fois des "*abus sexuels*" au sens de l'article 3 de la directive, de l'"*exploitation sexuelle*" au sens de l'article 4 de la directive, des "*infractions liées à la pédopornographie*" visées à l'article 5 et de la "*sollicitation d'enfants à des fins sexuelles*" visée à l'article 6.

²⁶ Directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil (JO L 335 du 17.12.2011, p. 1).

38. Toutefois, en ce qui concerne les enfants ayant atteint la majorité sexuelle, l'article 8 de la directive, qui porte sur les "*activités sexuelles consenties*", laisse explicitement à l'appréciation des États membres le soin de décider si certaines des infractions pénales définies dans la directive s'appliquent aux activités sexuelles consenties entre pairs qui sont des personnes d'âges proches ayant atteint un niveau de développement ou de maturité psychologique et physique semblable, pour autant que les actes en question n'aient pas impliqué d'abus. Cela confirme que les infractions pénales prévues par la directive sont fondées sur la présomption légale que la relation entre un adulte et un enfant implique l'exploitation par l'adulte de l'état de vulnérabilité du mineur.
39. Néanmoins, il convient de souligner qu'une disposition de la directive semble suivre une logique différente, à savoir son article 3, paragraphe 5, point iii). Ladite disposition concerne les activités sexuelles avec un enfant qui impliquent l'usage de la contrainte, de la force ou de menaces. Il apparaît que le principal élément constitutif de cette infraction n'est pas tant lié à la vulnérabilité intrinsèque du mineur, mais est plutôt centré sur le recours à la violence en tant que forme d'abus sexuel, et concerne non seulement les cas où l'enfant n'a pas atteint la majorité sexuelle, mais également les cas où le mineur a atteint cet âge. Certes, cette disposition repose sur une interprétation large de la notion d'"*exploitation sexuelle*" en ce sens qu'elle comprend des infractions centrées sur la violence sexuelle, et pouvant ainsi inclure le viol.
40. On peut toutefois arguer que la situation est différente en ce qui concerne l'infraction de viol commis sur des adultes, puisqu'il n'y a alors pas nécessairement d'exploitation d'un état de vulnérabilité, d'un rapport de force inégal ou de rapports de confiance, qui, dans le cas des mineurs, peut être présumée. Pour les adultes, l'exploitation d'une vulnérabilité peut être liée à des circonstances spécifiques, mais n'est pas pertinente en soi et, en tout état de cause, cet élément n'est pas caractérisé par une simple référence à l'âge ou au sexe.

41. Le SJC note que l'article 45 de la proposition de directive modifierait l'article 3 de la directive relative aux abus sexuels sur enfants, en alignant, en substance, les définitions du viol et du consentement sexuel concernant l'enfant ayant atteint la majorité sexuelle sur l'article 5 de la proposition de directive concernant l'infraction de viol commis sur des femmes. Il en résulterait l'introduction de la notion de consentement à l'article 3 de la directive relative aux abus sexuels sur enfants, ce qui distendrait encore au sein de cette directive le lien avec la notion d'exploitation sexuelle au sens strict. La notion d'"*exploitation sexuelle*" figurant à l'article 83, paragraphe 1, deuxième alinéa, du TFUE, serait alors interprétée comme contenant deux notions: l'exploitation au sens strict et l'abus au sens de la violence sexuelle ou du viol.

iii) Documents stratégiques de l'UE pertinents

42. En dehors des instruments juridiques de l'UE, les documents stratégiques de l'UE pertinents semblent également confirmer qu'une approche prudente a été suivie pour ce qui est de l'interprétation de la portée de la notion d'"*exploitation sexuelle*".
43. En particulier, les nombreux rapports et communications de la Commission concernant la lutte contre la traite des êtres humains utilisent le terme "*exploitation sexuelle*" comme se rapportant au fait de profiter injustement d'une personne pour en tirer un profit financier, notamment dans le contexte de la traite des êtres humains²⁷. Il en va de même dans la dernière stratégie de l'UE en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes 2020-2025, qui établit une distinction claire entre, d'une part, l'"*exploitation sexuelle*", en tant qu'activité criminelle liée à la traite des êtres humains, et, d'autre part, la "*violence sexiste*", dont le harcèlement sexuel, la maltraitance des femmes et les mutilations génitales féminines²⁸.

²⁷ Voir, par exemple, le troisième rapport sur les progrès réalisés dans la lutte contre la traite des êtres humains (2020) établi conformément à l'article 20 de la directive 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes (COM(2020) 661 final), le deuxième rapport sur les progrès réalisés dans la lutte contre la traite des êtres humains (2018) établi conformément à l'article 20 de la directive 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes (COM(2018) 777 final) et le rapport sur les progrès réalisés dans la lutte contre la traite des êtres humains (2016) établi conformément à l'article 20 de la directive 2011/36/EU concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes (COM(2016) 267 final).

²⁸ COM(2020) 152 final.

e) **Conclusion en ce qui concerne la notion d'"exploitation sexuelle" et le champ d'application matériel de l'article 83 du TFUE**

44. Il découle de ce qui précède que, tant dans les instruments internationaux que dans l'acquis de l'UE, la notion d'"*exploitation sexuelle*" est généralement utilisée en lien avec la traite des êtres humains, ou en tant qu'aspect spécifique de celle-ci, ou, en tout état de cause, qu'elle concerne des infractions caractérisées par une composante revêtant fondamentalement un caractère d'exploitation et qui ont trait au fait de profiter injustement d'une activité sexuelle imposée à une personne se trouvant dans une situation de vulnérabilité. En revanche, la notion d'"*exploitation sexuelle*" n'est généralement pas utilisée en référence à des infractions telles que le viol ou le fait de se livrer à une activité sexuelle avec une personne sans son consentement, dont l'élément constitutif essentiel est la violence sexuelle affectant directement l'intégrité physique et la liberté sexuelle.
45. Toutefois, le Conseil pourrait choisir de suivre une approche différente et privilégier une interprétation plus large de la base juridique en ce qui concerne la notion d'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, sur la base de deux aspects susmentionnés, à savoir i) l'utilisation de la conjonction de coordination "*et*" dans l'énumération des domaines de criminalité figurant à l'article 83, paragraphe 1, du TFUE, et ii) le fait que, dans la directive relative aux abus sexuels sur enfants, la base juridique concernant l'"*exploitation sexuelle des enfants*" a été interprétée de manière relativement large et utilisée pour établir des règles minimales concernant une infraction pour laquelle l'élément d'exploitation est moins marqué mais qui est plutôt centrée sur le recours à la violence en tant que forme d'abus sexuel.

46. Si tel était le cas, et dans l'hypothèse où les colégislateurs de l'UE considéreraient le viol comme relevant du domaine de l'"*exploitation sexuelle des femmes et des enfants*", le SJC souligne que cela constituerait une extension importante du champ d'application de l'article 83 du TFUE. Une telle extension constituerait un précédent en ce qui concerne d'éventuelles interprétations larges des domaines de criminalité déjà établis par cette disposition. En particulier, la notion d'"*exploitation sexuelle*" figurant dans la base juridique devrait alors être interprétée comme permettant aux colégislateurs de l'UE d'adopter des textes de droit dérivé sur toutes les formes d'abus sexuels fondés sur la violence et, de fait, comme couvrant l'"*exploitation sexuelle des personnes*". En outre, une telle interprétation large des domaines de criminalités déjà prévus à l'article 83 du TFUE entraînerait d'importants risques juridiques en cas de litige. Il pourrait également être estimé qu'elle empiète sur les compétences spécifiques conférées au Conseil visées à l'article 83, paragraphe 1, troisième alinéa, du TFUE pour ce qui est d'étendre la liste des formes graves de criminalité revêtant une dimension transfrontière.
47. Une approche plus nuancée pourrait être justifiée pour l'infraction de mutilations génitales féminines, dans la mesure où les mutilations génitales sont une pratique qui pourrait être étroitement rattachée à des formes d'exploitation des mineurs²⁹. On pourrait soutenir que cette infraction comporte un élément d'exploitation, dans la mesure où elle affecte, dans une large mesure, la situation de vulnérabilité de mineurs et pourrait ainsi être interprétée comme relevant du champ d'application de la notion d'"*exploitation sexuelle des enfants*".

²⁹ En outre, il découle des informations recueillies par l'Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes que les mutilations génitales féminines sont principalement pratiquées sur les filles âgées de 0 à 15 ans (Organisation mondiale de la santé (OMS) (2008), Éliminer les mutilations sexuelles féminines: déclaration interinstitutions - HCDH, OMS, ONUSIDA, PNUD, UNCEA UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, Genève, cité dans Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes (2013), "Female genital mutilation in the European Union and Croatia - Report"; voir également, Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes (2018), Estimation of girls at risk of female genital mutilation in the European Union, Step-by-step guide, 2nd Edition, Annexe 3), dans un contexte familial (communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée "Vers l'éradication des mutilations génitales féminines", p 6; voir également Organisation mondiale de la santé (OMS) (2008), Éliminer les mutilations sexuelles féminines: déclaration interinstitutions - HCDH, OMS, ONUSIDA, PNUD, UNCEA UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, Genève, p. 5).

48. Afin d'éviter les risques juridiques mentionnés au point 45 ci-dessus, le champ d'application de l'article 83, paragraphe 1, deuxième alinéa, pourrait être étendu, conformément à son troisième alinéa, au moyen d'une décision unanime du Conseil à prendre sur la base d'une proposition de la Commission (conformément à l'article 76, point a), du TFUE), après approbation du Parlement européen, afin d'y ajouter une nouvelle "criminalité grave revêtant une dimension transfrontière" (en anglais, "*euro-crime*") et de conférer aux colégislateurs de l'UE la compétence d'établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine des abus sexuels et de la violence sexuelle concernant des personnes.
49. Dans ce contexte, en ce qui concerne les deux critères qui doivent être remplis, comme expliqué au point 3 ci-dessus, le SJC fait observer que les infractions de viol et de mutilations génitales féminines satisfont indubitablement au premier critère énoncé à l'article 83, paragraphe 1, du TFUE. Elles constituent bel et bien des infractions particulièrement graves.
50. La gravité de ces infractions est également attestée par le fait que tant le "*viol*" que les "*coups et blessures graves*" sont mentionnées à l'article 2, paragraphe 2, de la décision relative au mandat d'arrêt européen³⁰, qui énumère les infractions graves qui donnent lieu à remise sur la base d'un mandat d'arrêt européen sans contrôle de la double incrimination du fait.

³⁰ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (JO L 190 du 18.7.2002, p. 1). En ce qui concerne le viol, voir également l'arrêt du 21 juin 2022, Ligue des droits humains, C-817/19, EU:C:2022:491, point 149.

51. En ce qui concerne le deuxième critère, à savoir la dimension transfrontière des domaines de criminalité, bien qu'il soit contestable que ces deux infractions puissent être considérées comme revêtant une dimension transfrontière résultant de leur "caractère" ou de leurs "incidences", rien ne semble exclure que, sur la base d'éléments objectifs, le Conseil puisse, en faisant usage de sa marge d'appréciation, décider que la dimension transfrontière de ces infractions résulterait "d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes", par exemple eu égard à leur gravité particulière et à la nécessité d'assurer un niveau de protection équivalent aux personnes jouissant du droit à la libre circulation au sein de l'UE. Cela pourrait être le cas, par exemple, si le Conseil, après avoir évalué la situation de manière objective, concluait que les instruments de coopération judiciaire en matière pénale existants sont considérés comme insuffisants pour atteindre les objectifs fixés à l'article 67, paragraphe 3, du TFUE³¹.
52. Toutefois, si le Conseil décidait de maintenir dans la proposition de directive l'infraction de viol telle que définie à son article 5, sur la base des considérations et du raisonnement exposés aux paragraphes 18 à 27 ci-dessus, cette disposition devrait quoi qu'il en soit être reformulée de manière à assurer sa conformité avec le principe de non-discrimination énoncé à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 3, du TUE, aux articles 8 et 11 du TFUE et à l'article 21 de la charte.

³¹ L'article 67, paragraphe 3, du TFUE prévoit que "[l]'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci, par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales". Dans ce contexte, il convient de noter que le Parlement européen a demandé au Conseil d'adopter une décision élargissant la liste des infractions figurant à l'article 83, paragraphe 1, du TFUE afin d'"inclure la violence à l'égard des femmes et des filles et d'autres formes de violence à caractère sexiste dans la liste des crimes reconnus par l'UE", puis d'"utiliser ce nouveau domaine de criminalité comme base juridique d'une directive du Parlement européen et du Conseil globale, axée sur les victimes, visant à prévenir et à combattre toutes les formes de violence fondée sur le genre, en ligne et hors ligne". Voir la résolution du Parlement européen du 28 novembre 2019 sur l'adhésion de l'UE à la convention d'Istanbul et autres mesures de lutte contre la violence à caractère sexiste (2019/2855(RSP)), paragraphe 20, la résolution du Parlement européen du 16 septembre 2021 contenant des recommandations à la Commission sur l'identification de la violence fondée sur le genre comme un nouveau domaine de criminalité énuméré à l'article 83, paragraphe 1, du traité FUE (2021/2035(INL)), paragraphe 67, et la résolution du Parlement européen du 14 décembre 2021 contenant des recommandations à la Commission sur la lutte contre la violence fondée sur le genre: cyberviolence (2020/2035(INL)), paragraphes 55 et 56.

2) Base juridique des règles relatives à la cyberviolence (articles 7 à 10)

53. Les règles relatives à la cyberviolence sont énoncées aux articles 7 à 10 de la proposition de directive. Par ces articles, la proposition de directive vise à établir des règles minimales concernant, pour l'article 7, la définition de l'infraction de partage non consenti de matériels intimes ou manipulés (pornodivulgation, ou "*revenge porn*"), pour l'article 8, la traque furtive en ligne, pour l'article 9, le cyberharcèlement, et pour l'article 10, l'incitation à la violence ou à la haine en ligne.
54. Parmi les domaines de criminalité énumérés à l'article 83, paragraphe 1, du TFUE, le deuxième alinéa contient la "*criminalité informatique*", que la Commission a indiquée comme base pour l'adoption des règles énoncées aux articles 7 à 10 de la proposition de directive.
55. La "*criminalité informatique*" a figuré dans la liste de domaines de criminalité tout au long du processus ayant mené à l'insertion de l'article 83, paragraphe 2, du TFUE dans les traités actuels. Ce domaine de criminalité figurait déjà dans les conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, où les termes "*criminalité utilisant les technologies avancées*" étaient utilisés en français, et "*high tech crimes*" en anglais. Au cours de la discussion au sein de la Convention européenne, un amendement a été proposé afin de remplacer les termes "*criminalité informatique*" par "*attaques à des systèmes informatiques*"³², mais a été rejeté, ce qui confirme que l'intention n'était pas de limiter cette disposition aux seules menaces pesant sur les infrastructures informatiques. L'article III-271 du traité établissant une Constitution pour l'Europe qui en a résulté a été repris tel quel dans le traité de Lisbonne et est devenu l'actuel article 83 du TFUE.

³² Secrétariat de la Convention européenne, Réaction au projet de texte du document CONV 802/03 — Analyse, CONV 821/03.

56. Selon la Commission, "[l]es termes *"criminalité informatique"* figurant à l'article 83, paragraphe 1, du TFUE couvrent les infractions en rapport avec l'utilisation des technologies de l'information et de la communication, ou intrinsèquement liées à celles-ci. L'utilisation de ces technologies comme moyen d'attaque peut amplifier la gravité de l'infraction en ce qui concerne la quantité, la qualité, l'intensité, la durée des attaques ou la sélection des cibles, dans une mesure qui ne peut être atteinte par d'autres moyens. Les règles minimales relatives à la criminalité relevant de la cyberviolence à l'égard des femmes au titre de la présente proposition couvrent ces infractions, qui sont intrinsèquement liées à l'environnement en ligne et à l'utilisation de ces technologies"³³.
57. Cette définition correspond effectivement au sens donné à ces termes dans le contexte de l'UE. Les instruments contraignants de l'UE adoptés dans ce domaine ont mis l'accent sur un aspect de la criminalité informatique, à savoir les menaces pesant sur les infrastructures informatiques³⁴. Toutefois, les documents stratégiques de l'UE confirment que le domaine de la criminalité informatique (également désignée indifféremment par les termes *"criminalité liée aux technologies de pointe"* ou *"cybercriminalité"*) s'entend systématiquement comme couvrant deux types de menaces: non seulement les menaces pesant sur les infrastructures informatiques, mais aussi les menaces assistées par ordinateur³⁵.

³³ Exposé des motifs.

³⁴ La décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information (JO L 69 du 16.3.2005, p. 67) et la directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil (JO L 218 du 14.8.2013, p. 8) mettent l'accent sur les menaces pesant sur les infrastructures informatiques.

³⁵ Voir, par exemple, l'exposé des motifs de la proposition de décision-cadre relative aux attaques visant les systèmes d'information (COM(2000) 173), la communication de la Commission intitulée "Vers une politique générale en matière de lutte contre la cybercriminalité" (COM(2007) 267), les conclusions du Conseil du 11 novembre 2008 relatives à une stratégie de travail concertée et à des mesures concrètes de lutte contre la cybercriminalité (doc. 15569/08), les conclusions du Conseil du 26 avril 2010 relatives à un plan d'action visant à mettre en œuvre la stratégie concertée de lutte contre la cybercriminalité (doc. 5957/2/10 REV 2), l'exposé des motifs de la proposition de directive relative aux attaques visant les systèmes d'information et abrogeant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil (COM(2010) 517) et la communication conjointe de la Commission et du haut représentant intitulée "Stratégie de cybersécurité de l'Union européenne: un cyberspace ouvert, sûr et sécurisé" (JOIN(2013) 01).

58. Cette interprétation est corroborée par une lecture systématique et contextuelle de la disposition:
- Premièrement, les domaines de criminalité énumérés à l'article 83, paragraphe 1, alinéa 2, du TFUE, qui comprennent la "*criminalité informatique*", sont de fait des "*domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes*".
 - Deuxièmement, aussi bien les menaces pesant sur les infrastructures informatiques que les menaces assistées par ordinateur revêtent, de par leur caractère et leurs incidences, une dimension transfrontière inhérente, liée au caractère transfrontière des systèmes d'information et de communication. Tant les menaces pesant sur les infrastructures informatiques que les menaces assistées par ordinateur sont particulièrement graves. En ce qui concerne la criminalité assistée par ordinateur, au-delà de la gravité intrinsèque des activités criminelles sous-jacentes potentiellement impliquées (abus sexuels sur enfants, violence psychologique, discours de haine, trafic de stupéfiants et d'armes), et comme l'indique la Commission dans l'exposé des motifs de la proposition de directive, l'utilisation d'ordinateurs a un effet d'amplification qui aggrave le dommage causé et, partant, la gravité des infractions³⁶.
59. À la lumière des considérations qui précèdent, compte tenu non seulement du libellé de l'article 83, paragraphe 1, du TFUE mais également de ses origines, de son contexte et de son objectif, le SJC estime que les termes "*criminalité informatique*" figurant à l'article 83, paragraphe 1, du TFUE peuvent être interprétés comme permettant l'adoption par les colégislateurs de l'UE de règles minimales en matière de criminalité assistée par ordinateur.

³⁶ Dans ce contexte, il convient de noter que, selon la jurisprudence, une distinction doit être établie entre la définition d'un domaine de criminalité, qui a trait à la gravité et au caractère transfrontière des infractions en question, et la compétence des colégislateurs de l'UE pour adopter des règles minimales, qui ne couvre pas uniquement les situations dans lesquelles les éléments inhérents à la commission d'une infraction concrète ne se cantonnent pas à l'intérieur d'un seul État membre (voir, en ce sens, l'arrêt du 21 octobre 2021, *Okrazhna prokuratura/Varna*, C-845/19, ECLI:EU:C:2021:864, point 33). Cela semble signifier que, pourvu que les règles minimales adoptées par les colégislateurs de l'UE aient trait à un domaine de criminalité grave revêtant une dimension transfrontière, les règles spécifiques elles-mêmes peuvent concerner des situations qui, en soi et prises isolément, ne revêtent pas nécessairement une dimension transfrontière, ou, par inférence, ne sont pas nécessairement graves.

B. MESURES PROTEGEANT CERTAINES VICTIMES ET CONFORMITE AVEC LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

60. Au-delà de la question de la base juridique des dispositions de droit pénal matériel susmentionnées de la proposition de directive, le SJC a été invité à examiner si la mise en place de mesures qui ne s'appliquent qu'à certaines victimes, à savoir les victimes de violence à l'égard des femmes et de violence domestique, était juridiquement appropriée au regard du principe de non-discrimination.
61. Selon une jurisprudence constante, le principe d'égalité de traitement, en tant que principe général du droit de l'Union, impose que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié³⁷. La violation du principe d'égalité de traitement du fait d'un traitement différencié présuppose que les situations visées sont comparables eu égard à l'ensemble des éléments qui les caractérisent. Les éléments qui caractérisent différentes situations et ainsi leur caractère comparable doivent, notamment, être déterminés et appréciés à la lumière de l'objet et du but de l'acte de l'Union qui institue la distinction en cause. Doivent, en outre, être pris en considération les principes et objectifs du domaine dont relève l'acte en cause³⁸.

³⁷ Voir l'arrêt du 16 décembre 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a., C-127/07, EU:C:2008:728, point 23 et jurisprudence citée.

³⁸ Voir l'arrêt du 16 décembre 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a., C-127/07, EU:C:2008:728, points 25 et 26 et jurisprudence citée.

62. En ce qui concerne les droits des victimes, la proposition de directive vise à établir des règles minimales pour les victimes de violence à l'égard des femmes et de violence domestique. Comme indiqué dans l'exposé des motifs et comme il ressort implicitement du préambule de la proposition de directive, l'objectif est de compléter les règles énoncées dans la directive sur les droits des victimes³⁹ afin de répondre aux besoins spécifiques des victimes de violence à l'égard des femmes et de violence domestique. La coopération judiciaire en matière pénale dans l'UE, sur laquelle portent les dispositions pertinentes de la proposition de directive, vise, conformément à l'article 82, paragraphe 2, du TFUE, à faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière, en particulier en ce qui concerne les droits des victimes de la criminalité⁴⁰.
63. En ce qui concerne l'objet de la directive proposée, ses objectifs et les principes sur lesquels repose la coopération judiciaire en matière pénale dans l'UE, les différentes catégories de victimes de la criminalité ne se trouvent pas nécessairement dans des situations comparables, en fonction de leurs vulnérabilités spécifiques, du type de préjudice subi ou d'autres caractéristiques pertinentes. Une différence de traitement entre catégories de victimes peut donc être justifiée.

³⁹ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil (JO L 315 du 14.11.2012, p. 57).

⁴⁰ Il convient de noter, à cet égard, que les mesures fondées sur l'article 82, paragraphe 2, point c), du TFUE ne se limitent pas à des règles minimales relatives aux droits des victimes d'infractions pénales qui ont été soumises à des règles minimales sur la base de l'article 83, paragraphe 1, du TFUE ou des victimes des "euro-crimes" énumérés à l'article 83, paragraphe 1, du TFUE. Il est donc possible d'adopter de telles mesures également pour les victimes d'infractions pénales qui ne sont et ne peuvent pas être soumises aux règles minimales de l'UE en matière de droit pénal matériel. Il semble que l'article 3 de la proposition de directive ait eu pour finalité de disposer que les États membres devront veiller à ce que toutes les victimes d'actes de violence à l'égard des femmes ou de violence domestique bénéficient des règles minimales relatives aux droits des victimes figurant dans la proposition de directive, que ces actes soient érigés en infractions pénales par le droit de l'Union ou qu'ils le soient par le droit national. Cette approche est juridiquement possible. Toutefois, le libellé et l'emplacement d'une telle disposition pourraient être adaptés afin d'éviter tout malentendu quant à son champ d'application.

64. Toutefois, il y a lieu de procéder à cette appréciation pour chaque disposition qui crée une différence de traitement, afin de s'assurer que cette différence de traitement est justifiée par les spécificités de la situation des catégories de victimes concernées. Cette justification doit dûment figurer dans le préambule de la proposition de directive.
65. En d'autres termes, les colégislateurs de l'UE peuvent accorder des droits spécifiques à certaines victimes, et donc exclure d'autres victimes du bénéfice de ces droits, à condition que les secondes se trouvent dans une situation différente des premières. Si elles se trouvent dans la même situation, leur exclusion du bénéfice de ces droits constitue une discrimination. De plus, lorsque les colégislateurs de l'UE accordent des droits spécifiques à certaines victimes, la justification de la différence de traitement doit être énoncée dans le préambule de la directive.
66. En l'espèce, pour de nombreuses dispositions des chapitres 4, 5 et 6 de la proposition de directive, qui ciblent la violence à l'égard des femmes et la violence domestique et portent sur les victimes de l'incitation à la violence ou à la haine en ligne, cette justification n'apparaît pas à première vue et n'est pas explicitée dans les considérants.
67. Premièrement, certains des termes clés utilisés dans la directive manquent de clarté⁴¹ et peuvent induire en erreur. En effet, les termes "*victimes de violence à l'égard des femmes et de violence domestique*", employés dans nombre des dispositions des chapitres 3 à 6 de la proposition de directive, peuvent donner l'impression que les règles qui y figurent ne s'adressent qu'aux victimes qui sont des femmes ou des victimes de violence domestique. À cela vient s'ajouter le fait que l'article 4, point a), de la proposition de directive définit la "*violence à l'égard des femmes*" comme "*la violence fondée sur le genre*", donc, vraisemblablement, la violence fondée sur le genre de la personne.

⁴¹ Voir également, sur ce point, les deux avis défavorables du comité d'examen de la réglementation, SEC (2022) 150, qui, en ce qui concerne le rapport d'analyse d'impact, indiquent que "[l]e rapport doit encore définir plus clairement les différences entre les notions de violence à l'égard des femmes par opposition à la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, et de violence domestique touchant toutes les victimes, et utiliser les définitions clarifiées de manière cohérente tout au long du rapport" (traduction du Conseil).

68. Or, il découle de l'article 4, point a), que la "violence à l'égard des femmes" est une catégorie de criminalité qui n'inclut pas seulement les actes de violence qui ne touchent que les femmes⁴², mais englobe toute "violence fondée sur le genre [...] qui touche les femmes ou les filles de manière disproportionnée", donc, vraisemblablement, indépendamment du sexe de la victime. De surcroît, l'article 4, point c), précise que le terme "victime" désigne "toute personne, quel que soit son sexe ou son genre, sauf indication contraire". Enfin, la "violence fondée sur le genre" est définie dans le préambule de la directive sur les droits des victimes comme "la violence dirigée contre une personne en raison de son sexe, de son identité ou expression de genre ou la violence qui touche de manière disproportionnée les personnes d'un sexe en particulier". Par conséquent, cette notion va au-delà de la violence fondée sur le genre de la personne.
69. La nature neutre du point de vue du genre de la "violence à l'égard des femmes" semble corroborée par le considérant 5, qui indique ce qui suit:
- "Les mesures prévues par la présente directive ont été conçues pour répondre aux besoins spécifiques des femmes et des filles, étant donné qu'elles sont touchées de manière disproportionnée par les formes de violence visées par la présente directive, à savoir la violence à l'égard des femmes et la violence domestique. La présente directive reconnaît toutefois que d'autres personnes peuvent également être victimes de ces formes de violence et devraient bénéficier des mesures qu'elle prévoit. En conséquence, le terme "victime" devrait renvoyer à tout individu, quel que soit son sexe ou son genre".* (soulignement ajouté)
70. Cependant, l'ambiguïté créée par l'apparente contradiction entre l'expression utilisée et sa définition donne lieu à une importante insécurité juridique, ce qui est un problème en soi pour un acte législatif qui vise à "faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière" (article 82, paragraphe 2, du TFUE).
71. De plus, le recours à une définition criminologique à l'article 4, point a), de la proposition de directive ("violence [...] qui touche les femmes ou les filles de manière disproportionnée") et à une liste non exhaustive d'infractions pénales au considérant 4 ajoute à l'incertitude quant à la portée des droits des victimes.

⁴² Tels que les féminicides, les mutilations génitales féminines ou l'avortement forcé.

72. Il serait possible de régler les problèmes rédactionnels précités en veillant à la cohérence avec l'acquis et en utilisant la terminologie de la directive sur les droits des victimes, à savoir l'expression "*violence fondée sur le genre*" (voir l'article 9, paragraphe 3, point b), et le considérant 17 de la directive sur les droits des victimes)⁴³. Une autre approche pourrait consister à simplifier et clarifier la définition de la "*violence à l'égard des femmes*" dans le dispositif, afin de bien préciser qu'il s'agit d'une catégorie de violence, indépendamment du sexe de la victime⁴⁴.
73. Deuxièmement, les considérants ne font pas toujours apparaître clairement pourquoi les victimes de violence sexuelle ou de violence domestique devraient être les seules victimes à bénéficier de certains droits, à la différence, par exemple, des autres victimes de graves infractions pénales souffrant de "*dommages [...] de nature physique, sexuelle, psychologique ou économique*"⁴⁵, des victimes vulnérables d'autres infractions pénales ou des victimes de formes de crimes de haine non couvertes par l'article 10 de la proposition de directive.
74. Et ce d'autant plus que la "*violence à l'égard des femmes*" a une portée très large et couvre l'homicide (féminicide), la violence sexuelle (viol, abus sexuel), l'exploitation sexuelle des enfants et la traite des êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle (couvertes par les directives 2011/93/UE et 2011/36/UE), le mariage précoce et forcé, l'avortement forcé, la stérilisation forcée, le harcèlement en ligne érigé en infraction par la directive proposée (partage non consenti de matériels intimes ou manipulés, traque furtive en ligne, cyberharcèlement, incitation à la violence en ligne contre des personnes définies sur la base du sexe ou du genre) ou pouvant être érigé en infraction au niveau national (harcèlement sexuel en ligne, cyberintimidation ou réception non sollicitée de contenu sexuellement explicite), ainsi que le harcèlement hors ligne (harcèlement sexuel, traque furtive)⁴⁶.

⁴³ Il convient également de remédier à une autre discordance, dans certaines versions linguistiques, entre la directive sur les droits des victimes et la directive proposée, au sujet de la notion désignée par les termes anglais "*domestic violence*", qui semble avoir quasiment le même champ d'application que la "*violence in close relationships*", définie au considérant 18 de la directive sur les droits des victimes et mentionnée à l'article 9, paragraphe 3, point b), à l'article 22, paragraphe 3, à l'article 23, paragraphe 2, point d), et à l'article 26, paragraphe 2, de la directive sur les droits des victimes.

⁴⁴ Cette définition pourrait par exemple se lire ainsi: "[On entend par] "*violence à l'égard des femmes*": toute forme de violence qui ne touche que les femmes ou qui touche les femmes de manière disproportionnée, indépendamment du sexe de la victime, y compris tous les actes de violence de ce type qui [...]".

⁴⁵ Voir l'article 4, point a), de la proposition de directive.

⁴⁶ Voir le considérant 4 de la proposition de directive.

75. Cela touche plusieurs dispositions de la directive proposée. Pour donner quelques exemples, qui ne sont en rien exhaustifs, il conviendrait de mieux justifier dans les considérants pourquoi la facilitation du signalement, y compris en ligne, d'infractions pénales, visée à l'article 16, paragraphe 1, devrait être limitée aux victimes de violence à l'égard des femmes et de violence domestique et ne pourrait pas également profiter aux autres victimes vulnérables ou aux victimes de violence en général.
76. De la même manière, il conviendrait de préciser pourquoi les règles spécifiques énoncées à l'article 16, paragraphe 5, concernant la communication d'informations sur le statut de résident d'une victime aux autorités compétentes en matière de migration ne devraient pas également profiter aux autres victimes vulnérables ou aux victimes de violence en général. Cela vaut également pour le bénéfice des obligations spécifiques sur le traitement rapide des plaintes (article 17, paragraphe 2) et de l'obligation de procéder à l'enregistrement des allégations de violence sexuelle ou de violence domestique et aux enquêtes les concernant (article 17, paragraphe 3), qui pourrait profiter de la même manière aux autres victimes vulnérables ou aux victimes de violence en général.
77. Il y a lieu d'examiner s'il ne serait pas justifié d'étendre les "mesures visant à retirer certains matériels en ligne" (article 25) à d'autres victimes que les victimes d'incitation à la violence ou à la haine visant une personne, un groupe de personnes ou un membre de ce groupe défini sur la base du sexe ou du genre, y compris aux victimes d'autres formes de discours de haine, dont certaines sont déjà couvertes par le droit dérivé de l'Union, comme c'est par exemple le cas de l'incitation publique à la discrimination, à la violence ou à la haine raciale à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe, défini par référence à la couleur, la race, la religion ou l'origine nationale ou ethnique⁴⁷.
78. On peut également se demander si le soutien spécialisé aux victimes (article 27) ne devrait pas être étendu à toutes les "*victimes ayant des besoins spécifiques*" en général, telles qu'elles sont définies à l'article 9, paragraphe 3, de la directive sur les droits des victimes en tant que "*victimes ayant des besoins spécifiques, comme les victimes de violences sexuelles, de violences fondées sur le genre et de violences domestiques*".

⁴⁷ Action commune 96/443/JAI du 15 juillet 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'action contre le racisme et la xénophobie (JO L 185 du 24.7.1996, p. 5).

79. Il reste difficile de comprendre pourquoi les mesures spécifiques portant sur les refuges et autres hébergements provisoires (article 32) devraient être limitées aux "*femmes victimes de violence domestique et de violence sexuelle*" (soulignement ajouté), et non pas profiter également à toutes les autres "*victimes ayant besoin d'un endroit sûr en raison d'un risque imminent de victimisation secondaire et répétée, d'intimidations et de représailles*", visées à l'article 9, paragraphe 3, de la directive sur les droits des victimes, qui établit l'obligation pour les États membres de mettre en place et de fournir ces refuges.
80. Pour prendre un dernier exemple, il conviendrait d'envisager la possibilité d'étendre les mesures permettant des contacts en toute sécurité entre un enfant et un titulaire de responsabilités parentales auteur d'infraction ou soupçonné de violence à l'égard des femmes ou de violence domestique (article 34) à toute situation dans laquelle un enfant entre en contact avec un auteur d'infraction violent.
81. Afin de régler cette question, et en fonction de ce qui sera considéré comme étant approprié, les colégislateurs de l'UE pourraient soit expliquer ce qui justifie la différence de traitement, soit élargir le champ d'application des droits afin d'y inclure toutes les victimes qui se trouvent dans la même situation, ou préciser clairement quelles sont les victimes ciblées par les mesures, de telle sorte que la justification de la différence de traitement apparaisse à première vue⁴⁸.
82. Il découle de ce qui précède que pour les règles énoncées aux chapitres 3, 4 et 5, le texte de la proposition de directive devrait préciser à quelles victimes les règles s'appliquent, en recourant à une terminologie et à des définitions garantissant une sécurité juridique suffisante. De plus, il convient de veiller à ce qu'une justification appropriée des différences de traitement entre les victimes soit fournie dans le préambule de la directive proposée ou bien, si ce n'est pas possible, de faire en sorte que le champ des bénéficiaires des droits énoncés dans les articles des chapitres 3, 4 et 5 de la directive proposée soit adapté dans la mesure où cela est nécessaire pour qu'il ne puisse y avoir aucune différence de traitement injustifiée entre des victimes se trouvant dans des situations comparables.

⁴⁸ Cette approche ciblée a été utilisée dans la proposition de directive, par exemple pour l'article 28 (soutien spécialisé aux victimes de violence sexuelle), l'article 30 (soutien spécialisé aux victimes de harcèlement sexuel au travail), l'article 33 (soutien aux enfants victimes) ou l'article 35 (soutien ciblé aux victimes ayant des besoins spécifiques et aux groupes à risque).

III. CONCLUSION

83. Compte tenu de ce qui précède, le service juridique du Conseil est d'avis que:

- a) Eu égard à la genèse, au contexte et à l'objectif de l'article 83 du TFUE, ainsi qu'aux instruments pertinents du droit de l'Union et du droit international et aux documents stratégiques de l'UE pertinents, le domaine de criminalité que constituent "*la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants*" concerne des infractions caractérisées par une composante revêtant fondamentalement un caractère d'exploitation, et ne couvre donc pas des infractions telles que le viol, dont l'élément constitutif essentiel est la violence sexuelle.
- b) Toutefois, étant donné que la notion d' "*exploitation sexuelle*" a déjà fait l'objet d'une interprétation large de la part des colégislateurs de l'Union à l'article 3, paragraphe 5, point iii), de la directive relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, dans le but de protéger les mineurs, le Conseil pourrait choisir de considérer que la notion d' "*exploitation sexuelle*" figurant à l'article 83, paragraphe 1, du TFUE peut inclure, dans une certaine mesure, d'autres infractions fondées sur la violence sexuelle, telles que le viol. Cependant, cette interprétation i) constituerait un précédent en ce qui concerne l'interprétation large de l'article 83 du TFUE, ii) exigerait, pour que soit respecté le principe de non-discrimination, que la notion soit, de fait, interprétée comme renvoyant à l' "*exploitation sexuelle des adultes*" ou, plutôt, à l' "*exploitation sexuelle des personnes*" et que l'infraction pénale de viol définie à l'article 5 de la directive proposée soit reformulée d'une manière neutre du point de vue du genre, et iii) entraînerait d'importants risques juridiques en cas de litige, notamment un risque d'annulation des dispositions pertinentes de la directive proposée.
- c) Afin d'éviter les risques juridiques susvisés, le Conseil pourrait choisir d'étendre la liste des formes graves de criminalité revêtant une dimension transfrontière ("*euro-crimes*") énoncée à l'article 83, paragraphe 1, deuxième alinéa, du TFUE en suivant la procédure prévue à son troisième alinéa, afin d'ajouter à cette liste une infraction liée aux abus sexuels et à la violence sexuelle concernant des personnes.
- d) L'infraction de mutilations génitales féminines peut être interprétée comme relevant du champ d'application de la notion d' "*exploitation sexuelle des enfants*" dans la mesure où elle affecte, dans une très large mesure, la situation de vulnérabilité de mineurs.

- e) Le terme "*criminalité informatique*" figurant à l'article 83, paragraphe 1, deuxième alinéa, du TFUE peut être interprété comme autorisant l'adoption, par les colégislateurs de l'UE, de règles minimales sur les infractions assistées par ordinateur, c'est-à-dire concernant la définition des infractions de partage non consenti de matériels intimes ou manipulés (ce que l'on appelle la "vengeance pornographique"), de traque furtive en ligne, de cyberharcèlement et d'incitation à la violence ou à la haine en ligne en tant que composantes du domaine de criminalité que constitue la criminalité informatique.
- f) Afin de se conformer au principe de non-discrimination, il convient de reformuler les règles énoncées aux chapitres 3, 4 et 5 et les considérants connexes de la directive proposée, pour préciser à quelles victimes les règles s'appliquent - en recourant à une terminologie et à des définitions garantissant une sécurité juridique suffisante - de manière à fournir une justification appropriée de toute différence de traitement entre les victimes et à adapter le champ des bénéficiaires des droits.
-