

60. Incrimination de la transmission du VIH

A. Cereghetti

CAS

François M. est votre patient depuis plusieurs années. Il est séropositif et suit avec succès une trithérapie qui a permis de contrôler l'infection VIH, comme l'attestent ses prises de sang régulières. Il a souvent évoqué son désir d'avoir des enfants avec sa compagne, étonnée, et vous a dit qu'il n'utilisait plus de préservatifs. Vous savez, par une consultation infectiologue, que dans une situation comme celle de François, il n'y a pratiquement aucun risque de contamination, de sorte que vous avez soutenu sa démarche. Cependant, lors de la dernière consultation, il vous a apporté une coupure de presse relative au jugement d'une personne séropositive qui a entretenu des relations sexuelles non protégées avec son partenaire et qui a été condamnée sévèrement. François est très inquiet de ce qui pourrait lui arriver sur le plan judiciaire et souhaiterait être rassuré.

INTRODUCTION

Ces jugements rendus ces dernières années en matière de transmission du VIH ont prononcé de lourdes peines d'emprisonnement à l'encontre de personnes séropositives ayant entretenu des rapports sexuels non protégés, et cela que leurs partenaires aient été contaminés ou pas, alors même que l'on a assisté à une baisse considérable du taux de mortalité des personnes infectées par le VIH, à tout le moins lorsqu'elles ont accès aux soins. On peut ainsi aujourd'hui affirmer avec la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida (CFS) qu'une « personne séropositive ne souffrant d'aucune autre IST et suivant un traitement antirétroviral (TAR) avec une virémie entièrement supprimée ne transmet pas le virus par le biais de contacts sexuels »¹. Cette déclaration, rapidement mondialement connue sous le nom de « *Swiss Statement* » n'a pas été démentie depuis janvier 2008, date de sa publication².

Recommandations de la Commission fédérale pour les problèmes liés au sida, in: Bulletin des médecins suisses 2008 ; 89 : 5, p. 165.

Alexandra Calmy et Matthias Cavasini, VIH/sida in: Rev Med Suisse 2012 ; 8 : 130-134.

Les données statistiques et épidémiologiques démontrent en effet la baisse considérable du taux de mortalité et de morbidité des personnes infectées par le VIH et les résultats d'une étude randomisée récente confirment l'absence de transmission du virus VIH en présence de trithérapie³. En outre, ces mêmes études mettent en évidence la diminution, voire l'absence de risques de transmission lorsque l'infection est contrôlée, c'est-à-dire lorsque la charge virale n'est pas détectable dans le sang avec des méthodes d'analyse actuelles.

Alors que la Cour Suprême des Pays-Bas a mis un terme à la plupart des procès intentés pour transmission du VIH, en estimant qu'à l'exception de situations claires et établies de hauts risques de transmission, le comportement d'une personne séropositive qui a des relations sexuelles sans révéler son infection, même s'il n'est pas dénué de risques, ne pose pas de danger significatif de transmission et ne peut en tout cas pas être assimilé à l'infraction de lésions corporelles graves⁴. La justice française a, depuis 2004, lourdement condamné pour administration de substance nuisible ayant entraîné une infirmité permanente, des personnes séropositives coupables d'avoir eu, sans dévoiler leur état, des relations sexuelles non protégées avec un partenaire qui a été contaminé⁵. La pratique des tribunaux français a encore été confirmée par la Cour d'appel de Paris en 2011⁶. Au Canada, l'arrêt *Cuerrier*⁷ a posé le principe d'une condamnation pour voies de faits graves avec fraude, en faisant obligation à la personne séropositive de divulguer l'infection aux partenaires sexuels avant toute relation. En 2012, la Cour suprême a toutefois rendu deux jugements qui pondèrent cette obligation. Ainsi, si les risques de transmission sont faibles, voire nuls, et que le port du condom est observé, les personnes infectées par le VIH qui ne divulgueraient pas leur condition ne seraient pas automatiquement accusées de voies de faits graves. Selon la Cour, la poursuite doit dorénavant démontrer hors de tout doute raisonnable que le porteur de VIH n'a pas informé la victime alors que celle-ci courrait un risque raisonnable d'être contaminée au VIH. Ce n'est que dans ce cas précis que la victime risque des lésions corporelles graves⁸.

De leur côté, les tribunaux helvétiques punissent sévèrement les personnes qui se savent séropositives et qui ont des relations sexuelles non protégées sans en informer leur partenaire, et cela même si ce dernier n'a pas été contaminé. Cependant, plusieurs jugements récents ont apporté quelques nuances à cette sévérité. Aussi, avant de répondre à la question de François, il est nécessaire d'avoir à l'esprit la teneur des décisions judiciaires rendues en Suisse et la logique qui les sous-tend.

3 Cohen MS, Baden LR. Preexposure prophylaxis for HIV – where do we go from here?. *N Engl J Med.* 2012, 367 : 459-61.

4 Arrêt rendu le 18 janvier 2005 par la Cour Suprême des Pays-Bas (Hoge Raad, 02659/03).

5 Arrêt rendu le 4 janvier 2005 par la Cour d'Appel de Colmar.

6 Arrêt rendu le 28 octobre 2011 par la Cour d'Appel de Paris.

7 Cour suprême du Canada R. c. *Cuerrier*, 1998, R.C.S. 371.

8 Cour suprême du Canada, jugements du 5 octobre 2012, R. c. *Mabior*, 2012 CSC 47; R. c. *D.C.*, 2012 CSC 48.

LA POSITION DU TRIBUNAL FÉDÉRAL

L'ÉVOLUTION DE LA PÉNALISATION DE LA TRANSMISSION DU VIH

Le premier arrêt relatif à la punissabilité de la transmission du VIH a été rendu par le Tribunal fédéral le 22 février 1990, soit à une époque où il n'existait pas de traitement permettant de contrôler l'infection et d'éviter son développement vers une issue fatale. Il confirmait un jugement rendu quelques mois plus tôt par un tribunal vaudois, qui avait considéré qu'une personne séropositive ayant connaissance de son statut sérologique qui entretient des relations sexuelles non protégées et transmet ainsi le VIH à son partenaire se rend coupable de lésions corporelles graves et de propagation d'une maladie de l'homme⁹. Ce faisant, les juges lausannois faisaient sortir de l'oubli cette dernière infraction très spécifique, qui n'avait qu'exceptionnellement trouvé application depuis son entrée en vigueur en 1942¹⁰.

Par la suite, dans un arrêt de principe rendu en 1999¹¹, le Tribunal fédéral a confirmé une peine de trois ans d'emprisonnement prononcée par la Cour d'Assises du canton de Zürich contre un homme qui avait entretenu des rapports sexuels non protégés avec deux partenaires et avait transmis le VIH à l'une d'elle tandis que l'autre n'avait pas été contaminée.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence en constatant «qu'en l'état actuel des connaissances (ndlr: en 1999) et malgré l'application des médicaments aujourd'hui disponibles, le virus VIH conduit, après une période d'incubation relativement longue mais de durée incertaine, à l'apparition chez de nombreuses personnes du sida qui sera très probablement mortel»¹².

Sur cette base, la Haute Cour considérait que la transmission du VIH constitue une lésion corporelle grave et que la personne séropositive qui entretenait des rapports sexuels non protégés se rendait coupable des infractions de lésions corporelles graves et de propagation d'une maladie de l'homme (art. 122 et 231 CP).

Cependant, le raisonnement du Tribunal fédéral ne s'arrêtait pas là: il ajoutait que chaque rapport sexuel non protégé faisait courir «le risque inacceptable, incalculable et incontrôlable de contamination par le VIH ainsi que du danger en résultant pour la vie et la santé de sa partenaire»¹³. Il considérait dès lors que, même si aucune contamination n'est intervenue, les personnes séropositives qui ont des rapports sexuels non protégés sont punissables, car elles ont poursuivi leur activité coupable – ne pas utiliser de

9 Tribunal fédéral, Cour de cassation, arrêt du 22 février 1990, ATF 116 IV 125.

10 À notre connaissance, jusqu'à l'apparition du sida, l'article 231 du Code pénal n'a été appliqué qu'à une seule reprise, pour un cas de transmission d'une blennorragie en 1951 (Zurich, Bezirksgericht Hinwil, arrêt du 3 décembre 1951, RSJ 49 (1953), No 92, p. 226).

11 Tribunal fédéral, Cour de cassation, arrêt du 20 octobre 1999, ATF 125 IV 242 / JT 2002 IV 38.

12 Arrêt cité, cons. 2 dd).

13 Arrêt cité, cons. 3 f).

préservatif – en connaissant les risques qu’elles faisaient courir à leur partenaire et en les acceptant pour le cas où ils se produiraient¹⁴. C’est ainsi que plusieurs jugements ont été rendus par des tribunaux de première et de seconde instance, qui ont condamné des personnes porteuses du VIH à des peines privatives de liberté – avec ou sans sursis selon la situation – pour crime manqué de lésions corporelles graves et crime manqué de propagation d’une maladie de l’homme, en considérant qu’elles avaient envisagé le résultat dommageable, mais avaient néanmoins agi sans faire ce qui était en leur pouvoir pour l’éviter ou en atténuer les conséquences, en s’accommodant de ce résultat pour le cas où il se produirait, même si elles ne le souhaitaient pas. Ils ont en outre mis à leur charge le paiement, aux plaignants, d’indemnités pour tort moral, parfois conséquentes¹⁵.

Les Recommandations de la CFS et les nouvelles connaissances médicales ont cependant fini par être entendues des autorités judiciaires, qui tiennent compte, à tout le moins dans certains cantons, de cet élément pour apprécier la punissabilité des actes commis. Ainsi, en 2009, deux décisions genevoises de première instance¹⁶ ont acquitté des personnes séropositives qui remplissaient les conditions posées par le *Swiss Statement* (virémie entièrement supprimée, infection contrôlée avec un traitement antirétroviral (TAR) et pas d’autre MST). De même, dans un arrêt récent, la Cour suprême du canton de Berne a pris la peine d’examiner le risque de transmission que présentait l’accusé au regard de ces recommandations, avant de le condamner uniquement pour la période durant laquelle son infection n’était plus contrôlée et sa charge virale en augmentation¹⁷. Enfin, dans la plupart des cantons, les autorités pénales ne semblent plus avoir ouvert d’instruction judiciaire contre une personne séropositive qui remplit les conditions du «*Swiss Statement*».

À cela s’ajoute que, dans un arrêt récent¹⁸, le Tribunal fédéral a assoupli quelque peu sa position. En prenant en considération les progrès de la médecine, il a admis que le sida est aujourd’hui devenu une maladie chronique, de sorte qu’il ne constitue plus forcément une lésion corporelle grave, mais que, selon les circonstances, il pourrait être rangé dans la catégorie des lésions corporelles simples. Dans le cas qui lui était soumis, il ne s’est pas prononcé, mais a renvoyé la cause au Tribunal cantonal zurichois pour qu’il le fasse en recherchant concrètement les effets secondaires des thérapies et l’intensité des répercussions psychiques sur la personne contaminée.

14 Tribunal fédéral, arrêt du 28 octobre 2004 dans la cause 6S.176/2004.

15 Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois, arrêt du 23 mai 2005.

16 ACC/2/09 du 13 janvier 2009; Cour de justice du canton de Genève du 23 février 2009, confirmé par Tribunal fédéral, arrêt du 30 juin 2009 dans la cause 6B_260/2009.

17 Cour suprême du canton de Berne, arrêt SK 11/316 du 28 janvier 2013.

18 Tribunal fédéral, arrêt du 19 mars 2013 dans la cause 6B_337/2012.

LES NORMES JURIDIQUES UTILISÉES

LES BASES LÉGALES

Les tribunaux helvétiques fondent les lourdes condamnations prononcées en faisant appel à deux infractions figurant dans la partie spéciale du Code pénal, à savoir les lésions corporelles graves (art. 122 CP) et la propagation d'une maladie de l'homme (art. 231 CP) puis en les modulant au moyen de deux dispositions de la partie générale du code qui traitent de l'intention et de la négligence (art. 18 CP) et du délit manqué (art. 22 CP). La récente jurisprudence du Tribunal fédéral envisage désormais d'avoir recours à l'infraction de lésions corporelles simples (art. 123 CP).

L'article 122 CP, qui protège l'intégrité corporelle, dispose que sera reconnu coupable de lésions corporelles graves et puni de la réclusion pour dix ans au plus ou de l'emprisonnement pour six mois à cinq ans, celui, qui, intentionnellement, aura blessé une personne de façon à mettre sa vie en danger (al. 1^{er}); celui qui, intentionnellement, aura mutilé le corps d'une personne, un de ses membres ou un de ses organes importants ou causé à une personne une incapacité de travail, une infirmité ou une maladie mentale permanente ou aura défiguré une personne d'une façon grave et permanente (al. 2); celui qui, intentionnellement, aura fait subir à une personne toute autre atteinte grave à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale (al. 3).

Il s'agit d'une infraction intentionnelle de résultat qui suppose donc un comportement dangereux, des lésions corporelles graves, un lien de causalité et un caractère intentionnel, étant précisé que le dol éventuel suffit¹⁹. Il convient de souligner que l'infraction de lésions corporelles par négligence fait l'objet d'une disposition spéciale, soit l'article 125 CP qui prévoit, dans un tel cas, une peine d'emprisonnement ou d'amende.

L'article 123 CP, soit l'infraction de lésions corporelles simples, rend également punissable celui qui intentionnellement aura fait subir à une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé, mais il se distingue de l'article 122 CP par le fait que les lésions envisagées n'ont pas mis en danger la vie d'autrui, que la peine est limitée à l'emprisonnement, soit un maximum de 3 ans de peine privative de liberté, et que cette infraction ne se poursuit que sur plainte, hormis quelques cas spéciaux liés soit à la manière dont la lésion a été causée (usage de poison, d'arme ou d'objet dangereux) soit aux liens qui unissaient les protagonistes (enfant, personne dont l'auteur avait la garde).

L'article 231 CP, quant à lui, protège la santé publique et réprime la propagation d'une maladie de l'homme. Il prévoit que celui qui, intentionnellement, aura propagé une maladie de l'homme dangereuse et transmissible sera reconnu coupable de propagation d'une maladie de l'homme et puni de l'emprisonnement d'un mois à cinq ans (al. 1^{er}); la peine sera la réclusion pour cinq ans au plus si le délinquant a agi par bassesse de caractère (al. 2) et elle sera l'emprisonnement ou l'amende s'il a agi par négligence (al. 3).

¹⁹ Pour un développement plus détaillé des éléments constitutifs de l'infraction de lésions corporelles graves, voir Bernard Corboz, *Les principales infractions*, 2002, vol. I, pp. 124ss.

Il s'agit également d'une infraction de résultat qui suppose une maladie dangereuse et transmissible ainsi qu'une propagation. En revanche, elle peut être commise intentionnellement – le dol éventuel suffit – ou par négligence²⁰. Cette disposition a fait l'objet de nombreuses discussions en vue de sa modification et c'est finalement par le biais de la révision de la loi sur les épidémies, votée par le peuple le 22 septembre 2013, qu'elle va être considérablement assouplie, puisqu'elle ne s'appliquera plus qu'au comportement dénotant une « bassesse de caractère ».

Dans la mesure où les infractions de lésions corporelles graves et de propagation d'une maladie de l'homme ne sont pas consommées faute de résultat – soit en matière de sida, s'il n'y a pas eu de transmission – une troisième norme pénale tirée de la partie générale du code à jusqu'ici tout de même permis de punir l'auteur de relations sexuelles non protégées. Il s'agit de l'article 22 CP, qui traite du délit et du crime manqué, c'est-à-dire de la situation où l'auteur a poursuivi jusqu'au bout son activité coupable, mais sans atteindre le résultat nécessaire pour que le crime ou le délit soit consommé.

Enfin, il est fait usage d'une forme très particulière de l'intention découlant de l'article 18 CP qui traite de l'intention et de la négligence, à savoir la notion de dol éventuel, qui vise le cas où l'auteur a envisagé le résultat dommageable, mais a néanmoins agi sans faire ce qui était en son pouvoir pour l'éviter ou en atténuer les conséquences, en s'accommodant de ce résultat pour le cas où il se produirait, même s'il ne le souhaite pas.

LE RÔLE DU CONSENTEMENT ET DE LA RESPONSABILITÉ PARTAGÉE DU PARTENAIRE

Afin d'être complet, il convient encore de mentionner que la question de savoir si le consentement du partenaire ou son acceptation de relations sexuelles à *risque* permet d'exempter de peine – complètement ou partiellement – la personne séropositive, n'a quant à elle pas été résolue de manière uniforme.

Le Tribunal fédéral n'y a répondu que partiellement, tandis que les tribunaux cantonaux ont, pour leur part, rendu des décisions contradictoires. Le plus souvent, ils ont considéré que si le consentement du partenaire peut éventuellement libérer la personne séropositive de l'accusation de lésions corporelles graves, il ne la libère pas de celle de propagation d'une maladie de l'homme. Les motifs de cette distinction résident dans le fait que la disposition qui punit les lésions corporelles graves protège une personne, soit un bien individuel, tandis que celle qui punit la propagation d'une maladie de l'homme protège la santé publique et que, par conséquent, un consentement individuel à une atteinte collective n'est pas possible. Toutefois, une décision fribourgeoise a admis que le consentement du partenaire permettait de renoncer à toute condamnation²¹.

20 Pour un développement plus détaillé des éléments constitutifs de l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme, voir Bernard Corboz, *Les principales infractions*, 2010, vol. II, pp. 119ss.

21 Fribourg, Chambre d'accusation du Tribunal cantonal, arrêt du 11 avril 1997, résumé in RFJ 1997, p. 103.

Enfin, seule une décision genevoise, au demeurant relativement ancienne, a renoncé à punir une personne séropositive, en considérant qu'il y a une responsabilité partagée du partenaire qui accepte d'entretenir des rapports sexuels non protégés dans le cadre de relations de caractère occasionnel ou instable²². En effet, la plupart des jugements cantonaux n'admettent pas l'idée que l'acceptation du risque par le partenaire rende non punissables les rapports sexuels non protégés²³. L'incertitude devrait toutefois prendre fin avec l'entrée en vigueur – vraisemblablement en 2016 – du nouvel article 231 CP, car le consentement éclairé du partenaire exclura toute condamnation en vertu de cette disposition.

De plus, si l'on admet que le sida constitue une lésion corporelle simple comme l'a désormais envisagé le Tribunal fédéral, cette infraction ne sera examinée que sur plainte, sous réserve des situations spéciales dans lesquelles la poursuite a tout de même lieu d'office.

CONCLUSION

À l'heure où sont écrites ces lignes, on peut donc rassurer François sur les risques qu'il encourt sur le plan judiciaire. Le Tribunal fédéral n'a certes pas confirmé que les personnes qui remplissent les conditions du *Swiss Statement* ne sont pas punissables, mais il a enfin reconnu les progrès de la science médicale. L'on peut dès lors raisonnablement considérer que s'il devait statuer aujourd'hui sur la question de savoir si une personne séropositive qui n'a pas utilisé de préservatif mais qui remplit ces conditions est punissable, il le ferait dans le sens d'un acquittement puisque, en l'absence de risque de contamination, le dol éventuel ne pourrait être retenu.

²² Genève, Tribunal de police, jugement du 29 août 1994, résumé in: *Plädoyer* 5/94, p. 51.

²³ Vaud, Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal, arrêt du 12 mai 2004.

Vaud, Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal, arrêt du 26 octobre 1998.

Thurgovie, Obergericht, arrêt du 4 mai 1993, in: RBOG 1993 No 11, p. 91.