

Agression sexuelle grave / non-divulgence / rapports sexuels vaginaux non protégés / charge virale / port de condom

« Si la charge virale de l'accusé au moment des rapports sexuels était connue ou pouvait être estimée, alors elle serait très pertinente pour déterminer s'il y a eu ou non risque important de lésions corporelles graves. »²

Droit applicable :

Article 265 du Code criminel

(1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

(a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

[...]

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :

(c) soit de la fraude;

Article 273

(1) Every one commits an aggravated sexual assault who, in committing a sexual assault, wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant.

(2) Quiconque commet une agression sexuelle grave est coupable d'un acte criminel passible :

[...]

b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

¹ *R. v. Wright* [2009], B.C.C.A. 514 [*Wright*]

² *Ibid.* at par. 29; 32

(b) in any other case, to imprisonment for life.

Tribunal et date de la décision

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a émis son jugement le 19 novembre 2009.

Parties

Wright était l'appelant devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, et le ministère public, l'intimé. Il y avait trois plaignantes dans l'affaire Wright.

Le Réseau juridique canadien VIH/sida et la British Columbia Persons with AIDS Society (BCPWA) sont intervenus conjointement dans cette affaire.

Faits

En février 1998, Wright a été avisé par son médecin de famille qu'il était séropositif. Ce médecin l'a référé à un spécialiste des maladies infectieuses. Après trois ans, le médecin de famille a également aiguillé Wright vers un neurologue en raison de sa neuropathie périphérique, un effet secondaire connu du traitement antirétroviral.

Concernant sa situation médicale, Wright a déclaré qu'il avait pris des médicaments antirétroviraux depuis son diagnostic en 1998, sauf pour une période d'un an et demi. Cette période couvrait les moments où il avait eu des rapports sexuels avec chacune des plaignantes. Wright a témoigné qu'il consultait un spécialiste en VIH (autre que le spécialiste en maladies infectieuses), qui l'avait avisé qu'il n'avait pas besoin de prendre d'antirétroviraux puisque sa charge virale était indétectable. Il ne se rappelait pas le nom de ce médecin.

Wright a eu des rapports sexuels avec les trois plaignantes, P.S., D.C. et C.N., en 2004, 2005 et 2006. Elles ont chacune témoigné que Wright n'avait pas divulgué son statut séropositif et qu'elles avaient eu des rapports sexuels sans condom.

Selon Wright, il avait été honnête avec ses partenaires sexuelles après avoir appris son statut séropositif en 1998. Il alléguait avoir informé chacune des plaignantes de son statut séropositif avant d'avoir des rapports sexuels avec elles. Il a également affirmé que dans le cas de D.C., elle lui avait donné un condom qu'il avait porté pendant leur rapport sexuel.

D.C. a témoigné n'avoir eu de rapports sexuels avec Wright qu'une seule fois. Elle a déclaré qu'il avait éjaculé pendant le rapport; elle le savait car elle avait ensuite senti son sperme sur sa jambe. Elle a affirmé savoir que Wright n'avait pas utilisé de condom parce qu'elle en avait sorti un de son sac et l'avait posé sur le sol, et il était toujours là après le rapport. Elle a affirmé qu'elle n'aurait pas eu de rapports sexuels avec Wright si elle avait su qu'il était séropositif.

P.S. a témoigné que Wright avait éjaculé quelques fois pendant leurs relations sexuelles. En contre-interrogatoire, elle a indiqué qu'ils n'avaient pas utilisé de

condom, mais sa seule preuve qu'il avait éjaculé était qu'elle « avait été mouillée à quelques reprises » et qu'il était allé aux toilettes après leur rapport, présumément pour se nettoyer. Elle a affirmé qu'elle n'aurait pas eu de rapports sexuels avec lui si elle avait su qu'il était séropositif.

Pour sa part, C.N. a indiqué qu'elle avait eu des rapports sexuels non protégés avec Wright. Elle a souligné qu'elle n'aurait pas eu de rapports sexuels avec lui si elle avait su qu'il était séropositif. Cependant, en contre-interrogatoire, elle était d'accord pour dire qu'elle savait qu'il était séropositif et qu'elle avait quand même eu des rapports sexuels avec lui.

Procédures

Wright a été accusé de trois chefs d'agression sexuelle grave en vertu des articles 265 et 273 du Code criminel pour ne pas avoir divulgué son statut avant d'avoir des rapports sexuels.

Pour appuyer une accusation d'« agression sexuelle grave », le ministère public est tenu de prouver qu'il y a eu « agression », c'est-à-dire que Wright a intentionnellement employé la force contre les plaignantes sans leur consentement. Étant donné que les plaignantes avaient accepté d'avoir des rapports sexuels avec l'intimé, le ministère public a soutenu que le consentement de chacune des trois plaignantes avait été vicié par la fraude. Wright avait eu des rapports vaginaux non protégés sans divulguer son statut. Il avait donc malhonnêtement exposé les plaignantes à un « risque important de lésions corporelles graves ». Par conséquent, selon la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Cuerrier*,³ Wright était coupable de voies de fait.

Wright a, quant à lui, demandé un verdict imposé d'acquittement en se basant sur le fait que le ministère public n'avait fourni aucune preuve quant à sa charge virale et n'avait donc pas prouvé, au-delà de tout doute raisonnable, que les rapports sexuels représentaient un risque important de transmission du VIH. Cette demande a été rejetée.

En février 2008, Wright a été reconnu coupable d'agression sexuelle grave contre les plaignantes P.S. et D.C. Il a été acquitté du chef d'agression sexuelle grave contre C.N.

Wright a fait appel de la décision du tribunal auprès de la Cour d'appel de la Colombie Britannique (C.-B). Le Réseau juridique canadien VIH/sida et le BCPWA sont intervenus conjointement pour faire des soumissions concernant la question de la portée appropriée des sanctions pénales en cas de non-divulgence de la séropositivité.

Les trois juges d'appel ont rejeté à l'unanimité l'appel de Wright. En avril 2010, la Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'appel de cette décision.

³ *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371 [*Cuerrier*]

Arguments juridiques et questions abordées

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été appelée à considérer les quatre motifs d'appel suivants, dont les deux premiers – les plus pertinents – sont discutés ci-dessous :

- (1) Le juge n'aurait pas du rejeter la demande de verdict imposé;
- (2) Le juge aurait du indiquer au jury que s'il avait un doute raisonnable quant à la question de savoir s'il y avait eu port de condom lors des rapports sexuels avec D.C., il était alors tenu d'acquitter Wright de ce chef;
- (3) Le juge aurait du demander au jury d'ignorer le témoignage du D^r Conway concernant le caractère non fiable des déclarations de personnes séropositives dans l'évaluation de la crédibilité de l'appelant;
- (4) Le juge n'aurait pas du dire au jury que le D^r Conway était d'avis que toute exposition au VIH par contact sexuel entraîne un risque important de lésions corporelles graves.

1- Le rejet du verdict imposé et la question de la charge virale

Wright a soumis une demande de verdict imposé en se basant sur le fait que le ministère public n'avait pas prouvé au-delà de tout doute raisonnable qu'il y avait un risque important de transmission, puisqu'il n'avait pas fourni de preuves spécifiques concernant la charge virale de l'accusé.

La défense a utilisé les preuves de l'expert du ministère public, qui indiquaient qu'une charge virale indétectable peut grandement réduire le risque de transmission du VIH.

Selon l'expert, le risque moyen de transmission lors d'un rapport vaginal non protégé est d'environ 0,5 %. Il a également affirmé qu'une charge virale indétectable peut réduire le risque de transmission de 100 à 1000 fois et a fait référence à une déclaration émise en 2008 par la Commission fédérale suisse sur le VIH/sida, qui concluait que le risque de transmission par une personne ayant une charge virale indétectable pouvait être aussi faible que 1 sur 100 000 (soit 0,001 %).

La défense a fait valoir que selon le D^r Conway, 75 % des personnes infectées par le VIH reçoivent les bénéfices maximums des médicaments antirétroviraux au Canada et que l'accusé suivait un tel traitement en 2001. Par conséquent, il y avait une probabilité raisonnable que la charge virale de Wright était suffisamment faible pour que le risque de transmission se chiffre entre 0,001 % (risque de transmission correspondant à une charge virale indétectable) et 0,5 % (estimation moyenne du risque de transmission dans le cas de rapports sexuels vaginaux non protégés) et que l'accusé n'avait donc pas exposé les plaignantes à un risque important de transmission du VIH. L'argument de la défense se basait sur la prémisse que l'estimation de 0,5 % ne s'appliquait pas aux personnes recevant un traitement et dont la charge virale était donc faible.

La Cour d'appel a rejeté ce raisonnement. Tout d'abord, la Cour a écarté la prémisse selon laquelle le risque de 0,5 % ne s'appliquerait qu'aux personnes séropositives n'ayant pas suivi de traitement. Elle a au contraire affirmé que l'estimation moyenne de 0,5 % avancée par le D^r Conway était une « moyenne composée qui prenait en

compte tous les facteurs pouvant avoir un impact sur le risque de transmission, y compris les traitements »⁴, et par conséquent la faible charge virale.

Étrangement, la Cour a ajouté que « même si [elle se] trompait dans [son] interprétation des preuves du D^r Conway, il s'agissait d'une interprétation que le jury aurait pu raisonnablement donner aux preuves du Dr Conway. »⁵

En deuxième lieu, la Cour a considéré que l'estimation de l'expert en médecine – à savoir, un risque de transmission par acte de 0,5 % – était suffisante pour prouver, au-delà de tout doute raisonnable, qu'il y avait un risque important de transmission du VIH. Elle a admis qu'en l'absence de preuves spécifiques concernant la charge virale de l'accusé, une estimation moyenne du risque de transmission lors de rapports vaginaux non protégés basée sur des « charges virales moyennes » pouvait constituer une preuve suffisante de risque important de transmission du VIH. Elle a ensuite appuyé son raisonnement en expliquant que le jury était libre de conclure dans cette affaire que l'accusé ne suivait pas de traitement au moment des faits ou ne bénéficiait pas de son traitement.

La Cour a ajouté que l'accusé avait la possibilité de présenter des preuves relatives à sa charge virale en vue de soutenir que le risque de transmission n'était pas « important ». Elle a affirmé que « Si la charge virale de l'accusé lors des rapports sexuels était connue ou pouvait être estimée, alors elle serait très pertinente pour déterminer s'il y a eu ou non risque important de lésions corporelles graves » (Nous soulignons).⁶

La Cour a conclu que dans ces circonstances, c'est à bon droit que le juge avait rejeté la demande de verdict imposé soumise par l'appelant.

2- Port de condom avec D.C.

Pour ce qui est de la plaignante D.C., l'accusé a soutenu que, compte tenu des preuves de l'expert en médecine selon lesquelles l'utilisation d'un préservatif peut réduire le risque de transmission jusqu'à 0,01 %, s'il existait un doute raisonnable quant au port de condom lors des rapports avec cette plaignante, alors le fait qu'il l'aurait exposée à « un risque important de lésions corporelles graves » faisait également l'objet d'un doute raisonnable. Il a fait référence à la déclaration du juge Cory dans l'affaire *Cuerrier*, selon laquelle « ... on pourrait juger que l'utilisation prudente de condoms réduit tellement le risque de préjudice que celui-ci ne serait plus considéré comme important... ».⁷

Pendant, la Cour d'appel a refusé d'accepter l'idée selon laquelle l'utilisation d'un condom excluait automatiquement la responsabilité criminelle en cas de non-divulgence de la séropositivité. Elle a affirmé que la question de savoir si le port de condom avait effectivement réduit le risque de lésions en deçà du seuil de risque important (ce qui écarterait toute obligation juridique de divulguer son statut) était une question de faits propre à chaque espèce.

⁴ *Wright, supra* note 1 at par. 26. Traduction libre.

⁵ *Ibid.* at par. 27. Traduction libre.

⁶ *Ibid.* at par. 32. Traduction libre.

⁷ *Cuerrier, supra* note 3 at par. 129

En guise d'appui à cette conclusion, la Cour d'appel a cité l'affaire *R. c. J.T.*, dans laquelle elle avait antérieurement soutenu que :

Cuerrier a établi une proposition de loi : un risque important de lésions graves vicie le consentement quand il est associé à une supercherie. Il ne visait pas, selon mon opinion, à prescrire quels faits détermineraient dans tous les cas l'importance du risque.⁸

Le juge avait donc eu raison de laisser au jury le soin de déterminer si l'utilisation potentielle d'un condom dans le cadre des rapports sexuels avec D.C. posait un doute raisonnable quant à la question de savoir s'il y avait eu un risque important de lésions corporelles graves.

Commentaires

La décision de la Cour d'appel de la C.-B. offre une orientation supplémentaire quant à l'application du test de « risque important de lésions corporelles graves » établi dans l'affaire *Cuerrier* et pourrait donc avoir d'importantes répercussions sur l'application du droit pénal au Canada dans les cas de non-divulgence du statut séropositif.

Une défense fondée sur la charge virale?

Cette décision est l'une des premières au Canada à aborder la question de la charge virale et de son impact sur l'évaluation du risque de transmission du VIH.

La science a évolué depuis l'affaire *Cuerrier*, et il est devenu évident que le risque de transmission du VIH est considérablement réduit lorsque la charge virale est indétectable. Voilà pourquoi la défense a soutenu qu'en l'absence de preuves spécifiques quant à la charge virale de l'accusé, on ne pouvait pas prouver au-delà de tout doute raisonnable que les rapports sexuels non protégés posaient un risque important de transmission du VIH.

La Cour d'appel a rejeté cet argument affirmant qu'en l'absence de preuves spécifiques concernant la charge virale de l'accusé, une estimation moyenne du risque de transmission pouvait suffire pour établir qu'il y avait un « risque important ». Il n'est donc pas nécessaire que le ministère public fournisse des preuves spécifiques concernant la charge virale de l'accusé.

Cependant, l'accusé est libre de présenter des preuves relatives à sa charge virale. La Cour a reconnu que si la charge virale au moment des rapports sexuels était connue ou pouvait être estimée, alors elle serait très pertinente pour l'établissement de la responsabilité criminelle.

La Cour a donc reconnu que la charge virale devait avoir un impact sur la responsabilité criminelle. Elle a refusé d'imposer au ministère public la charge de prouver que la charge virale de l'accusé était détectable au moment des faits, mais elle semble avoir admis la possibilité pour l'accusé de présenter une éventuelle « défense

⁸ *R. v. J.T.*, 2008, BCCA, 463. Traduction libre.

fondée sur la charge virale » (dans les cas où sa charge virale était indétectable, et réduisait ainsi les risques de transmission du VIH).

Pas de « défense automatique fondée sur le condom »

La décision de la Cour d'appel de la C.-B. sur la question du port du condom soulève d'avantage d'inquiétude. L'affaire *Cuerrier* avait laissé cette question ouverte, en déclarant que le port de condom « pourrait » être suffisant pour réduire le risque de transmission en deçà du seuil du « risque important ». (Dans cette affaire, les accusations étaient fondées sur des allégations de rapports vaginaux non protégés; la majorité de la Cour n'avait donc pas besoin de rendre une décision définitive sur l'importance du port de condom, puisque cette question n'était pas directement liée aux faits de l'espèce.) Depuis *Cuerrier*, les tribunaux canadiens n'ont pas clarifié la loi concernant le port du condom. Plusieurs décisions ont suggéré qu'il n'y a pas obligation de divulguer sa séropositivité avant d'avoir des rapports sexuels protégés, mais au moins une décision publiée (*Mabior*) a indiqué que le port de condom n'était pas suffisant, en soi, pour écarter l'obligation légale de divulguer.

La Cour d'appel de la C.-B. a refusé d'admettre que le port de condom écarterait automatiquement l'obligation de divulguer. Elle a, au contraire, jugé que la question de savoir si le port de condom avait effectivement réduit le risque de lésions en deçà du seuil de risque important était une question de faits propre à chaque espèce.

Par conséquent, la décision laisse planer une incertitude juridique considérable pour les personnes vivant avec le VIH. En pratique, il devient impossible de savoir à l'avance si le fait d'avoir des rapports sexuels protégés sans divulgation préalable de sa séropositivité constituera ou non une infraction. Il reviendra au juge d'instance ou au jury de décider, dans chaque cas, si le port du condom a suffisamment ou non réduit le risque de transmission.

Une telle décision pourrait mener à d'importantes injustices dans l'application de la loi, puisqu'une personne pourrait être condamnée pour non-divulgation avant d'avoir des rapports sexuels protégés, tandis qu'une autre pourrait être acquittée.

Dans *Cuerrier*, la juge McLachlin avait soulevé cette question dans sa critique du test de « risque important » tel qu'établi par le juge Cory au nom de la majorité :

Dans quels cas le risque est-il assez important pour qu'une conduite soit qualifiée de criminelle? Aux yeux de qui l'« importance » doit-elle être déterminée – ceux de la victime, de l'accusé ou du juge? (...) La certitude est essentielle au droit criminel. S'il est incertain, il ne peut pas dissuader d'adopter un comportement inapproprié et perd sa raison d'être. Et ce qui est tout aussi grave, il devient inéquitable. Des personnes qui croient agir conformément à la loi peuvent se retrouver poursuivies, déclarées coupables, emprisonnées et étiquetées de criminelles. Des conséquences aussi sérieuses ne doivent pas dépendre de l'interprétation de mots vagues comme « important » et « grave ».⁹

⁹ *Cuerrier*, supra note 3 at para. 48

En affirmant que le port de condom n'écarte pas automatiquement l'obligation de divulguer, la Cour contraint *de facto* les personnes vivant avec le VIH à divulguer leur statut même lorsqu'ils utilisent un condom si elles souhaitent éviter tout risque de poursuite. Dans l'arrêt *Cuerrier*, la Cour suprême a affirmé clairement que les personnes vivant avec le VIH n'ont pas d'obligation générale de divulguer leur statut, étant donné que cette obligation n'est requise que lorsqu'il y a un risque important de transmission du VIH. Cependant, en refusant de faire une différence entre les rapports sexuels protégés et les rapports non protégés, la Cour d'appel a peut-être imposé, *de facto*, une obligation générale de divulguer sa séropositivité avant tout rapport sexuel.

Le fait d'obliger (même indirectement) les personnes vivant avec le VIH à divulguer leur statut séropositif *et* à utiliser un condom revient à leur imposer un fardeau injustifié, surtout compte tenu de leurs difficultés liées à la divulgation, la stigmatisation, la discrimination et la peur d'être rejeté par leurs proches.

En dernier lieu, l'interprétation par la Cour des preuves de la poursuite concernant le risque de transmission du VIH est critiquable. La Cour a elle-même reconnu qu'elle était peut-être erronée. La Cour a affirmé qu'une estimation moyenne de 0,5 % pour ce qui est du risque de transmission lors de rapports vaginaux non protégés tient compte de facteurs comme le traitement antirétroviral et, par conséquent, d'une éventuelle charge virale indétectable. Un tel raisonnement est surprenant, étant donné que l'estimation de 0,5 % est déjà élevée pour ce qui est du risque de transmission du VIH lors de rapports vaginaux non protégés. En effet, ce risque est généralement estimé à 0,1 %, et, selon de récentes analyses d'études scientifiques publiées, le risque de transmission de l'homme à la femme est estimé à 0,08 % par acte en l'absence de traitement antirétroviral.¹⁰ Il est donc peu probable que l'estimation moyenne de 0,5 % tienne compte du fait que la charge virale rendue indétectable par le traitement puisse réduire de 100 à 1000 fois le risque de transmission.

Pourtant une telle réduction a bien été présentée par l'expert du ministère public qui s'est référé à la déclaration suisse concluant que le risque de transmission par une personne dont la charge virale est indétectable pouvait, dans certains cas, être aussi faible que 1 sur 100 000 (soit 0,001 %). La Cour a expressément affirmé : « même si [elle se] trompait dans [son] interprétation des preuves du D^r Conway, il s'agissait d'une interprétation que le jury aurait pu raisonnablement donner aux preuves du Dr Conway. » La Cour a donc accepté une interprétation possiblement erronée des preuves scientifiques, contribuant ainsi aux idées fausses concernant le VIH et les risques de transmission.

Il est également très regrettable qu'une Cour d'appel puisse admettre que la détermination de la responsabilité criminelle puisse être fondée sur une interprétation erronée de preuves présentées par les experts, au seul motif que c'est le jury qui est invité à se prononcer sur l'affaire.

¹⁰ M. C. Boily, R. Baggaley, B. Masse et coll., "Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies", *Lancet Infectious Dis.*, 9(2) (2009) : p. 118-29