

Agressions sexuelles graves/ relations sexuelles non protégées et protégées / charge virale indétectable

« Je suis persuadée que l'association d'une charge virale indétectable avec le port du condom réduirait le risque au-dessous de ce qui serait considéré comme un risque important de lésions corporelles graves. (...) Le consentement, dans ce cas particulier, ne serait pas vicié. »<sup>1</sup>

**Loi applicable**

L'accusé a été déclaré coupable de six chefs d'accusation d'agression sexuelle grave. Il a également été déclaré coupable d'incitation à des contacts sexuels et de contacts sexuels. Pour les fins du présent résumé, nous étudierons seulement l'infraction d'agression sexuelle grave qui résulte de la non-divulgaration de la séropositivité.

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) de la fraude

Article 268 du *Code criminel*

(1) Commet des voies de fait graves quiconque blesse, mutilé ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, par. 117. Traduction libre.

### Article 273 du *Code criminel*

(1) Commet une agression sexuelle grave quiconque, en commettant une agression sexuelle, blesse, mutilé ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.

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

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

### **Tribunal et date de la décision**

Le jugement de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a été rendu le 15 juillet 2008.

### **Parties**

La poursuite a été intentée par la Couronne contre un homme séropositif. Il y avait neuf plaignantes.

### **Faits**

Mabior a été diagnostiqué séropositif au VIH le 14 janvier 2004. Au moment du diagnostic, et plusieurs fois par la suite, une infirmière de la santé publique lui a recommandé de dire à ses partenaires sexuelles qu'il était séropositif avant d'avoir des relations sexuelles avec elles, et de porter un condom dans tous les cas.

L'accusé a commencé une thérapie antirétrovirale peu après son diagnostic. La thérapie a rendu sa charge virale indétectable entre le début du mois d'octobre 2004 et décembre 2005.

Du 27 janvier 2004 au 31 mars 2006, il a eu des relations sexuelles avec de nombreuses femmes, dont chacune des neuf plaignantes, sans mentionner sa séropositivité. Les plaignantes ont déclaré que les relations sexuelles avaient eu lieu dans un contexte de consommation d'alcool ou de drogue. Quatre d'entre elles étaient âgées de 17 ans au moment des faits et l'une avait 12 ans.

Aucune des plaignantes n'était séropositive au moment du procès.

### **Procédures**

Mabior a été accusé de 10 chefs d'agression sexuelle grave pour n'avoir pas divulgué sa séropositivité avant d'avoir des relations sexuelles. L'accusation relative à l'un des chefs d'agression sexuelle grave a fait l'objet d'un arrêt des procédures.

Sur les neuf chefs d'accusation restant, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a reconnu Mabior coupable de six chefs d'agression sexuelle grave concernant six

plaignantes. En revanche, il a été acquitté relativement aux trois chefs d'agressions sexuelles graves concernant les trois autres plaignantes.

Mabior a été condamné à 14 ans d'emprisonnement. Cette peine globale reflète ses condamnations pour des accusations d'incitation à des contacts sexuels et de contacts sexuels.

L'accusé a interjeté appel devant la Cour d'appel du Manitoba, qui a entendu l'affaire en février 2010. Au moment de la publication du présent résumé, le jugement de la Cour d'appel était toujours en délibéré.

### **Arguments juridiques et questions abordées**

Le jugement de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba est un jugement de première instance, et, à ce titre, sa portée est limitée. Toutefois, il demeure important d'un point de vue juridique, car il s'agit de la première affaire, depuis l'arrêt de principe rendu en 1998 par la Cour suprême du Canada dans *Cuerrier*<sup>2</sup>, à analyser en détail la signification de la notion de « risque important ». Selon l'arrêt *Cuerrier*, la non-divulgation de la séropositivité équivaut à une fraude qui annule le consentement lorsqu'elle a pour effet d'exposer une personne à un « risque important de lésions corporelles graves ».

Pour obtenir une condamnation pour agression sexuelle, la poursuite doit prouver que l'accusé a utilisé la force intentionnellement contre un(e) plaignant(e) dans des circonstances de nature sexuelle. En outre, l'infraction de voies de fait (ou agression sexuelle) grave(s) exige que l'accusé « blesse, mutilé ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger. »

Dans l'affaire *Mabior*, la cour devait examiner les questions suivantes:

- Le fait que l'accusé n'ait pas divulgué sa séropositivité avant les relations sexuelles constitue-t-il une fraude viciant le consentement des neuf plaignantes et transformant, par conséquent, les relations sexuelles consensuelles en agressions sexuelles? (La Cour a jugé que les neuf plaignantes avaient accepté d'avoir des relations sexuelles avec l'accusé.)
- La conduite de l'accusé risquait-elle de mettre en danger la vie des plaignantes et constituait-elle, en conséquence, une agression sexuelle grave? (Aucune des plaignantes n'était séropositive au moment du procès).

Pour rendre sa décision, la juge du procès (j. McKelvey) s'est demandé si Mabior avait fait courir à chacune des plaignantes un « risque important » d'être contaminée par le VIH, en tenant compte d'un éventuel port du condom et de la charge virale de l'accusé au moment des relations sexuelles.

---

<sup>2</sup> *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371 [*Cuerrier*].

La Cour a interprété et appliqué le test du « risque important » compte tenu des circonstances de l'affaire, en prenant l'arrêt *Cuerrier* comme point de départ.

La Cour a jugé que, dans les cas de relations sexuelles non protégées, le risque de contracter le VIH satisfaisait au test du risque important de lésions corporelles graves conformément à l'arrêt *Cuerrier*. La question restait ensuite de savoir si tel était aussi le cas lorsque l'accusé a une charge virale indétectable et/ou a utilisé un moyen de protection.

La juge du procès s'est fortement appuyé sur les preuves présentées par l'expert médical cité par la poursuite, le Dr Smith. Son témoignage concernant les risques de transmission, y compris l'impact du port du condom et de la charge virale sur les risques de transmission, est au centre de l'affaire.<sup>3</sup>

Voici la teneur du témoignage de l'expert médical en ce qui concerne le port du condom :

- Des études citées spécifiquement dans son rapport médical situent le risque de transmission par relation vaginale non protégée entre 0,05% (1 sur 2000) et 0,26% (1 sur 384), le risque étant diminué par le port du condom.
- Il a noté que « Le VIH est incapable de traverser des condoms de bonne qualité » et qu'« il n'y a pas de justification scientifique d'exiger de divulguer son statut séropositif lorsqu'un condom est toujours utilisé. »
- Cependant, l'erreur humaine, particulièrement en ce qui a trait à l'utilisation correcte du condom, réduit leur efficacité générale, et la consommation de drogues ou d'alcool peut avoir pour effet d'affaiblir la capacité de suivre correctement les modes d'utilisation du condom.
- « Une étude de Cochrane sur l'efficacité du condom conclut que l'utilisation constante de condoms entraîne une réduction de 80% des risques associés au VIH. Cette étude ne comportait pas de conclusions sur l'utilisation « adéquate ».... Il y a suffisamment de preuves de transmission due à une rupture du condom ou à une mauvaise utilisation du condom pour classer cette activité comme risque faible (plutôt que négligeable). »
- L'expert médical de la poursuite a qualifié de diverses façons le risque de transmission associé aux relations vaginales avec port de condom: « risque faible », « risque très faible » ou « risque extrêmement faible ».

En ce qui a trait à la charge virale et au risque de transmission du VIH, les points saillants de la décision du juge, du rapport de l'expert médical et de la transcription de la preuve présentée au procès sont les suivants :

- La juge du procès a observé que, selon l'ONUSIDA et l'OMS : « Les recherches suggèrent que, lorsque la charge virale dans le sang est indétectable, le risque de transmission du VIH est considérablement réduit. Cependant, il n'a pas été prouvé que le risque de transmission du virus soit complètement éliminé. D'autres recherches

---

<sup>3</sup> Transcription du procès, volume 9; Rapport sur le VIH/sida par l'expert Dr Richard Smith. Traductions libres.

devront être menées pour déterminer dans quelle mesure la charge virale dans le sang permet de prédire le risque de transmission du VIH ainsi que pour établir le lien entre la charge virale dans le sang et la charge virale dans le sperme et les sécrétions vaginales. »

- L'expert médical de la poursuite a affirmé au procès que c'est un « fait incontesté » que « l'infectiosité est directement proportionnelle à la charge virale. » Selon l'expert médical, dans le cas d'une charge virale inférieure à 1500 copies/ml, le risque de transmission du VIH est considéré « faible », et la transmission « extrêmement inusitée », et dans le cas de charge virale indétectable, le risque est « très faible » – ou, selon une étude scientifique réalisée en 2008 par la Commission fédérale Suisse sur le VIH/sida, même « négligeable ou possiblement inexistant. »
- L'expert médical de la poursuite était « fermement convaincu » que « d'un point de vue scientifique », le risque de transmission par une personne dont la charge virale est indétectable et qui n'a pas d'autres infections sexuellement transmissibles serait « certainement très faible » à l'occasion de relations sexuelles non protégées.

Comme nous l'avons déjà mentionné, la déclaration faite en 2008 par la Commission fédérale Suisse sur le VIH/sida est particulièrement intéressante: une personne infectée par le VIH qui suit un traitement antirétroviral et a une virémie complètement supprimée n'est pas sexuellement infectieuse, c'est-à-dire ne peut pas transmettre le VIH par contact sexuel. Cette déclaration suppose que l'adhésion fructueuse à la thérapie antirétrovirale supprime la charge virale pendant au moins six mois et qu'il n'y a pas d'autres infections sexuellement transmissibles. La Commission fédérale suisse a estimé que le risque de transmission du VIH dans ce cas serait inférieur à 0,001% (1 sur 100 000). La poursuite a présenté des documents de l'ONUSIDA et de l'OMS pour illustrer que la déclaration suisse était controversée. Toutefois, l'expert de la poursuite a maintenu qu'« il n'y a pas eu de réfutation scientifique; ce qu'ils ont dit n'a pas été contredit par une preuve contraire. » Selon l'expert, bien que l'hypothèse du risque « négligeable » ait suscité la controverse, il n'y a pas de doute chez les médecins qui traitent le VIH que le risque est « faible » dans les cas où la charge virale est indétectable ou faible (c'est-à-dire inférieure à 1500 copies/ml).

Dans le cas de Mabior, l'expert a noté que les circonstances ne satisfaisaient pas aux conditions de la déclaration fédérale Suisse, parce qu'il avait plusieurs partenaires.<sup>4</sup> Cependant, à son avis, entre octobre 2004 et décembre 2005, la charge virale de l'accusé était indétectable et par conséquent il y avait « une probabilité très élevée que M. Mabior n'était pas contagieux et ne pouvait avoir transmis le VIH pendant cette période. » Il a noté qu'il n'y avait pas de preuve de l'existence d'ITS à cette époque, alors qu'on lui avait diagnostiqué une gonorrhée en 2003, ainsi qu'au début de 2004.

#### Application de la preuve au seuil juridique de « risque important »

---

<sup>4</sup> Le juge a également noté que Mabior ne respectait pas les critères établis par la déclaration de la Commission suisse. Il a aussi refusé de considérer les conclusions de cette Commission comme pertinentes dans sa décision, au motif que ces conclusions n'existaient pas au moment des infractions.

La juge a considéré que, selon la preuve de l'expert médical, même utilisés correctement, les condoms ne sont efficaces qu'à 80 pour cent pour prévenir la transmission du VIH.

Concernant la charge virale de l'accusé, la juge a accepté la preuve de l'expert selon laquelle il existait « une probabilité très élevée que l'accusé n'était pas contagieux et qu'il ne pouvait pas avoir transmis le VIH » quand sa charge virale était indétectable.

La juge du procès a également conclu que l'accusé n'avait jamais été avisé par aucun professionnel de la médecine qu'il ne pourrait pas contaminer une partenaire sexuelle quand sa charge virale était indétectable et qu'il n'avait donc pas besoin de porter des condoms.

Pour établir quel niveau de risque constituait un « risque important » de transmission du VIH à l'occasion de relations sexuelles, la juge s'est référée à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Thornton*.<sup>5</sup> Dans cette affaire, un homme a été reconnu coupable de nuisance publique, parce qu'il avait donné du sang, sachant qu'il était séropositif au VIH. La Cour d'appel a jugé que le public avait été « mis en danger », même si les procédures de dépistage du VIH dans le sang étaient efficaces à 99,3 pour cent, et qu'effectivement la présence du VIH avait été détectée dans ce cas.

Tenant compte de l'impact potentiel de la charge virale et du port du condom sur la transmission du VIH, et interprétant la preuve de l'expert à la lumière de l'arrêt *Thornton*, la juge est parvenue aux conclusions suivantes :

- Le port du condom en lui-même ne réduit pas suffisamment le risque de transmission du VIH pour permettre de considérer qu'il n'y a pas de « risque important » de transmission dans les cas de relations sexuelles protégées. Le consentement pourrait donc être vicié.

« ...il est important de rappeler le témoignage du Dr Smith qui a déclaré que les condoms ne sont sûrs qu'à 80% et représentent une réduction de 80% de l'incidence du VIH. En outre, des cas comme celui de l'arrêt *Thornton* ont démontré qu'un niveau de réussite du dépistage à 99,3% était toujours considéré comme un risque trop important dans ces circonstances. **Je suis persuadée que, dans les circonstances où un moyen de protection a été utilisé et où l'accusé était considéré comme contagieux en vertu de la preuve médicale, il existait un risque important de lésions corporelles graves.** »<sup>6</sup>

- L'association du port du condom avec la charge virale indétectable réduit suffisamment le risque de transmission du VIH pour permettre de considérer qu'il

---

<sup>5</sup> *R. c. Thornton*, [1991] 1 O.R. (3d) 480, [1991] O.J. No. 25 (C.A. Ont.) (QL); confirmé par (1993), 82 C.C.C. (3d) 530, [1993] S.C.J. No. 62 (S.C.C.) (QL).

<sup>6</sup> *Mabior*, *supra* note 1, par. 116. Traduction libre,

n'y a pas de « risque important » de transmission. Par conséquent, il n'y aurait pas de privation et le consentement, dans ce cas particulier, ne serait pas vicié.<sup>7</sup>

« (...) Le Dr Smith s'est dit d'avis que l'accusé ne pouvait avoir transmis la maladie, du moins entre le 22 octobre 2004 et le 28 décembre 2005. (...) La question de l'infectiosité et de la possibilité de transmission, même avec un condom, doit être considérée (...) le risque était « moins élevé » lorsqu'un moyen de protection était utilisé selon la preuve médicale et scientifique. **Je suis persuadée que l'association d'une charge virale indétectable avec le port du condom réduirait le risque au-dessous de ce qui serait considéré comme un risque important de lésions corporelles graves. Les faits et la preuve médicale dans cette affaire m'amènent à conclure que le consentement, dans ce cas particulier, ne serait pas vicié.** »<sup>8</sup>

La juge du procès a ensuite analysé chaque accusation d'agression sexuelle grave.

Se référant à la preuve présentée au procès, elle a jugé qu'il existait « un risque constant que le VIH puisse être transmis à l'occasion de relations sexuelles dans tous les cas »<sup>9</sup> et que la vie de chacune des six plaignantes dans cette affaire avait donc été mise en danger. En conséquence les agressions sexuelles équivalraient à des agressions sexuelles graves.

La Cour a déclaré l'accusé coupable d'agression sexuelle grave contre quatre des femmes, parce qu'il n'avait pas porté de condom pendant les relations vaginales.

L'accusé a également été condamné en relation avec deux femmes, avec qui il avait eu des relations vaginales protégées par le port d'un condom, alors que sa charge virale était supérieure au seuil « indétectable ».

Mabior a été acquitté relativement à trois femmes, parce que sa charge virale était indétectable au moment de leurs relations sexuelles et que le procureur n'avait pas prouvé au-delà du doute raisonnable l'absence de condom pendant les relations vaginales.

## Commentaires

Comme nous l'avons déjà dit, cette décision est importante, parce qu'elle est la première depuis l'arrêt *Cuerrier* à examiner en détail la notion de « risque important ». Cette affaire est la première au Canada à aborder directement les implications juridiques d'une charge virale indétectable ou faible. Elle est également la première à inclure une analyse détaillée par un juge de la question de savoir si le port du condom réduit suffisamment le risque de transmission pour écarter l'obligation juridique de divulgation, un point que la majorité de la Cour suprême avait examiné dans l'arrêt *Cuerrier*, mais sans se prononcer

---

<sup>7</sup> « Depuis l'arrêt *Cuerrier*, la fraude peut servir à vicier le consentement et peut être prouvée si les éléments de malhonnêteté et de privation sont établis. » (*Ibid.*, par. 12). Traduction libre.

<sup>8</sup> *Ibid.*, par. 117.

<sup>9</sup> *Ibid.*, par. 106.

définitivement. (Dans plusieurs affaires suivant l'arrêt *Cuerrier*, les juges d'instance ont affirmé que la poursuite devait prouver qu'il y avait eu des relations sexuelles non protégées pour obtenir une condamnation, mais sans discuter en détail cette question.)

En ce qui concerne la charge virale, la décision *Mabior* est une étape importante, du fait que la Cour a reconnu que la charge virale est pertinente du point de vue juridique et, plus précisément, qu'une charge virale indétectable réduit considérablement le risque de transmission du VIH.

Cependant, l'interprétation par la Cour de la notion de « risque important » établie dans l'arrêt *Cuerrier*, ainsi que la preuve scientifique est extrêmement critiquable.

En s'appuyant sur la preuve selon laquelle le port du condom ne réduit le risque de transmission du VIH que de 80%, la juge a considéré que, même lorsqu'un condom est utilisé, il y a un « risque important » de transmission du VIH du moment que la personne est contagieuse (c'est-à-dire que sa charge virale est détectable). Or, cette réduction s'ajoute à un risque de transmission par acte sexuel qui, selon la preuve de l'expert médical de la Couronne, se situe déjà entre 0,05% (1/2000) et 0,26% (1/384). Le port du condom réduit encore de 80% le risque de transmission par acte de pénétration vaginale, de sorte que le risque se situe alors entre 0,01% (1/10 000) à 0,052 (environ 1/2000).

Bien que la juge du procès ait reconnu qu'il y avait une probabilité très élevée qu'une personne ne soit pas contagieuse quand sa charge virale est indétectable, elle a déclaré que seule l'association de la charge virale indétectable avec le port du condom pourrait réduire le risque au-dessous du seuil du « risque important ».

Il ressort de ce raisonnement que le test de « risque important » établi dans l'arrêt *Cuerrier* est satisfait dès lors qu'il y a une simple possibilité d'infection. Cette interprétation à « risque zéro » de la notion de « risque important » est clairement exprimée par la juge :

« (...) Pendant les périodes où la charge virale dans le sang est indétectable, le risque de transmission du VIH est réduit. Cependant, la recherche n'a pas prouvé que cette situation élimine complètement le risque de transmission du virus (...) Je suis convaincue (...) qu'il y avait un risque important de lésions corporelles graves en ce que le VIH aurait pu être transmis à S.H, dans les cas où l'accusé avait une charge virale indétectable et s'est adonné à un contact sexuel non protégé. »<sup>10</sup>

La juge a justifié sa position sur la notion de risque important et son interprétation de la preuve en se référant à l'arrêt *Thornton*.

La référence à cet arrêt est, encore une fois, critiquable. L'arrêt *Thornton* concernait un cas de don de sang, pas de transmission sexuelle, et il portait sur l'infraction de nuisance publique, pas d'agression sexuelle grave. De plus, l'arrêt *Thornton* est antérieur au

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, par. 134, 137. Traduction libre.

jugement rendu dans *Cuerrier*, dans lequel le juge Cory, s'exprimant pour la majorité, avait clairement connaissance (l'arrêt *Thornton* est cité relativement à la question de savoir si l'agression « avait mis la vie d'une personne en danger » et constituait donc des voies de fait graves). Pourtant, le juge Cory ne s'est en aucune façon appuyé sur cet arrêt pour formuler le test du « risque important » en litige, et il a spécifiquement déclaré que la norme permettant d'exclure toute responsabilité n'était pas le risque zéro : « Il se peut que les relations sexuelles qui ne comportent absolument aucun risque soient impossibles... Encore une fois, il doit y avoir un risque important de lésions corporelles graves... En l'absence de ces critères, il n'y aura aucune obligation de divulguer. »<sup>11</sup> Il a en outre déclaré que « l'expression 'risque important de préjudice grave' doit être appliquée aux faits de chaque cas pour décider si le consentement donné dans les circonstances en cause était vicié. Il est évident que le consentement peut et devrait être vicié dans des circonstances appropriées. Encore est-il que cela ne devrait pas être fait trop aisément. Cette expression devrait être interprétée en fonction de la gravité des conséquences d'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle et de manière à éviter la banalisation de l'infraction. »<sup>12</sup>

En suggérant que, tant qu'il y a un risque de transmission, quel qu'il soit, la non-divulgaration équivaut à une fraude qui vicie le consentement, le jugement de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba étend considérablement, et de façon injustifiée, la portée de la responsabilité criminelle des personnes vivant avec le VIH en cas de non divulgation.

En suggérant que le port du condom n'est pas suffisant pour écarter l'obligation de divulgation, la Cour impose un fardeau excessif aux personnes vivant avec le VIH, contredit les messages de la santé publique incitant au port du condom et nuit aux efforts de prévention du VIH.

Il s'agit d'une décision d'un tribunal du Manitoba. A ce titre, elle ne lie pas les tribunaux des autres provinces et territoires. C'est également une décision d'un tribunal de première instance. Elle ne lie donc pas les autres tribunaux, même au Manitoba. Finalement, la Cour d'appel du Manitoba pourrait avoir une autre interprétation de la loi. Au moment de cette publication, la décision de la Cour d'appel n'a toujours pas encore été rendue.

---

<sup>11</sup> *Cuerrier*, *supra* note 3, par. 129.

<sup>12</sup> *Ibid*, par. 139.