

RECOMMANDATION POUR UNE DIRECTIVE
SUR LA NON-DIVULGATION DU VIH OU D'UNE AUTRE ITSS
(MISE A JOUR JANVIER 2013)

Lors de la rencontre du *Groupe de travail sur la criminalisation de l'exposition au VIH et de sa transmission* le 25 juin 2011¹, il a été demandé à la COCQ-SIDA de fournir un document détaillant ses recommandations quant au contenu de directives pour les procureurs à ce sujet. Le présent document détaille les points qui devraient être inclus dans une directive (remise en liberté, preuves scientifiques/médicales et experts, décision d'autoriser une poursuite, négociation de plaidoyer, détermination de la peine, considérations quant à la victime). Pour chaque point, un texte est recommandé pour la directive et une explication fournie. De plus, l'intégrale de la directive recommandée, incluant un préambule et une section « commentaires », est reproduite en annexe.

Les recommandations se basent sur les données que la COCQ-SIDA a accumulées au cours des dernières années, notamment à travers sa vigie des poursuites pour non-divulgence du VIH et les activités de son service d'information juridique. Les recommandations se basent aussi sur les données recueillies en Ontario lors d'une récente et vaste consultation quant à la mise en place de directives pour les procureurs ontariens,² ainsi que sur une consultation effectuée au Québec auprès de directeurs d'organismes VIH.³

1. Remise en liberté

Recommandation

En l'absence de sérieuses préoccupations pour la santé publique qui ne peuvent être adressées autrement, le procureur consent à la remise en liberté des personnes accusées de non-divulgence du VIH. Le procureur ne s'oppose à la remise en liberté que dans de rares situations.

Explication

La recommandation se fonde sur la présomption constitutionnelle pour la remise en liberté, l'article 515 du Code Criminel, ainsi que les conséquences excessives que la détention provisoire peut avoir sur une personne vivant avec le VIH.

La détention, même courte, peut avoir des conséquences irréversibles sur la santé d'une personne vivant avec le VIH. Il est très important que la médication antirétrovirale soit prise conformément aux prescriptions du médecin et sans interruption ou variation de la dose. En effet,

¹ Étaient représentés à cette rencontre : le Ministère de la Santé et des Services sociaux, le Ministère de la Justice, l'Institut national de santé publique du Québec, la Direction de la santé publique de la Capitale-Nationale et la COCQ-SIDA.

² Au printemps 2011, le *Ontario Working Group on Criminal Law and HIV Exposure* a mené une consultation auprès de 200 personnes quant à la mise en place de directives. Les personnes consultées incluaient des personnes vivant avec le VIH, des représentants de communautés vulnérables au VIH, des experts juridiques, de santé publique et scientifiques, des professionnels de la santé et des groupes de défense des droits des femmes dans le contexte de violence sexuelle. Un rapport avec des recommandations a été soumis au procureur général de l'Ontario en juin 2011.

³ En juillet 2011, la COCQ-SIDA a mené deux consultations téléphoniques auprès de directeurs d'organismes VIH du Québec. Huit personnes ont été consultées.

une haute observance thérapeutique (95%) est requise pour éviter que puisse se développer une résistance aux médicaments. Une telle résistance limite ensuite les options de traitement de la personne, et ce pour le restant de sa vie.

Témoignage de l'avocat d'une des personnes déclarées coupable de non-divulgence du VIH au Québec:⁴

À son arrivée en prison, la personne avait une charge virale indétectable et était en bonne santé. À sa sortie, moins de quatre mois plus tard, elle a dû être hospitalisée.

En effet, la personne n'a pas reçu ses médicaments antirétroviraux au début de l'incarcération. L'avocat a dû menacer d'intenter une poursuite afin qu'elle finisse par y avoir accès. Malgré cela, on ne lui a pas fourni les soins et le régime alimentaire appropriés. À sa sortie, la personne a été hospitalisée d'urgence tellement son état de santé s'était détérioré.

Or, les soins fournis par les établissements de détention ne sont souvent pas au même niveau que ce qui est disponible dans la communauté. Les interruptions de traitement et l'irrégularité de l'administration des médicaments sont monnaie courante, surtout dans un contexte d'arrestation et de détention provisoire ou d'isolement (à l'arrivée, lors des transferts, etc.).

La détention peut aussi avoir des conséquences sérieuses sur la sécurité des personnes vivant avec le VIH. Le VIH/sida est très stigmatisé au sein des populations incarcérées, ce qui peut signifier des menaces, de l'intimidation et de la violence envers une personne séropositive incarcérée.

2. Preuves scientifiques/médicales et experts

Recommandation

Il est du rôle du procureur de s'assurer que: (i) les poursuites soient éclairées par des données médicales/scientifiques complètes, exactes et intelligibles qui reflètent de façon adéquate les connaissances actuelles en matière de VIH/sida ou autres infection transmissibles sexuellement et par le sang (ITSS), (ii) les preuves scientifiques/médicales ne soient présentées avec ni plus ni moins que leur force et effet légitimes, et (iii) que les preuves médicales/scientifiques soient produites par des experts qualifiés.

Rapport d'enquête. En plus des éléments prévus à la directive ACC-3, le procureur s'assure que le rapport d'enquête qui lui est soumis contient les éléments suivants pour chacun des rapports sexuels visés par le ou les chefs d'accusation:

- a) le sexe des partenaires,
- b) une description de la nature de l'acte et du rôle de chaque partenaire,
- c) la présence ou non d'une éjaculation,
- d) l'usage ou non de condoms,
- e) si des tests d'ITSS ont été passés, les résultats,
- f) dans les cas où le plaignant est un homme, si celui-ci est circoncis ou non,
- g) dans le cas du VIH, les résultats des tests de charge virale au moment des faits allégués,
- h) l'historique médical de la personne infectée.

⁴ Pour des raisons de confidentialité et de respect du secret professionnel, toute information personnelle a été retirée du témoignage.

Rapport d'expertise scientifique/médicale. Préalablement au choix des accusations, le procureur obtient un rapport d'expertise scientifique/médicale. À cette fin, le procureur fournit à l'expert le dossier factuel nécessaire (incluant les éléments du rapport d'enquête listés ci-dessus) afin que celui-ci formule une opinion éclairée pour chaque rapport sexuel concerné. Le procureur demande à l'expert son opinion sur :

- a) le risque de transmission du VIH ou d'une autre ITSS relatif à chacun des rapports sexuels cités dans le ou les chefs d'accusation,
- b) les lésions corporelles associées à l'infection, basée sur le taux de mortalité liée à l'infection,
- c) la preuve de transmission, si la transmission est alléguée.

Choix de l'expert. Le procureur choisit l'expert scientifique/médical parmi *[une liste préalablement établie. (Note : liste à être établie, et tenue à jour, par le directeur et la Direction de la santé publique)]* OU *[le personnel d'une unité hospitalière de recherche, d'enseignement et de soins sur le sida du Québec (UHRESS)].*

Divulgaration du rapport d'expertise. Le procureur divulgue le plus tôt possible le contenu du rapport d'expertise scientifique/médicale à la défense, conformément à la Partie 1 des directives du directeur (Orientations et mesures du ministre de la Justice).

Explication

La recommandation se base sur le test de « la possibilité réaliste de transmission du VIH » établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Mabior*⁶, sur le fardeau de preuve de la Couronne et sur la nécessité d'une application uniforme des règles de droit concernant la non-divulgaration du VIH et des autres ITSS.

Les preuves scientifiques/médicales concernant les risques de transmission du VIH et certaines autres ITSS sont complexes et évoluent rapidement. Or, ces preuves doivent avoir un rôle central lors de poursuites pour non-divulgaration, rendant par le fait même ces poursuites complexes.

En 2008, un homme séropositif a été accusé d'agression sexuelle grave pour avoir eu six relations vaginales non protégées, trois relations orales non protégées, une relation vaginale protégée et une relation anale protégée avec une femme qui n'a pas contracté le VIH. Le rapport présentiel indiquait que l'homme avait rapporté avoir une charge virale indétectable à l'époque. Il a plaidé coupable et purge actuellement une sentence de 2 ans de prison. Celle-ci lui a été imposée sans qu'aucune discussion n'ait lieu quant au niveau de risque des activités concernées. Le juge qui a déterminé la sentence s'est contenté de faire référence au fait que le médecin ayant établi le diagnostic de séropositivité de l'homme au début des années 1990 lui avait alors indiqué qu'il ne pouvait plus avoir de relations sexuelles.⁵

Un homme de Montréal vivant avec le VIH a été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles et de voies de fait graves pour avoir mordu son ex-conjoint lors d'une dispute. Le plaignant avait attrapé l'accusé à la gorge par derrière, et celui-ci l'a mordu pour lui faire lâcher prise. Le plaignant a eu une bonne ecchymose mais la peau n'a pas été percée. Il n'y avait donc aucun risque de transmission du VIH.

L'homme a été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles en raison de l'ecchymose

⁵ R. c. M., [2011] J.Q. no. 367.

⁶ R.c. *Mabior*, 2012 SCC 47 ; R.C. D.C., 2012 SCC 48

et de voies de fait graves en raison de son statut sérologique positif au VIH. Le procureur de la Couronne a refusé de retirer ou de réduire l'accusation de voies de fait graves jusqu'au matin du procès. Il a alors accepté de retirer cette accusation en échange d'un plaidoyer de culpabilité à l'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles.⁷

La décision d'autoriser une poursuite doit reposer, de façon significative, sur une opinion d'expert quant au niveau de risque de transmission du VIH ou d'une autre ITSS dans les rapports sexuels

Dans l'affaire *ND c. R.*,⁸ un homme a été accusé de diverses infractions pour avoir eu divers rapports sexuels avec trois plaignantes, dont certains incluaient l'usage de force, sans divulgation de son statut sérologique. L'un des chefs déposés contre l'accusé était celui de voies de fait graves pour avoir attrapé une des plaignantes à la gorge alors qu'il était séropositif. L'accusé a d'abord été déclaré coupable de cette infraction. Ce n'est qu'en appel qu'il a été acquitté parce qu'aucune preuve n'avait été présentée à l'effet que les marques au cou avaient exposé la plaignante à un risque d'infection. Évidemment, le fait d'avoir attrapé la plaignante à la gorge ne comportait aucun risque de transmission du VIH.

et circonstances concernés. Toutefois, au Québec, plusieurs poursuites sont allées de l'avant sans preuves médicales/scientifiques de risque de transmission du VIH, ou sans qu'un poids suffisant ne soit accordé à ces preuves.

La recommandation concernant la liste des éléments à fournir à l'expert pour obtenir son opinion se base sur la consultation récemment tenue en Ontario auprès d'experts médicaux et scientifiques. Ceux-ci ont listé les sept éléments devant nécessairement être présentés à un expert pour

permettre à celui-ci d'émettre une opinion éclairée sur le risque de transmission du VIH.

Enfin, il faut aussi tenir compte du fait que les preuves scientifiques ne formeront jamais qu'une partie du dossier contre l'accusé. Le procureur doit monter un dossier factuel solide autour des preuves scientifiques/médicales afin de rencontrer le fardeau de preuve pour l'ensemble des éléments essentiels à l'infraction.

3. Décision d'autoriser une poursuite

Recommandation

La décision du procureur d'autoriser une poursuite doit être prise à la lumière des principes énoncés tant dans la Partie 1 des directives du directeur (Orientations et mesures du ministre de la Justice) qu'en vertu de la directive ACC-3. Ceci signifie notamment que le procureur doit prendre une décision « dans une atmosphère dénuée de passion » (Partie 1, point 2) et, une fois le seuil de l'autorisation franchi, demeurer objectif et maintenir son ouverture d'esprit afin d'éviter les erreurs judiciaires (ACC-3, point 2).

Le procureur doit mettre de l'avant des preuves médicales/scientifiques établissant que le ou les rapports sexuels ont engendré une possibilité réaliste de transmission du VIH et, si celle-ci est alléguée, une transmission. À cette fin, le procureur obtient un rapport d'expertise scientifique/médicale se conformant au point 2 (Preuve scientifiques/médicales et experts) avant d'autoriser une poursuite.

Le procureur obtient l'autorisation préalable du procureur en chef avant d'autoriser une poursuite pour non-divulgation du VIH ou d'une autre ITSS. Le procureur en chef conserve une liste à jour de ces autorisations et la fournit annuellement au directeur.

⁷ Données recueillies par la COCQ-SIDA dans le cadre d'information juridique fournie à l'accusé.

⁸ *N.D. c. R.* [2006] J.Q. 81.

Critères relatifs à la suffisance de la preuve

Lorsqu'il évalue les critères relatifs à la suffisance de la preuve, le procureur porte une attention particulière aux éléments suivants :

- a) La connaissance de l'accusé de son infection: le procureur doit établir que l'accusé savait qu'il avait le VIH ou une autre ITSS. Cette connaissance proviendra presque toujours de la communication, par un professionnel de la santé, d'un résultat positif d'un test de dépistage.
- b) La connaissance de l'accusé des risques de transmission : le procureur doit aussi déposer des preuves permettant d'établir que l'accusé comprenait que le ou les rapports sexuels concernés comportaient une possibilité réaliste de transmission du VIH.
- c) Preuve des rapports sexuels: il n'est pas rare qu'il n'existe pas de preuves indépendantes des détails des rapports sexuels. Le procureur porte une attention particulière aux facteurs objectifs pouvant affecter la crédibilité du plaignant et de l'accusé.
- d) Preuve de la non-divulgence : il n'est pas rare qu'il n'existe pas de preuves indépendantes des communications entre le plaignant et l'accusé. Le procureur porte une attention particulière aux facteurs objectifs pouvant affecter la crédibilité du plaignant et de l'accusé. Dans certains cas, des preuves indépendantes corroborent la divulgation ou encore une connaissance autre de l'infection par le plaignant (rapports médicaux ou de counselling, connaissance par amis, famille ou professionnels).
- e) Preuve scientifique/médicale du risque de transmission: le procureur n'autorise pas de poursuite lorsque l'opinion contenue dans le rapport d'expertise scientifique/médicale (voir le point 2 [Preuve scientifiques/médicales et experts]) n'établit pas une possibilité réaliste de transmission du VIH.

Le procureur n'autorise pas de poursuites quant aux situations suivantes, scientifiquement reconnues comme ne comportant pas une possibilité réaliste de transmission du VIH, à moins d'une opinion à l'effet contraire dans le rapport d'expertise scientifique/médicale obtenu conformément au point 2 (Preuve scientifiques/médicales et experts):

- i) port de condom,
 - ii) bris de condom, lorsque la personne infectée a divulgué après le bris,
 - iii) la personne infectée a une charge virale indétectable,
 - iv) relations orales, qu'elles aient été données ou reçues par la personne infectée,
 - v) toute activité sexuelle scientifiquement reconnues comme ne comportant qu'un risque faible ou négligeable de transmission.
- f) Le consentement : le procureur doit établir que le plaignant n'aurait pas consenti s'il avait connu le statut sérologique de l'accusé. Dans les situations où le plaignant et l'accusé ont continué à avoir des rapports sexuels après une divulgation par l'accusé, le procureur porte une attention particulière à la présence de preuves indiquant que le plaignant a consenti, après la divulgation, à des comportements sexuels similaires à ceux ayant eu lieu avant la divulgation.

- g) Allégation de transmission : lorsqu'il allègue une transmission, le procureur dépose des preuves pour établir celle-ci. Ceci inclut des preuves quant aux rapports sexuels antérieurs du plaignant, afin de déterminer si l'infection d'une autre personne peut être la source de l'infection.

Critères relatifs à l'opportunité de poursuivre (intérêt public)

En plus des facteurs listés au point 10 de la directive ACC-3, le procureur considère les critères d'intérêt public suivant pour décider de l'opportunité de poursuivre :

- a) Le plaignant n'a pas été infecté par le VIH ou une autre ITSS,
- b) La non-divuligation était un incident isolé et il n'y a pas de preuves suggérant un historique de non-divuligation ayant exposé des partenaires sexuels à une possibilité réaliste de transmission du VIH,
- c) La possibilité d'un déséquilibre de pouvoir au sein d'une relation intime où l'accusé est dans une position de vulnérabilité,
- d) La présence de preuves suggérant que la décision d'un conjoint/époux de porter plainte est motivée par une tentative de contrôle de l'autre, ou s'inscrit dans un pattern de menaces, intimidation, violence ou vengeance,
- e) La présence de difficultés ou de troubles au niveau de la santé mentale de l'accusé,
- f) La volonté de la personne infectée de se prévaloir de services d'accompagnement et de développement de stratégies de dévoilement auprès des partenaires sexuels, ainsi que la disponibilité de tels services,
- g) Les conséquences disproportionnées que peuvent avoir une poursuite et déclaration de culpabilité pour la personne concernée, particulièrement les risques de l'incarcération sur sa santé et sécurité,
- h) L'écoulement d'une longue période de temps lorsque d'anciens partenaires sexuels refont surface en alléguant une non-divuligation.

Explication

Tout comme pour le point précédent, la recommandation se base sur le test de la « possibilité réaliste de transmission du VIH » établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mabior*,⁹ sur le fardeau de preuve de la Couronne et sur la nécessité d'une application uniforme des règles de droit concernant la non-divuligation du VIH et des autres ITSS. Plusieurs des points de la recommandation ont donc pour but d'assurer que le procureur mette de l'avant les preuves scientifiques/médicales et les expertises requises pour prouver les éléments de l'infraction.

La décision de poursuivre ou non doit se baser sur la science. Ceci requiert nécessairement que le procureur soit guidé par l'opinion d'un expert médical/scientifique, d'autant plus que la science concernant les risques de transmission du VIH est complexe. Une poursuite ne devrait pas être autorisée dans les situations où il existe un consensus scientifique/médical selon lequel un type de rapport ne représente pas de possibilité réaliste de transmission du VIH (sexe oral, port du condom, charge virale indétectable, bris de condom combiné à une charge virale indétectable ou une divulgation), à moins qu'un expert émette une opinion contraire en se basant sur les circonstances spécifiques et particulières d'une affaire.

Concernant le bris de condom: autoriser une poursuite lorsqu'une personne vivant avec le VIH a divulgué son statut sérologique suite à un bris de condom reviendrait à décourager la divulgation

⁹ *Supra* note 6.

dans ces situations. Lorsqu'une personne divulgue suite à un bris de condom, son ou sa partenaire peut obtenir des conseils médicaux et une prophylaxie post-exposition. Une prophylaxie post-exposition est un traitement anti-rétroviral visant à prévenir l'infection au VIH suite à une exposition. Ce traitement doit être administré dans les 72 heures

Il est de plus en plus fréquent que des situations de chantage ou de menaces contre des personnes vivant avec le VIH dans le cadre de relations amoureuses soient rapportées à la COCQ-SIDA. Il peut s'agir de situations où une certaine activité sexuelle a eu lieu avant la divulgation au début d'une relation de couple, mais il y a de cela longtemps et sans que le partenaire n'ait été infecté, mais aussi de situations où la divulgation a eu lieu avant tout rapport sexuel. Plusieurs médecins ont par exemple rapporté à la COCQ-SIDA avoir des patients qui n'osent pas mettre un terme à une relation amoureuse vu les menaces de leur conjoint(e) de déposer une plainte si le patient en question les quitte ou ne se plie pas à certaines demandes.

Enfin, bien qu'il s'agisse d'une mesure exceptionnelle, l'autorisation préalable de la poursuite par le procureur en chef nous apparaît nécessaire afin d'assurer une application cohérente et uniforme du droit quant à la non-divulgation du VIH et des autres ITSS. Il existe d'ailleurs un précédent à cet effet : les directives aux procureurs que l'Angleterre et le Pays-de-Galles ont mis sur pied comprennent des procédures internes permettant d'en assurer une application uniforme.¹⁰

Extrait d'un affidavit soumis par la COCQ-SIDA à la Cour d'appel du Québec en 2010, affirmé par la responsable du service d'information juridique de la COCQ-SIDA :

« Depuis août 2009, j'ai assisté deux usagers séropositifs ayant été victimes de tentatives d'extorsion de la part de leurs ex-conjoints séronégatifs.

Dans un premier cas, un homme a été accusé de voies de faits à la suite d'une dispute menant à des coups et blessures avec son ex-conjoint. Comme l'homme est porteur du VIH, il fait de plus face à des accusations de voies de fait graves. L'ex-conjoint séronégatif a émis la possibilité de retirer sa plainte contre une part plus grande dans le condo qu'ils détenaient toujours en commun à cette époque. [...]

Dans un second cas, une personne vivant avec le VIH m'a consulté après qu'un ex-conjoint ait tenté d'obtenir une plus grande part des biens communs en brandissant la menace d'une plainte pour exposition au risque de transmission du VIH. Bien que connaissant le statut sérologique de son partenaire depuis le début de la relation, ce dernier a mentionné qu'il aurait peut-être des recours s'il alléguait qu'il ne connaissait pas le statut sérologique de son partenaire au tout début de leur relation, ou s'il alléguait qu'il a été forcé à avoir des relations sexuelles non protégées. »

4. Négociation de plaidoyer

Recommandation

La négociation de plaidoyer doit se tenir à la lumière des principes énoncés tant dans la Partie 1 des directives du Directeur (Orientations et mesures du ministre de la Justice) qu'en vertu de la directive PLA-1. Ceci signifie notamment de ne consentir à l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité sur une infraction que si elle est révélée par la preuve.

En ce qui concerne les accusés non représentés, le procureur porte une attention particulière à s'assurer qu'un accusé vivant avec le VIH comprenne les implications de l'enregistrement d'un

¹⁰ Crown Prosecution Service for England and Wales (CPS), *Intentional or Reckless Transmission of Sexual Infection*, sections 81 to 83.

plaidoyer de culpabilité, incluant les implications d'une inscription au registre national des délinquant sexuels lorsque applicable.

Le procureur divulgue à la défense le rapport d'expertise scientifique/médicale obtenu conformément au point 2 (Preuves scientifiques/médicales et experts) avant de s'engager dans une négociation de plaidoyer.

Explication

Neuf des dix poursuites terminées dont les issues sont connues de la COCQ-SIDA se sont soldées par une déclaration de culpabilité. De ces neuf déclarations de culpabilité, trois découlent de l'enregistrement de plaidoyer de culpabilité.

Il est tout à fait vraisemblable qu'une personne vivant avec le VIH plaide coupable alors même que le rapport sexuel concerné ne comportait pas de « possibilité réaliste de transmission du VIH », surtout si aucun rapport d'expertise scientifique/médicale n'existe au dossier pour guider le procureur et la défense ou si l'accusé n'est pas représenté.

De façon générale, les personnes vivant avec le VIH ne divulguent leur statut sérologique qu'à un nombre restreint de personnes en qui elles ont confiance et qu'elles savent assez fortes pour l'accepter. Ceci peut souvent exclure des personnes très proches d'elles, par exemple leurs propres parents ou enfants. La divulgation publique du statut sérologique, ou même la simple possibilité d'une telle divulgation, peut alors s'avérer impensable pour la personne, vu l'impact que ceci aurait sur sa vie, mais aussi sur celle de ses proches. Ceci est d'autant plus vrai que les poursuites concernant la non-divulgation du VIH ont tendance à attirer l'attention du public et des médias. Enfin, pour certaines personnes, la divulgation publique de leur statut sérologique peut en plus menacer de révéler d'autres éléments de leur vie privée, notamment reliés à leur orientation sexuelle ou mode de vie.

Dans l'affaire *R. c. M.*¹¹ (décrite à la page 3), le plaidoyer de culpabilité de l'homme porte sur l'ensemble des relations non protégées, dont trois relations orales. Aucune preuve scientifique n'a été déposée dans le cadre de ces procédures. Selon la Société canadienne du sida, les risques de transmission reliés aux relations orales non protégées vont de « négligeable » à « faible », selon le type de relation.¹² En l'espèce, le rapport présentiel contenait de plus des indications à l'effet que l'accusé aurait eu une charge virale indétectable.

Il faut ajouter à ceci la stigmatisation intériorisée avec laquelle vit bon nombre de personnes séropositives. À force d'intérioriser les attitudes négatives de la société quant au VIH et aux personnes vivant avec le VIH,

un fort sentiment de culpabilité moral et de dépréciation de sa personne peut se développer chez une personne séropositive. Une personne ainsi affectée pourra facilement croire en à sa culpabilité légale dès lors que des accusations criminelles sont portées contre elle et ce, peu importe la présence ou non d'un risque réel de transmission pour son partenaire. Ce facteur peut devenir exponentiel si l'accusé n'est pas correctement informé des enjeux et des règles de droit, si les acteurs du système judiciaire perdent eux-mêmes leur objectivité, si l'accusé fait partie d'une population déjà marginalisée, etc.

un fort sentiment de culpabilité moral et de dépréciation de sa personne peut se développer chez une personne séropositive. Une personne ainsi affectée pourra facilement croire en à sa culpabilité légale dès lors que des accusations criminelles sont portées contre elle et ce, peu importe la présence ou non d'un risque réel de transmission pour son partenaire. Ce facteur peut devenir exponentiel si l'accusé n'est pas correctement informé des enjeux et des règles de droit, si les acteurs du système judiciaire perdent eux-mêmes leur objectivité, si l'accusé fait partie d'une population déjà marginalisée, etc.

5. Détermination de la peine

¹¹ *R. c. M.*, *supra* note 5.

¹² Société canadienne du Sida, *La transmission du VIH, guide d'évaluation du risque*, 2005, p.23 à 25.

Recommandation

Le procureur privilégie une peine parmi les moins sévères pour l'infraction concernée lorsqu'il n'y a pas de preuve de transmission du VIH.

Le procureur prend en compte la santé d'un contrevenant vivant avec le VIH au moment des représentations sur sentence, ainsi que les impacts négatifs que peut avoir l'incarcération sur sa santé et sécurité.

Explication

La recommandation à l'effet que l'absence de transmission doit être un facteur important se base sur le fait que la proportionnalité est un principe fondamental de la détermination de la peine (art. 718.1 C. Cr.).

La recommandation à l'effet que la santé et sécurité doivent être des facteurs importants dans la détermination de la peine se base sur les explications données au point 1 (Remise en liberté).

En 2008, une femme était déclarée coupable d'agression sexuelle pour non-divulgence du VIH à son partenaire suite à un unique rapport sexuel non protégé alors qu'elle avait une charge virale indétectable.¹³ La femme a divulgué sa séropositivité à son partenaire peu de temps après et les deux ont formé un couple pendant 4 ans, jusqu'à ce qu'elle le quitte après avoir déposé une plainte à la police pour violence conjugale (ce pour quoi il sera accusé et déclaré coupable).

La Cour d'appel du Québec a par la suite renversé la décision et acquitté la femme. Se basant sur le témoignage des experts à l'effet que le risque était « très faible » et « très minime » vu la charge virale indétectable de la femme,¹⁴ la Cour a conclu que le rapport sexuel en question n'avait pas exposé le plaignant à un risque important de transmission. La Cour Suprême, saisie d'un pourvoi formé par la Cour d'appel, a acquitté la femme au motif que la preuve de l'exposition à un risque important n'était pas constituée¹⁵.

Dans le cadre du jugement rendu en 2008, malgré les faits de cette affaire, la procureure s'était opposée à une peine d'emprisonnement avec sursis au moment de la détermination de la peine en première instance et a requis une peine d'emprisonnement ferme. À cette fin, la procureure avait notamment demandé au tribunal de ne « pas retenir les propos du [médecin traitant] à l'effet que le succès ou non de la nouvelle médication dépend[ait] de l'incarcération ou non de l'accusée ». La femme participait alors à un essai clinique qui lui donnait accès à des médicaments requis par son état de santé mais non disponibles à la population en général. La procureure avait aussi demandé que la femme soit inscrite au registre des délinquants sexuels.

Le Tribunal avait néanmoins jugé qu'il fallait tenir compte de l'état de santé de l'accusée et avait décidé que « pour des raisons hautement humanitaires, une peine d'emprisonnement dans la collectivité s'impose »¹⁶.

6. Considérations quant au plaignant

¹³ R. c. D.C., Cour du Québec, 14 février 2008, 505-01-058007-051.

¹⁴ 2010 Q.J. No. 13599. Une demande d'autorisation d'appel est actuellement pendante devant la Cour suprême.

¹⁵ R.c. D.C, 2012, SCC 48

¹⁶ R. c. D.C., Cour du Québec, 8 juillet 2008, 505-01-058007-051

Recommandation

Le procureur prend en compte la sensibilité du plaignant, le traumatisme vécu par celui-ci et l'importance de protéger le plus possible sa vie privée. Il garde en tête les impacts d'une divulgation publique de la séropositivité d'une personne.

Le procureur peut entre-autres informer le plaignant que toute information fournie au procureur ou à la police, verbale ou écrite, devra être dévoilée à la défense.

Lorsqu'il décide de s'adresser aux médias ou au public, le procureur s'assure de le faire d'une façon sobre et dépourvue de passion.

Explication

De par leur nature, les poursuites concernant la non-divulgation du VIH ou d'autres ITSS impliquent des détails concernant la vie sexuelle des plaignants. La révélation publique de certains détails, dont le statut sérologique, peut avoir un effet dévastateur pour le plaignant ainsi qu'avoir des répercussions sur la volonté d'autres témoins de fournir de l'information.

Ceci est d'autant plus vrai que les poursuites concernant la non-divulgation du VIH ont tendance à attirer l'attention du public et des médias, ainsi qu'à engendrer des opinions fortes et variées.

ANNEXE

LA DIRECTIVE

NON-DIVULGATION DU VIH OU D'UNE AUTRE ITSS DANS LE CADRE DE RELATIONS SEXUELLES

PRÉAMBULE

Cette directive s'applique aux poursuites basées sur des allégations de non-divulgence du virus de l'immunodéficience humaine (VIH) ou d'une autre infection transmissibles sexuellement et par le sang (ITSS) avant un rapport sexuel.

Les points 1 à 5 sont aussi applicables aux poursuites concernant une exposition dans un contexte autre que sexuel, avec les adaptations nécessaires.

1. **[Remise en liberté]** - En l'absence de sérieuses préoccupations pour la santé publique qui ne peuvent être adressées autrement, le procureur consent à la remise en liberté des personnes accusées de non-divulgence du VIH. Le procureur ne s'oppose à la remise en liberté que dans de rares situations.

2. **[Preuves scientifiques/médicales et experts]** - Il est du rôle du procureur de s'assurer que:
(i) les poursuites soient éclairées par des données médicales/scientifiques complètes, exactes et intelligibles qui reflètent de façon adéquate les connaissances actuelles en matière de VIH/sida ou autres ITSS, (ii) les preuves scientifiques/médicales ne soient présentées avec ni plus ni moins que leur force et effet légitimes, et (iii) que les preuves médicales/scientifiques soient produites par des experts qualifiés.

Rapport d'enquête. En plus des éléments prévus à la directive ACC-3, le procureur s'assure que le rapport d'enquête qui lui est soumis contient les éléments suivants pour chacun des rapports sexuels visés par le ou les chefs d'accusation:

- a) le sexe des partenaires,
- b) une description de la nature de l'acte et du rôle de chaque partenaire,
- c) la présence ou non d'une éjaculation,
- d) l'usage ou non de condoms,
- e) si des tests d'ITSS ont été passés, les résultats,
- f) dans les cas où le plaignant est un homme, si celui-ci est circoncis ou non,
- g) dans le cas du VIH, les résultats des tests de charge virale au moment des faits allégués,
- h) l'historique médical de la personne infectée.

Rapport d'expertise scientifique/médicale. Préalablement au choix des accusations, le procureur obtient un rapport d'expertise scientifique/médicale. À cette fin, le procureur fournit à l'expert le dossier factuel nécessaire (incluant les éléments du rapport d'enquête listés ci-dessus) afin que celui-ci formule une opinion éclairée pour chaque rapport sexuel concerné. Le procureur demande à l'expert son opinion sur :

- a) le risque de transmission du VIH ou d'une autre ITSS relatif à chacun des rapports sexuels cités dans le ou les chefs d'accusation,
- b) les lésions corporelles associées à l'infection, basée sur le taux de mortalité liée à l'infection,
- c) la preuve de transmission, si la transmission est alléguée.

Choix de l'expert. Le procureur choisit l'expert scientifique/médical parmi *[une liste préalablement établie. (Note : liste à être établie, et tenue à jour, par le directeur et la Direction de la santé publique)]* OU *[le personnel d'une unité hospitalière de recherche, d'enseignement et de soins sur le sida du Québec (UHRESS)].*

Divulgarion du rapport d'expertise. Le procureur divulgue le plus tôt possible le contenu du rapport d'expertise scientifique/médicale à la défense, conformément à la Partie 1 des directives du directeur (Orientations et mesures du ministre de la Justice).

- 3. [Décision d'autoriser une poursuite]** - La décision du procureur d'autoriser une poursuite doit être prise à la lumière des principes énoncés tant dans la Partie 1 des directives du directeur (Orientations et mesures du ministre de la Justice) qu'en vertu de la directive ACC-3. Ceci signifie notamment que le procureur doit prendre une décision « dans une atmosphère dénuée de passion » (Partie 1, point 2) et, une fois le seuil de l'autorisation franchi, demeurer objectif et maintenir son ouverture d'esprit afin d'éviter les erreurs judiciaires (ACC-3, point 2).

Le procureur doit mettre de l'avant des preuves médicales/scientifiques établissant que le ou les rapports sexuels ont engendré une possibilité réaliste de transmission du VIH et, si celle-ci est alléguée, une transmission. À cette fin, le procureur obtient un rapport d'expertise scientifique/médicale se conformant au point 2 (Preuve scientifiques/médicales et experts) avant d'autoriser une poursuite.

Le procureur obtient l'autorisation préalable du procureur en chef avant d'autoriser une poursuite pour non-divulgarion du VIH ou d'une autre ITSS. Le procureur en chef conserve une liste à jour de ces autorisations et la fournit annuellement au directeur.

Critères relatifs à la suffisance de la preuve

Lorsqu'il évalue les critères relatifs à la suffisance de la preuve, le procureur porte une attention particulière aux éléments suivants :

- a) La connaissance de l'accusé de son infection: le procureur doit établir que l'accusé savait qu'il avait le VIH ou une autre ITSS. Cette connaissance proviendra presque toujours de la communication, par un professionnel de la santé, d'un résultat positif d'un test de dépistage.
- b) La connaissance de l'accusé des risques de transmission : le procureur doit aussi déposer des preuves permettant d'établir que l'accusé comprenait que le ou les rapports sexuels concernés comportaient une possibilité réaliste de transmission du VIH..
- c) Preuve des rapports sexuels: il n'est pas rare qu'il n'existe pas de preuves indépendantes des détails des rapports sexuels. Le procureur porte une attention particulière aux facteurs objectifs pouvant affecter la crédibilité du plaignant et de l'accusé.
- d) Preuve de la non-divulgarion : il n'est pas rare qu'il n'existe pas de preuves indépendantes des communications entre le plaignant et l'accusé. Le procureur porte une attention particulière aux facteurs objectifs pouvant affecter la crédibilité du plaignant et de l'accusé. Dans certains cas, des preuves indépendantes corroborent la divulgation ou encore une

connaissance autre de l'infection par le plaignant (rapports médicaux ou de counselling, connaissance par amis, famille ou professionnels).

- e) Preuve scientifique/médicale du risque de transmission: le procureur n'autorise pas de poursuite lorsque l'opinion contenue dans le rapport d'expertise scientifique/médicale (voir le point 2 [Preuve scientifiques/médicales et experts]) n'établit pas de possibilité réaliste de transmission du VIH.

Le procureur n'autorise pas de poursuites quant aux situations suivantes, scientifiquement reconnues comme ne comportant pas de possibilité réaliste de transmission du VIH, à moins d'une opinion à l'effet contraire dans le rapport d'expertise scientifique/médicale obtenu conformément au point 2 (Preuve scientifiques/médicales et experts):

- i) port de condom,
 - ii) bris de condom, lorsque la personne infectée a divulgué après le bris,
 - iii) la personne infectée a une charge virale indétectable,
 - iv) relations orales, qu'elles aient été données ou reçues par la personne infectée,
 - v) toute activité sexuelle scientifiquement reconnues comme ne comportant qu'un risque faible ou négligeable de transmission.
- f) Le consentement : le procureur doit établir que le plaignant n'aurait pas consenti s'il avait connu le statut sérologique de l'accusé. Dans les situations où le plaignant et l'accusé ont continué à avoir des rapports sexuels après une divulgation par l'accusé, le procureur porte une attention particulière à la présence de preuves indiquant que le plaignant a consenti, après la divulgation, à des comportements sexuels similaires à ceux ayant eu lieu avant la divulgation.
- g) Allégation de transmission : lorsqu'il allègue une transmission, le procureur dépose des preuves pour établir celle-ci. Ceci inclut des preuves quant aux rapports sexuels antérieurs du plaignant, afin de déterminer si l'infection d'une autre personne peut être la source de l'infection.

Critères relatifs à l'opportunité de poursuivre (intérêt public)

En plus des facteurs listés au point 10 de la directive ACC-3, le procureur considère les critères d'intérêt public suivant pour décider de l'opportunité de poursuivre :

- a) Le plaignant n'a pas été infecté par le VIH ou une autre ITSS,
- b) La non-divulgation était un incident isolé et il n'y a pas de preuves suggérant un historique de non-divulgation ayant exposé des partenaires sexuels à une possibilité réaliste de transmission du VIH,
- c) La possibilité d'un déséquilibre de pouvoir au sein d'une relation intime où l'accusé est dans une position de vulnérabilité,
- d) La présence de preuves suggérant que la décision d'un conjoint/époux de porter plainte est motivée par une tentative de contrôle de l'autre, ou s'inscrit dans un pattern de menaces, intimidation, violence ou vengeance,
- e) La présence de difficultés ou de troubles au niveau de la santé mentale de l'accusé,
- f) La volonté de la personne infectée de se prévaloir de services d'accompagnement et de développement de stratégies de dévoilement auprès des partenaires sexuels, ainsi que la disponibilité de tels services,

- g) Les conséquences disproportionnées que peuvent avoir une poursuite et déclaration de culpabilité pour la personne concernée, particulièrement les risques de l’incarcération sur sa santé et sécurité,
- h) L’écoulement d’une longue période de temps lorsque d’anciens partenaires sexuels refont surface en alléguant une non-divulgateion.

4. **[Négociation de plaidoyer]** - La négociation de plaidoyer doit se tenir à la lumière des principes énoncés tant dans la Partie 1 des directives du Directeur (Orientations et mesures du ministre de la Justice) qu’en vertu de la directive PLA-1. Ceci signifie notamment de ne consentir à l’enregistrement d’un plaidoyer de culpabilité sur une infraction que si elle est révélée par la preuve.

En ce qui concerne les accusés non représentés, le procureur porte une attention particulière à s’assurer qu’un accusé vivant avec le VIH comprenne les implications de l’enregistrement d’un plaidoyer de culpabilité, incluant les implications d’une inscription au registre national des délinquant sexuels lorsque applicable.

Le procureur divulgue à la défense le rapport d’expertise scientifique/médicale obtenu conformément au point 2 (Preuves scientifiques/médicales et experts) avant de s’engager dans une négociation de plaidoyer.

5. **[Détermination de la peine]** - Le procureur privilégie une peine parmi les moins sévères pour l’infraction concernée lorsqu’il n’y a pas de preuve de transmission du VIH.

Le procureur prend en compte la santé d’un contrevenant vivant avec le VIH au moment des représentations sur sentence, ainsi que les impacts négatifs que peut avoir l’incarcération sur sa santé et sécurité.

6. **[Considérations quant au plaignant]** - Le procureur prend en compte la sensibilité du plaignant, le traumatisme vécu par celui-ci et l’importance de protéger le plus possible sa vie privée. Il garde en tête les impacts d’une divulgation publique de la séropositivité d’une personne.

Le procureur peut entre autres informer le plaignant que toute information fournie au procureur ou à la police, verbale ou écrite, devra être dévoilée à la défense.

Lorsqu’il décide de s’adresser aux médias ou au public, le procureur s’assure de le faire d’une façon sobre et dépourvue de passion.

COMMENTAIRES

Les poursuites concernant la non-divulgateion du VIH ou d’une autre ITSS à un partenaire sexuel sont complexes et doivent être conduites avec modération et discernement. Ceci est d’autant plus vrai pour le VIH, vu la complexité et la nature évolutive de la science concernant cette infection et ses modes de transmission.

Associer toute non-divulgateion du VIH ou d’une autre ITSS à une absence de consentement reviendrait à ignorer le test établi par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Mabior*.¹⁷ Ceci

¹⁷ *R.c. Mabior, 2012 SCC 47 ; R.C. D.C., 2012 SCC 48*

signifierait aussi ignorer les facteurs scientifiques et médicaux complexes qui doivent être pris en compte pour évaluer objectivement si un rapport sexuel comporte une possibilité réaliste de transmission du VIH.

La prévention du VIH et des autres ITSS est une question de santé publique. En vertu de la Loi sur la santé publique, les autorités de santé publiques du Québec veillent à la protection de la santé de la population et la mise en place de conditions favorables au maintien et à l'amélioration de l'état de santé et de bien-être de la population. Elles détiennent l'expertise pour ce faire. Les procureurs doivent faire attention de ne pas tenter des poursuites de façon à nuire aux stratégies de santé publique visant à réduire l'épidémie du VIH, ou de façon à renforcer les préjugés et les craintes irrationnelles envers le VIH.

Au Québec, l'épidémie affecte de façon disproportionnée les personnes socialement et économiquement marginalisées. De plus, une fois diagnostiquée, une personne doit faire face à une forte stigmatisation et souvent à divers incidents de discrimination. Malgré cela, lorsqu'elles reçoivent le support nécessaire, les personnes vivant avec le VIH prennent généralement les mesures nécessaires pour prévenir la transmission à leurs partenaires sexuels. Le recours au droit criminel doit être réservé aux comportements les plus répréhensibles.

Bien qu'il n'existe toujours pas de cure à l'infection au VIH, celle-ci n'est plus la sentence de mort qu'elle était au moment où la Cour suprême a rendu son premier arrêt relatif à la criminalisation.¹⁸ La compréhension et les connaissances liées au VIH et à ses modes de transmission ont considérablement évoluées au cours des 30 dernières années. Depuis plus de 10 ans, le VIH est considéré médicalement une maladie chronique et gérable. Une personne vivant avec le VIH et ayant accès à des antirétroviraux peut maintenant s'attendre à mener une vie normale, tant en terme de longévité qu'en terme de qualité de vie.

¹⁸ *R.c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371.