Zeitschrift: Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie SAK = Criminologie / Groupe Suisse de Criminologie GSC = Criminologia / Gruppo Svizzero di Criminologia GSC

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 29 (2012)

Artikel: Transmission du VIH et traitement de l'information : une tentative d'analyse économique de l'art. 231 CP

Autor: Bridel, Pascal / Dongois, Nathalie

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-1051573

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 16.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Transmission du VIH et traitement de l'information : une tentative d'analyse économique de l'art. 231 CP

PASCAL BRIDEL
Prof., Dr. en économie politique, Université de Lausanne

NATHALIE DONGOIS
Maître d'enseignement et de recherche, Dr. iur., Université de Lausanne

Table des matières

Résumé 40
Zusammenfassung 40
1. Introduction 41
2. Comment rétablir la symétrie de l'information ? 44
   2.1 Remarques liminaires 44
   2.2 Les problèmes concrets que pose l'article 231 CP 45
   2.3 Analyse économique de l'application de l'article 231 CP 47
3. Comment compter sur une responsabilisation généralisée des agents ? 49
   3.1 Remarques liminaires 49
   3.2 Le consentement du partenaire séronégatif à des relations sexuelles non protégées avec un partenaire séropositif est-il un facteur de responsabilisation des agents voire d'efficience de la norme ? 50
   3.3 Un dépistage obligatoire pourrait-il être efficient ? 52
4. De nouvelles solutions envisageables au regard des progrès thérapeutiques ? 54
   4.1 Remarques liminaires 54
   4.2 L'incidence de l'évolution thérapeutique sur la qualification juridique du VIH et l'applicabilité de l'article 231 CP 55
   4.3 Analyse économique de ce nouvel élément : l'indétectabilité du VIH, un nouvel incitatif extra-légal qui change l'efficience de la norme ? 57
5. Conclusion 61

Résumé

Cette contribution vise à analyser l'article 231 CP (propagation d'une maladie de l'homme, VIH), en utilisant des techniques de l'analyse économique notamment la théorie de l'information dans une transaction bilatérale. Dans le cadre de relations sexuelles non protégées entre deux agents, si la séropositivité de l'un n'est pas connue de l'autre, l'inégalité des dotations informationnelles de chacun des échangistes introduira une inégalité supplémentaire dans la répartition des gains de l'échange entre les deux agents : l'un des deux partenaires court en effet un risque qu'il ignore et, de plus, l'externalité sociale des risques de contagion ne peut pas non plus être prise en compte lors de la décision d'entretenir des relations non protégées. Partant de ce constat, les questions de l'asymétrie informationnelle, de la responsabilisation des agents et du conflit entre les défenseurs de la santé publique et ceux de la sphère privée des séropositifs seront successivement traitées avant de tenter de chercher des solutions au regard des nouvelles données thérapeutiques, puis de conclure.

Zusammenfassung

Dieser Beitrag beabsichtigt eine Analyse von Art. 231 StGB (Verbreiten menschlicher Krankheiten, HIV), indem Techniken der ökonomischen Analyse, insbesondere die Informationstheorie im zweiseitigen Austausch. Im Rahmen ungeschützter sexueller Kontakte zwischen zwei Personen führt der Informationsvorsprung des einen zu einem zusätzlichen Ungleichgewicht bei der Gewinnverteilung im Austausch zwischen den beiden Partnern, wenn dem einen nicht bekannt ist, dass der andere HIV-positiv ist: Einer der beiden geht ein Risiko ein, von dem er überhaupt keine Kenntnis hat. Darüber hinaus kann er auch die externen sozialen Ansteckungsrisiken im Zeitpunkt der Entscheidung zum ungeschütztem Geschlechtsverkehr, nicht berücksichtigen. Ausgehend von dieser Feststellung werden nacheinander diskutiert die Asymmetrie der Information, die Verantwortung der Handelnden und der Konflikt zwischen einerseits dem Schutz der Volksgesundheit und andererseits dem Anrecht auf Privatsphäre von HIV-positiven Menschen behandelt. Versucht wird schliesslich, angesichts der neuen Therapiemöglichkeiten eine Lösung zu finden und Schlussfolgerungen zu ziehen.

1. Introduction

L'analyse économique du droit (*Law and Economics*) se propose d'appliquer les outils usuels de la théorie économique aux questions relevant habituellement de la discipline juridique. On pourrait la définir comme la poursuite de l'application systématique de certaines hypothèses théoriques (choix rationnel, maximisation de l'utilité, théorie de l'échange, mécanismes incitatifs, etc.) et des critères de jugement (notion d'équilibre, optimalité, efficience, etc.) de l'économiste à l'explication et, surtout, à l'évaluation des règles juridiques.

En d'autres termes, l'analyse économique du droit cherche à décloisonner les disciplines juridique et économique en examinant les rapports entre la règle de droit (basée en amont sur un principe de justice) avec le principe d'efficience[1] derrière le calcul économique. En particulier, et dans la perspective de la question discutée dans cet article, l'analyse économique du droit cherche à évaluer l'efficience des incitatifs fournis par une règle de droit[2] à travers une appréciation de ses capacités à modifier le comportement des acteurs et à apprécier les conséquences d'un dispositif juridique sur le bien-être collectif d'une société. Cette tension entre règles et comportements permet aussi de conceptualiser la manière dont les agents se saisissent d'une règle de droit pour en faire le support de leur comportement (ou de la modification de leur comportement). La seule existence d'une obligation juridique de faire ou de ne pas faire quelque chose (par exemple de ne pas avoir des relations non protégées pour un agent séropositif) ne saurait entraîner son application immédiate par l'agent. Conformément à l'hypothèse de rationalité de la théorie économique, et compte tenu de ses préférences, de sa plus ou moins grande aversion au risque et des contraintes économiques et juridiques de l'environnement dans lequel agit l'agent, l'application de la règle est conditionnée par un processus de calcul rationnel visant à permettre à

---

1 L'efficience ne doit pas être confondue avec l'efficacité qui ne mesure que l'atteinte d'un objectif sans précision des moyens utilisés. L'efficience implique un rapport entre le résultat obtenu et les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif.

2 Ce courant analytique trouve naturellement son origine chez Jeremy Bentham à la fois grand juriste et père de l'utilitarisme. Pour ce courant, les individus ne respectent les lois que dans le cadre d'un comportement maximisant la satisfaction individuelle et non par respect d'une règle normative. Ces règles positives ne sont que des instruments incitatifs qui orientent les comportements individuels et déterminent la nature et les résultats des interactions sociales.

l'individu de maximiser son utilité individuelle (ou, plus largement, son bien-être).

D'un point de vue pénal, la transmission du VIH par voie sexuelle est traitée principalement – voire exclusivement selon les pays – par la condamnation de l'auteur, du fait que par des relations non protégées, il a causé une atteinte à l'intégrité physique d'une victime[3]. Seul l'auteur est punissable pour la conséquence dommageable de son comportement sexuel vis-à-vis de son partenaire qui est alors perçu comme une victime. Pourtant, la nécessité d'une politique de prévention visant à responsabiliser les *deux* partenaires d'une relation sexuelle est largement admise. En cas de transmission du VIH par voie sexuelle, la Suisse sanctionne l'auteur sur la base de l'infraction de lésions corporelles graves (intentionnelles ou par négligence, respectivement art. 122 et 125 al. 2 CP) – visant donc l'intégrité corporelle d'une personne. En ce sens, elle s'aligne sur la pratique de ses voisins. Mais elle s'en différencie, en retenant en concours la punissabilité de l'auteur pour l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme (231 CP) qui vise quant à elle la santé publique. Si la prise en compte de l'atteinte à ces deux biens juridiquement protégés distincts que sont d'une part, l'intégrité corporelle d'une personne, d'autre part, la santé publique est adéquate à la situation, la portée de ce traitement pénal en termes de politique de prévention n'en demeure pas moins discutable.

En utilisant un certain nombre de techniques d'analyse économique du droit (notamment la théorie du traitement de l'information par les agents impliqués dans une telle relation), cette contribution vise à évaluer la capacité du dispositif législatif suisse à maîtriser la propagation du VIH et, accessoirement, à sanctionner une transmission du virus. En se référant à la théorie de l'information dans une transaction bilatérale, on se concentrera sur l'article 231 CP (propagation d'une maladie de l'homme). Dans tout échange librement consenti entre deux agents, il importe que la qualité du bien ou de la prestation échangée soit connue et vérifiable par les

[3] La question de savoir si cet auteur connaissait sa séropositivité et le risque pris alors ou non se règle juridiquement par l'admission d'une infraction intentionnelle (si la réponse est positive) ou par négligence (si la réponse est négative). En outre, lorsque l'auteur connaissait sa séropositivité mais qu'il n'a pas transmis le virus bien qu'il ait eu des relations sexuelles non protégées avec son ou sa partenaire, sa punissabilité passe par l'admission d'un cas de tentative. Pour des cas de délit impossible de lésions corporelles graves intentionnelles (122 CP) et de propagation d'une maladie de l'homme intentionnelle (231 al. 1 CP), voir les arrêts du TF : 6S-358/2003, 8B-808/2009.

deux parties (absence d'asymétrie informationnelle). En termes plus techniques, le niveau d'information respectif de chacun des échangistes sur l'objet de l'échange est intégré à leurs dotations initiales. Comme toute modification des dotations initiales conduit au terme de l'échange à un optimum de Pareto[4] différent, et donc à une répartition différente des dotations finales et des gains de l'échange entre les échangistes, une asymétrie informationnelle exagérée favoriserait l'un des échangistes[5] (au risque même de rendre l'échange impossible).

Dans le cadre de relations sexuelles non protégées entre deux agents, si la séropositivité de l'un n'est pas connue de l'autre, l'inégalité des dotations informationnelles de chacun des échangistes introduira une inégalité dans la répartition des gains de l'échange entre les deux agents : l'un des deux partenaires court en effet un risque qu'il ignore et, de plus, l'externalité sociale des risques de contagion ne peut pas non plus être prise en compte lors de la décision d'entretenir des relations non protégées. Un degré élevé d'asymétrie informationnelle peut ainsi empêcher les agents d'épuiser toutes les possibilités d'amélioration de leur bien-être individuel et collectif au sens de Pareto, voire de conduire à l'impossibilité de tout échange. Partant de ce constat, les questions de l'asymétrie informationnelle, de la responsabilisation des agents ou de l'utilité d'un dépistage obligatoire par exemple seront traitées avant de tenter de chercher des solutions au regard des nouvelles donnes thérapeutiques, puis de conclure.

---

4 Une situation est dite Pareto efficiente lorsqu' aucun des deux échangistes ne peut améliorer son utilité ordinale sans porter atteinte à celle de l'autre échangiste. Compte tenu des dotations initiales de chacun des agents, une telle situation garantit un optimum de l'utilité sociale entendue comme la somme de l'utilité individuelle que chaque agent retire de la transaction.

5 En termes juridiques, un contrat léonin passé et exécuté entre deux agents « inégaux » et un contrat entre deux agents rigoureusement « égaux » aboutissent l'un et l'autre à un optimum de Pareto. Dans les deux cas, aucun des agents ne peut améliorer son bien-être sans diminuer celui de l'autre ; mais la répartition des gains de l'échange en termes de dotations finales et de bien-être est évidemment totalement différente. Dans un premier temps, l'économiste est intéressé au premier chef par l'efficience du mécanisme de l'échange (et non par son équité).

2. Comment rétablir la symétrie de l'information ?

2.1 Remarques liminaires

L'idée initiale est simple. Dans tout échange, il ne devrait pas – idéalement – y avoir d'asymétrie informationnelle entre les deux échangistes. En effet, en cas d'asymétrie (comme sur le marché des voitures d'occasion par exemple[6]), l'échangiste « informé » pourrait améliorer son gain résultant de l'échange au détriment de l'autre échangiste. On peut alors aisément imaginer qu'une asymétrie informationnelle élevée rendrait tout échange impossible, privant ainsi les deux agents du gain de l'échange avorté (quelle que soit du reste l'inégalité initiale dans la répartition de ce gain entre eux). S'agissant de relations sexuelles non protégées, le risque que le partenaire séropositif ne révèle pas son statut sérologique consacre cette asymétrie informationnelle et est susceptible de se traduire par une renonciation à toute relation[7]. En effet, la séropositivité de l'un ou de l'autre des partenaires est une information décisive dans leur décision d'avoir ou non des relations non protégées ; il convient d'autant plus de pallier une telle asymétrie informationnelle que des relations sexuelles non protégées dans pareil cas auraient non seulement des conséquences individuelles dramatiques pour l'autre partenaire mais également des conséquences sociales en terme de propagation du VIH (des externalités négatives en jargon économique).

Il s'agit donc de rechercher, de concevoir, de susciter un incitatif (règlementaire ou non) qui permette d'orienter le comportement des deux échangistes de manière à épuiser toutes les possibilités d'échange (les

---

6 Ce n'est qu'à partir des années 1970 que les économistes ont commencé à explorer systématiquement les conséquences de cette hypothèse d'une information asymétrique des agents sur l'objet de l'échange. Depuis Akerlof (1970), l'exemple du *market for lemons* sur lequel le vendeur d'une voiture d'occasion en sait beaucoup plus que l'acheteur sur l'état réel du véhicule est bien connu des économistes. En matière contractuelle, on pourrait facilement assimiler la décision d'avoir un rapport sexuel à la conclusion d'un contrat innommé dans lequel l'une des parties détient une information décisive sur les effets du contrat que l'autre ignore (197 CO).

7 Par souci de simplification, les auteurs renoncent à introduire explicitement dans leur argument la difficile problématique de la définition et de la variabilité de l'aversion au risque des agents. Ils se contentent de postuler très grossièrement et d'une manière simpliste une relation inverse entre le niveau de l'information des agents et ce degré d'aversion au risque. Les travaux de Jean-Jacques Laffont et Jean Tirole sont évidemment une référence classique à cette question.

améliorations de bien-être au sens de Pareto) qui leur sont individuellement (et collectivement) favorables. En d'autres termes, il s'agit de mettre en place un mécanisme permettant la correction de cette asymétrie informationnelle. Le déficit d'information (et le moyen de le résoudre) subi par une partie à un rapport sexuel qui ignore le statut sérologique de l'autre (que celui-ci connaisse ou non sa séropositivité) est l'idée maîtresse de cette contribution[8].

2.2 Les problèmes concrets que pose l'article 231 CP

Lorsqu'un individu se sachant atteint par le VIH entretient des relations sexuelles non protégées avec un ou une partenaire sans l'en informer, il se rend coupable de propagation d'une maladie de l'homme (231 al. 1 CP), en concours avec des lésions corporelles graves intentionnelles (122 CP). Le dol éventuel suffit[9]. Si l'individu ne se sait pas contaminé, on pourrait lui reprocher une propagation d'une maladie de l'homme par négligence (231 al. 2 CP), cette infraction pouvant alors entrer en concours avec des lésions corporelles par négligence (125 CP).

Ainsi, le législateur a prévu la punissabilité de celui qui agit tant intentionnellement (231 al. 1 CP) que par négligence (231 al. 2 CP). Le législateur a prévu une peine un peu plus sévère si l'auteur a agi par bassesse de caractère. Une personne se sachant séropositive et qui entretient des rela-

8 Le fait qu'un agent séronégatif ne connaisse pas un élément essentiel (son partenaire est porteur du virus) crée comme on l'a vu une asymétrie informationnelle telle que la victime ne peut pas apprécier efficacement le risque encouru. Dans un arrêt thurgovien de 1993 (RBOG, 1993, n°11, 91), le juge a réfuté la thèse du consentement, qu'il ne jugeait pas éclairé, à tout le moins lorsque la victime n'a pas explicitement donné son accord en sachant que son partenaire était infecté.

9 Cela s'est vérifié s'agissant d'un cas de transmission du VIH par voie sexuelle non protégée. En effet, pour le TF, « Etant donné que la personne séropositive, lors de chaque rapport sexuel non protégé, est consciente que sa partenaire peut être contaminée, elle accepterait le résultat de l'infraction pour le cas où il se produirait ; peu importe qu'elle approuve ce résultat, qu'elle le considère comme raisonnable ou qu'il lui soit indifférent ». Cf. ATF 125 IV 242 (cons. 3 a). Cette acception large du dol éventuel en cas de transmission du VIH par un auteur dès lors qu'il connaissait sa séropositivité peut être discutée : en effet, considérer que la simple conscience du risque de transmission suffit pour admettre l'intention alors que le risque de transmission se chiffre en pour mille peut être jugé excessif. Cf. Stratenwerth G./Bommer F., Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II (Straftaten gegen Gemeineninteressen), 6ème éd., Berne, 2008, § 31, n°13.

tions sexuelles non protégées dans le but de transmettre le VIH ferait preuve d'une intention particulièrement malveillante et mériterait donc une peine plus lourde, une telle volonté de nuire augmentant la gravité de sa faute. Si la punissabilité est également prévue pour les cas de propagation par négligence, un seul cas d'application de l'art. 231 al. 2 CP a été recensé dans une étude ayant porté sur les 39 procédures déclenchées en Suisse[10] dans des cas de transmission du VIH par voie sexuelle de 1990 à 2009. En effet, dans un arrêt récent[11], le TF a appliqué les articles 231 al. 2 et 125 al. 2 CP en concours à l'encontre d'un auteur ayant transmis le VIH à sa partenaire au motif que ce dernier avait antérieurement eu des relations sexuelles non protégées avec une personne séropositive et que, ayant eu connaissance du statut sérologique de cette ancienne compagne, il a négligé de faire lui-même un test de dépistage, a entretenu des relations sexuelles non protégées avec une autre partenaire sans l'informer des dangers potentiels qu'elle encourait en conséquence. Dès lors, le TF a considéré que ledit auteur avait outrepassé le risque admissible et avait donc agi par imprévoyance coupable au sens de l'article 12 al. 3 CP. Cet unique cas d'admission d'une négligence s'explique donc par une situation précise dont il faut déduire que l'auteur en connaissant les risques relatifs à sa virémie a négligé de se comporter comme il l'aurait dû. Dans ce cas, il est vrai que le risque d'avoir contracté le VIH était important eu égard aux relations sexuelles antérieures non protégées qu'il avait entretenues avec une personne alors séropositive. La connaissance de ce risque ajouté au fait qu'il n'a pas pris les précautions qui s'imposaient dans ses relations sexuelles à venir a eu pour conséquence que le juge a considéré qu'il avait outrepassé le risque admissible et l'a condamné pour propagation d'une maladie de l'homme par négligence (231 al. 2 CP). Dans les autres cas où l'auteur ignore son statut sérologique mais n'a pas de raisons particulières de se penser séropositif, on a vu que la négligence n'était en principe pas retenue, comme si dans pareil cas l'imprévoyance ne pouvait être qualifiée de coupable. Cela montre aussi et surtout que l'application potentielle de cette disposition n'a pas eu l'effet incitatif escompté. Faute de respon-

---

10 En Suisse, deux juristes ont analysé les peines en rapport avec le VIH ou le sida prononcées par les tribunaux cantonaux et le TF de 1990 à 2009. Pärli K./Moesch P., Strafrechtlicher Umgang bei HIV/Aids in der Schweiz im Lichte der Anliegen der HIV/Aids-prävention: Status quo, Reflexion, Folgerungen, NF 13DPD3-118107/1: http://www.snf.ch/SiteCollectionDocuments/medienmittelungen/mm_180909_NF-HIV-Strafrecht-Schlussbericht.pdf.

11 ATF 134 IV 193.

sabilisation des agents face à la nécessité de se faire dépister, le juge n'a pu que très difficilement admettre le caractère coupable de l'imprévoyance des agents ne connaissant pas leur séropositivité.

Quand l'auteur se sait séropositif, qu'il entretient des relations sexuelles non protégées avec son ou sa partenaire sans qu'il y ait pour autant contamination ou lorsqu'il existe un doute quant à l'origine de la contamination du ou de la partenaire, la tentative est alors envisageable[12] . Dans le cas où l'auteur ignorait sa séropositivité, seule l'application de l'article 231 al. 2 CP (en concours avec l'article 125 CP) serait envisageable car dès qu'il en a connaissance, il peut être condamné sur la base de 231 al. 1 CP, c'est-à-dire par intention, puisque le dol éventuel suffit[13]. D'un point de vue théorique, l'article 231 al. 2 CP se justifie par l'effet dissuasif qui en est escompté. Cependant, en pratique, il s'avère *contre-productif* car nul n'a intérêt à connaître son statut sérologique dans la mesure où l'ignorance le met à l'abri d'une application de l'article 231 al. 1 CP pour propagation d'une maladie de l'homme, de manière intentionnelle, qui prévoit une peine plus sévère que celle assortissant l'article 231 al. 2 CP pour la même infraction lorsqu'elle est commise par négligence, voire le met à l'abri de toute répression pénale pour cette propagation dans la mesure où l'article 231 al. 2 CP n'a été appliqué qu'une seule fois et au regard de circonstances bien particulières.

2.3 Analyse économique de l'application de l'article 231 CP

L'application de l'article 231 CP donne lieu à un système qui permet de punir pénalement la transmission du VIH par voie sexuelle par un agent dès lors qu'il est au courant de sa séropositivité. Dans un tel contexte, connaître sa séropositivité pour un auteur est la condition *sine qua non* de sa punissabilité. Dès lors, le partenaire est incité à ne pas se faire dépister. S'agissant de la personne saine, il est probable que, faisant confiance à l'effet dissuasif de la loi pénale, elle adoptera un comportement plus risqué dans ses rapports avec son partenaire dans l'idée que celui-ci ne prendrait pas le risque d'avoir des relations non protégées s'il peut être pénalement punissable. Ce double constat trouve confirmation au regard de l'analyse économique du droit. En effet, la punissabilité d'un auteur pour

---

12 Rehberg J., Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 2ème éd., 1996, Zurich, 63.

13 Cf. supra, note 11.

propagation intentionnelle d'une maladie de l'homme (231 al. 1 CP) instaure un *aléa moral*, voire une *sélection adverse* dès lors que l'intention peut être prouvée.

D'une manière générale, on dit qu'il y a aléa moral lorsque l'une des parties à un contrat modifie son comportement au détriment des intérêts de l'autre partie, par rapport à la situation qui prévalait avant la conclusion du contrat[14]. Il y aurait même un double aléa moral, les deux agents étant incités à modifier leur comportement et, par là, à augmenter la probabilité de la transmission du virus.

L'auteur n'est aucunement incité à se faire dépister et cette absence d'incitatif doit être d'autant plus déplorée que cela génère des conséquences en terme de transmission de la maladie. La loi pénale a ainsi un effet pervers prononcé car elle conduirait à des résultats contreproductifs et évidemment inefficients : celui qui soupçonne sa maladie mais refuserait de se faire tester risquerait non seulement de contaminer des personnes supplémentaires mais refuserait par la-même de se faire soigner. La législation cherche à encourager la transmission de l'information mais, paradoxalement, au final, elle réduit les chances que cette information voie le jour[15].

En plus de cet aléa moral, le maintien de cette asymétrie pourrait aisément créer une sélection adverse. Alors que l'aléa moral concerne essentiellement l'influence des agents sur les événements aléatoires *après* la signature d'un contrat, la sélection adverse traduit la difficulté pour un agent de distinguer les risques exacts que représente l'individu avec qui il entend contracter[16].

Dans le cas qui nous intéresse, l'asymétrie informationnelle entre deux partenaires sains pourrait semer un doute sur la « nature » exacte du bien échangé ou à échanger. Cela implique une prise de précautions additionnelles dont découlent nécessairement des coûts de transaction supplémen-

---

14 Par exemple, la dégradation du travail d'un employé après la fin de la période d'essai, la modification du comportement d'un époux après le mariage ou la négligence accrue de l'automobiliste qui passe d'une casco partielle à une casco complète.

15 Donald Wittman, Economic Foundations of Law and Organisation, 2006, Cambridge, Cambridge University Press, 239 ss.

16 L'exemple typique est celui d'un banquier qui cherche à sélectionner les « bons emprunteurs » en augmentant son taux d'intérêt (sélection par les prix). Comme seul l'agent qui n'a aucune intention de rembourser son prêt acceptera des taux prohibitifs, le banquier souffrira d'une sélection adverse et ne prêtera finalement qu'à de mauvais emprunteurs. Le mécanisme de prix ne permet pas de distinguer les bons des mauvais prêteurs.

taires qui diminuent le gain de la transaction pour les deux partenaires. Ces coûts de transaction pourraient prendre une telle importance qu'ils pourraient même provoquer la suspension de toute transaction. Typiquement, les agents sains disposés à entretenir des relations sexuelles non protégées auront tendance à se raréfier – seuls les agents déjà séropositifs seraient alors disposés à entretenir de telles relations (la sélection adverse). La probabilité de la propagation du virus ne serait alors clairement pas diminuée. La solution découlant de l'application de l'article 231CP est donc inefficiente.

3. Comment compter sur une responsabilisation généralisée des agents ?

3.1 Remarques liminaires

Dans toute transaction, il y a deux parties et la qualité du bien échangé dépend – certainement par parts inégales – du comportement des *deux* agents. Dans le cas qui nous intéresse, la responsabilité de la propagation du VIH ne peut donc pas exclusivement être le fait de l'agent séropositif (informé ou non) : l'agent sain a une responsabilité partagée notamment au niveau de la prise de précautions élémentaires dans des relations potentiellement à risque[17]. S'agissant du traitement pénal des cas de transmission de VIH, plusieurs associations dénoncent la stigmatisation des auteurs seuls, considérant qu'une telle pénalisation de la transmission sexuelle du VIH se révèle contre-productive en terme de santé publique : la victimisation desservirait la responsabilisation générale des individus qu'il conviendrait de prendre en compte comme autant d'agents qui décident en toute responsabilité d'entretenir des relations sexuelles protégées ou non et qui doivent, en conséquence, assumer cette décision solidairement[18].

---

[17] En France, le CNS souligne qu'« il est de la plus haute importance que la responsabilisation partagée soit prise en compte dans les procédures judiciaires relatives à la transmission du VIH lors d'une relation sexuelle » (www.cns.santé.fr, 02.11.2009).

[18] Par exemple, pour l'association Sida Deutsche AIDS-Hilfe, la condamnation de Nadja Benaissa peut provoquer « des dégâts dramatiques » en stigmatisant les séropositifs. Cette formulation de l'association Sida Deutsche AIDS-Hilfe a été reprise par de nombreux médias relatant le jugement de condamnation de cette chanteuse allemande, à l'instar du Point : cf. http://www.lepoint.fr/insolite/sursis-pour-une-pop-star-allemande-accusee-de-transmission-du-vih-26-08-2010-1228925_48.php. En France, le

La recherche de l'information du statut sérologique exact d'un partenaire sexuel implique des coûts de transaction qui ne doivent évidemment pas être disproportionnés. Une manière d'éviter les coûts relatifs à la recherche de ces informations reste l'usage de préservatifs. Le recours à cette précaution dans tous les cas de figure (en cas de participation d'agent avéré malsain, ou en cas de non connaissance des statuts sérologiques des partenaires) relève de la responsabilisation des agents. Il s'agit d'un coût de transaction moindre par rapport à la demande de la présentation d'un test de séronégativité. Cela permet ainsi d'éviter par des coûts de transaction raisonnables la perte du gain de coopération et donc l'abandon de la relation.

On note que cette responsabilité partagée entre les deux agents ne dissuade pas les agents de se faire tester, mais ne les incite pas non plus à connaître et à révéler leur statut sérologique. Ainsi, globalement l'influence d'une telle responsabilité partagée sur une hausse ou une baisse de la probabilité de transmission du virus est incertaine. Mais là n'est pas la seule limite à la responsabilisation des agents. Encore faut-il se demander comment appréhender le consentement du partenaire séronégatif à des relations sexuelles non protégées avec un partenaire séropositif.

3.2 Le consentement du partenaire séronégatif à des relations sexuelles non protégées avec un partenaire séropositif est-il un facteur de responsabilisation des agents voire d'efficience de la norme ?

Le consentement de la victime peut, dans certains cas, être pris en compte afin d'écarter la culpabilité de l'auteur. Le fait que la victime ait connu la séropositivité de l'auteur et ait accepté d'avoir des rapports sexuels non protégés ne pourrait avoir pour conséquence d'écarter la culpabilité de l'auteur qu'en ce qui concerne l'infraction des lésions corporelles (122 ou 125 CP). En effet, le consentement de la victime ne peut être pris en compte en tant que fait justificatif extralégal s'agissant de l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme (231 al. 1 ou al. 2 CP) car il s'agit

Conseil national du sida (CNS) prône au titre de la prévention, le principe de la responsabilité partagée considérant que la prévention ne peut pas reposer sur les seules personnes infectées. L'idée soutenue est alors la suivante : les deux partenaires doivent partager les risques et les conséquences de leur comportement sexuel à risque (communiqué de presse du CNS du 8 novembre 2004).

d'une infraction contre la santé publique et non d'une infraction protégeant un intérêt individuel (comme c'est le cas des articles 122 et 125 CP)[19]. Seule une infraction portant sur un intérêt individuel permet à une victime de disposer librement de son intérêt, en en acceptant l'atteinte par exemple. Ainsi, le consentement de la victime pourrait exclure la culpabilité de l'individu qui, se sachant atteint par le VIH, entretient des relations non protégées avec une victime, lorsque cette dernière les a acceptées en connaissance de cause, en ce qui concerne l'atteinte à son intégrité corporelle et non en ce qui concerne l'atteinte à la santé publique. Cette prise de position ne fait toutefois pas l'unanimité. Certains considèrent que l'article 231 CP ne devrait pas être appliqué quand le partenaire (victime) accepte le risque d'une contamination et se protège ensuite[20]. Dans pareil cas, le partenaire aurait consenti librement à sa propre mise en danger et cela relèverait de sa propre responsabilité. En effet, l'infraction réprimée par l'article 231 CP est consommée dès lors qu'il y a un danger, même abstrait, de propagation de la maladie, lequel est admis en cas de transmission d'un individu A vers un individu B par le fait que B ayant été infecté, il s'avère potentiellement contaminant pour autrui[21]. Mais si B décide de se protéger et de n'avoir des relations sexuelles qu'en usant des précautions requises, il évite ainsi toute propagation, de sorte qu'il manquerait un élément constitutif objectif de l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme. Ce raisonnement peut toutefois être contré : d'une part, nul contaminant ne peut être complètement à l'abri de toute transmission ultérieure de sa part, une rupture de préservatif ne pouvant jamais être exclue à 100% ; d'autre part – et peut-être au vu de cet aléa – le TF a pris position sur le débat autour de la distinction entre transmission et propagation en admettant que dès lors qu'il y a eu transmission, il faut admettre la propagation en se fondant sur le fait qu'un risque abstrait suffit pour cela. En outre et surtout, ce raisonnement en se fondant sur la transmission d'un individu – perçu comme un auteur – à un autre – perçu comme une vic-

---

19 En termes économiques, l'infraction contre la santé publique est une externalité négative qui doit être réintégrée par le biais d'un incitatif comme un coût de transaction dans l'échange entre les deux agents consentants. On tire ici aisément un parallèle avec des problèmes de pollution.

20 Kunz Karl-Ludwig, Aids und Strafrecht : die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischen Recht, RPS, 1990, 39 ss.

21 Ainsi, le TF a considéré que « la personne séropositive qui, par un rapport sexuel non protégé, transmet le virus à une autre personne, "propage" au sens de l'article 231 CP une maladie puisqu'il existe un danger pour le moins abstrait (suffisant) que la personne contaminée infecte d'autres personnes » (cons. a.) bb).). cf. ATF 125 IV 242.

time de lésions – déplace le débat justifié au regard de l'atteinte portée à un bien juridique individuel, sur un problème de santé publique où la question centrale est celle de la propagation et non celle de la transmission entre deux individus. Ce glissement trouve sans doute une certaine explication dans l'ambiguïté qu'il y a à admettre une propagation sur la base d'une transmission entre deux individus, sachant que la propagation dépend d'un acte ultérieur de la personne victime de la transmission ayant eu lieu en amont.

Quoi qu'il en soit, le consentement du lésé ne pouvant être admis au titre de fait justificatif extra-légal que s'agissant des lésions corporelles subies et non s'agissant de la propagation d'une maladie de l'homme selon l'article 231 CP, cet acte ne peut être perçu que comme un facteur partiel d'une responsabilisation des agents.

La responsabilisation généralisée des agents peut procéder d'une politique d'information et de prévention. Elle pourrait aussi découler de la répression de l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme par l'effet dissuasif escompté de la norme pénale, comme mentionné précédemment, mais dans ce cas, la punissabilité non seulement ne touche que l'auteur séropositif mais en plus est – sous réserve de la place qu'il convient de reconnaître à la tentative – conditionnée à la contamination de la victime.

Nous avons dénoncé tant l'inefficience de la norme que l'insuffisante responsabilisation des agents. Pourtant ces deux éléments pourraient être favorablement influencés par les progrès thérapeutiques rendant la virémie indétectable, ce qui se traduirait par le fait que le VIH pourrait ne plus être transmissible.

3.3 Un dépistage obligatoire pourrait-il être efficient ?

L'obligation de dépistage et celle d'en divulguer le résultat (théorie du *signalling*) seraient une solution envisageable pour rétablir une symétrie informationnelle entre les deux agents. La première mesure fournit à l'agent potentiellement séropositif une information certaine sur son état de santé ; la seconde permet aux partenaires potentiels d'en être informés. D'une manière générale on distingue le *signalling* du *screening*. Dans le premier cas, les signaux proviennent de l'initiative de l'individu informé (par hypothèse le séropositif) alors que, dans le second cas, le *screening* (ou test) se fait à l'initiative du contractant non informé (par hypothèse le partenaire sain). Dans le cas qui nous intéresse, le *signalling* tout comme

le *screening* dépendent crucialement d'un test de non-séropositivité. Si le séropositif révèle spontanément le résultat de son test il y aura *signalling* ; si le partenaire sain exige la présentation de ce test avant toute relation non protégée et l'obtient, il y aura *screening*.

La démarche de l'analyse économique du droit implique deux conditions principales pour que ce rééquilibrage de l'asymétrie informationnelle ait effectivement lieu. D'une part, il faut que les coûts (et pas uniquement monétaires) soient inférieurs aux bénéfices escomptés. Un tel calcul n'est pas évident et pose même des problèmes d'évaluations empiriques difficiles. D'autre part, il est nécessaire que le signal/*screening* ait une valeur stable, c'est-à-dire que la qualité du test VIH soit considérée comme suffisamment invariable dans le temps ; cela n'est pas évident non plus. En effet, un dépistage effectué durant les semaines qui suivent l'infection, ne permet pas de déceler la séropositivité. Ainsi, un test de dépistage réalisé dans cette période dite de séroconversion donnerait un résultat négatif alors que la personne serait déjà à même de transmettre le virus. Que reprocher à l'auteur qui, avec un test à l'appui, se pense séronégatif alors qu'il est contaminant et qui, entretenant des relations sexuelles non protégées, prend le risque de transmettre le VIH, voire le transmet à son partenaire ? Cette période de séroconversion soulève donc un problème, auquel seul le fait d'imposer non seulement un mais deux tests de dépistage à un certain intervalle pourrait éventuellement remédier[22]. Une telle exigence porterait doublement atteinte à la liberté individuelle. Or, une telle atteinte à la liberté individuelle tend à remettre en cause l'efficience de la norme. Si l'obligation de se soumettre à un dépistage se heurte au principe de la liberté individuelle, elle soulève en outre plusieurs questions. Les unes sont relatives au public cible de cette obligation : faut-il viser tout le monde[23] ou seulement la population dite à risque ? Dans ce dernier cas, sur quels critères déterminer les personnes à risque ? Les autres sont relatives à l'information et à son traitement : comment s'assurer que l'information quant aux statuts sérologiques respectifs des partenaires est fiable (sur quelle durée) et qu'elle est bien partagée? Ainsi, le test universel proposé par certains se heurte à des problèmes insurmontables de fai-

22 Cela n'est en effet pas certain car il faudrait s'assurer que l'auteur n'a pas contracté le virus durant cet intervalle.

23 Par exemple, et contrairement aux recommandations du Conseil national du sida mais en conformité avec celles de la Haute autorité de santé, le 5 octobre 2010, le ministre français de la santé Roselyne Bachelot a suggéré à nouveau une telle généralisation pour les 15-70 ans (mais "sans obligation"…).

sabilité et de coûts évidents[24] et surtout de pertinence tant il est impossible d'assurer par exemple que l'information soit partagée. De surcroît, tous les suivis thérapeutiques possibles n'empêcheront pas le séropositif de mentir sur son état ou même de ne pas se soumettre à cette thérapie.

4. De nouvelles solutions envisageables au regard des progrès thérapeutiques ?

4.1 Remarques liminaires

Une maladie de l'homme dangereuse et transmissible est exigée au titre d'élément constitutif objectif de l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme telle que prévue à l'article 231 CP. Le VIH a été qualifié de maladie de l'homme[25] et ses caractères dangereux et transmissible ont également été admis. Une maladie est qualifiée de *dangereuse* lorsqu'elle comporte un danger de mort ou le risque d'une atteinte grave à la santé[26]. En revanche, il n'est pas nécessaire que la maladie soit incurable ; ainsi, une maladie qui se traite, voire qui se soigne, peut être qualifiée de dangereuse[27]. L'infection par le VIH – qui suppose l'entrée dans la phase II – est de ce point de vue, une maladie dangereuse au sens de l'article 231 CP[28].

La maladie concernée par l'article 231 CP doit, en outre, être *transmissible* et ce, afin d'assurer la propagation qui est l'élément même que

---

24 Le professeur B. Hirschel, en charge de l'Unité VIH/Sida aux Hôpitaux universitaires de Genève souligne l'incertitude importante dans le calcul coût-bénéfice du test obligatoire compte tenu d'un coût marginal très rapidement croissant : « Plus on teste, plus ça coûte de trouver un séropositif de plus ».

25 Pour qualifier l'infection du VIH, le TF a analysé les différentes phases de développement de ce virus. Cf. ATF 116 IV 134. Dans cet arrêt le recourant maintenait que le VIH n'était pas une maladie au sens de 231 CP. Il ressort de cet arrêt que la séropositivité au VIH (deuxième phase du développement) suffit pour admettre qu'il s'agit d'une maladie au sens de l'article 231 CP. Ainsi, une personne se rend coupable, au sens de l'article 231 CP, de propagation d'une maladie de l'homme, concernant précisément la transmission du VIH, même si le SIDA ne s'est déclaré ni chez la personne saine (ATF 116 IV 125 c. 4b ; AG : OG 20.01.1994, AGVE 1994 n°39, 119), ni chez l'individu à l'origine de l'infection.

26 Stratenwerth, BT II, §31 n°4 ; Rehberg, IV, 63.

27 Rehberg, IV, 63.

28 ATF 116 IV 125 ; ATF 125 IV 242 ; Schultz, RSJB 128/1992, 12 ; Rehberg, IV, 63 ; Kunz Karl-Ludwig , AIDS und Strafrecht : Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischen Recht, RPS 107/1990, 39ss, 45s.

réprime cette disposition. La transmission se fait d'une personne à une autre tandis que la notion de propagation suppose que l'infection touche plusieurs personnes, même potentiellement[29]. Le TF a encore précisé qu'il importe peu que le risque de contamination soit de l'ordre de 3‰ par relation non protégée ; peu importe également le nombre de relations sexuelles non protégées entretenues[30].

Toutefois avec l'évolution de la thérapie, le VIH pourrait perdre son caractère transmissible.

4.2 L'incidence de l'évolution thérapeutique sur la qualification juridique du VIH et l'applicabilité de l'article 231 CP

Les effets nouvellement reconnus du traitement antirétroviral chez les agents séropositifs semblent à même de renverser le bien fondé de l'application des dispositions pénales à ces auteurs (autant 231 CP que 122 CP, voire 125 CP). En janvier 2008, des médecins de la Commission fédérale suisse pour les problèmes liés au SIDA (CFS) font savoir qu'une personne séropositive ayant suivi scrupuleusement un traitement antirétroviral (ARV), n'ayant donc plus de virus détectable dans le sang depuis au moins six mois, ne transmet pas le virus par le biais de contacts sexuels, pour autant qu'elle n'ait aucune autre infection sexuellement transmissible[31]. En avril 2009, le Conseil national du SIDA français (CNS) affirmait que « *la mise sous traitement des personnes infectées réduit fortement le risque que ces personnes transmettent le virus par voie sexuelle* »[32], ce que devait confirmer le rapport de France Lert[33] et Gilles

---

29 Cf. ATF 125 IV 242 (cons. 3). Ainsi le TF semble indiquer que la connaissance de l'existence avérée d'un risque de transmission doit être le facteur qui doit primer dans la détermination de l'intention dans pareils cas de figure, sans doute dans le but de responsabiliser l'auteur.

30 ATF 125 IV 242 c.3, ATF 116 IV 125 ; ZH : GG 09.11.1998, RSJ 96 (2000), 114.

31 « Les personnes séropositives ne souffrant d'aucune MST et suivant un traitement antirétroviral efficace ne transmettent pas le VIH par voie sexuelle », Vernazza P./Bernasconi E./Hirsche B./Flepp M., in Bulletin des médecins suisses, I (janvier) 2008, 165 ss.

32 Avis suivi de recommandations sur l'intérêt du traitement comme outil novateur de la lutte contre l'épidémie d'infections à VIH, publié le 9 avril 2009 : http://www.cns.sante.fr/spip.php?article294.

33 Directrice de recherche à l'Inserm.

Pialoux[34] missionnés par la Direction générale de la santé[35]. Dès lors, la question de l'incidence de cette nouvelle sur le traitement pénal des cas dans lesquels une transmission du VIH par voie sexuelle est suspectée se pose pertinemment. Début 2009, la chambre pénale de la Cour de justice de Genève a acquitté une personne séropositive pour avoir entretenu des relations sexuelles non protégées avec des partenaires alors que sa virémie était indétectable et qu'il n'y avait pas eu transmission du VIH, montrant que la non-transmission du VIH dans pareil cas permet d'exclure toute culpabilité pénale en la matière tant sur le fondement de l'article 122 CP que sur celui de l'article 231 al. 1 CP[36]. Dans pareilles situations, *la preuve du caractère indétectable de la virémie est cruciale*. Dans une autre affaire, une personne qui souffrait d'un sida déclaré à la fin 2002 était poursuivie pour tentative de lésions corporelles graves (art. 22 al. 1 CP et 122 CP) et pour tentative de propagation d'une maladie de l'homme (art. 22 al. 1 et 231 al. 1 CP). Cependant, un médecin avait affirmé que sa virémie était devenue indétectable et n'était donc plus contaminante et ce, dès février 2003, à la suite du traitement mis en place. Les résultats de tous les tests effectués entre 2003 et 2006 l'avaient confirmé. Sur ce constat, la Cour avait alors libéré la personne en cause des charges qui pesaient contre elle au regard du doute raisonnable sur l'existence même de sa contagiosité (terme qu'il faut comprendre par transmissibilité, le VIH n'étant pas contagieux)[37]. A défaut d'admettre systématiquement la non transmissibilité du VIH dans ces circonstances, le traitement ARV, scrupuleusement suivi sur une période déterminée, a pour conséquence de faire naître, en l'état actuel de la jurisprudence, un doute raisonnable quant à l'existence du caractère transmissible du virus, ce qui, en vertu du principe *in dubio pro reo*, suffit à entraîner l'acquittement de la personne concernée. Il y a là un pas qui a été franchi : le fait qu'il n'y ait pas eu transmission du VIH lors de relations sexuelles non protégées entre un auteur séropositif et un ou une partenaire avait jusque-là pour conséquence de retenir des cas de tentative contre ledit auteur. A l'aune de ces nouvelles jurisprudences, le risque de transmission dans une relation sexuelle non protégée *sous thérapie efficace* est considéré comme proche

34 Chef du service des maladies infectieuses à l'hôpital Tenon.

35 Prévention et réduction des risques dans les groupes à haut risque vis-à-vis du VIH et des IST, du 27 novembre 2009.

36 Cour de Justice, chambre pénale, Genève, arrêt ACPJ/60/2009 du 23 février 2009, cons. 3.

37 Cour correctionnelle, Genève, arrêt ACC/2/09 du 13 janvier 2009.

de zéro, ce qui semble suffire pour ne retenir aucune punissabilité pénale de l'auteur. Pourtant, aussi minime le risque d'être infecté(e) est-il devenu, il ne peut être complètement exclu! Mais en l'absence d'une infraction de simple mise en danger en la matière et au vu du principe selon lequel le doute doit profiter au prévenu, seule la libération des charges de lésions corporelles graves et de propagation d'une maladie de l'homme, même sous forme de tentatives, peut être envisagée.

Ainsi, lorsqu'il est prouvé que l'agent n'a pas pu transmettre le VIH, il ne peut s'être rendu coupable ni de lésions corporelles ni de propagation d'une maladie de l'homme, le caractère transmissible du VIH faisant défaut. Les conséquences juridiques de ce nouvel élément sont donc importantes, et d'aucuns peuvent commencer à réfléchir sur une nouvelle infraction de mise en danger visant les relations sexuelles à risque.

4.3 Analyse économique de ce nouvel élément : l'indétectabilité du VIH, un nouvel incitatif extra-légal qui change l'efficience de la norme ?

L'application actuelle de l'article 231 CP aux cas de transmission du VIH s'avère plus qu'inefficiente ; elle est contre-productive : la connaissance de sa séropositivité par un agent l'exposant à sa punissabilité, ce dernier ne peut être que dissuadé de connaître son statut sérologique et de partager cette information avec son ou sa partenaire. Or, un rétablissement de la symétrie de l'information, nous l'avons vu, permet de diminuer les risques d'aléa moral et de sélection adverse et de faciliter des relations sexuelles sans risque, et donc, si ce n'est d'atteindre immédiatement cet optimum de Pareto, tout au moins d'épuiser un plus grand nombre d'améliorations de bien-être au sens de Pareto. Dans ce contexte, le fait qu'un auteur séropositif puisse ne pas transmettre le VIH – à condition qu'il suive le traitement approprié depuis un certain temps – instaure un nouvel incitatif, une raison nouvelle peut-être suffisamment importante pour inciter les agents à connaître leur statut sérologique.

Il s'agit évidemment d'analyser l'incidence que peut avoir ce nouvel intérêt pour tout agent de connaître sa virémie et d'en informer son partenaire. En d'autres termes, par rapport à la situation actuelle, dans quelle mesure le suivi d'un traitement approprié forme-t-il un incitatif suffisamment puissant pour que l'agent infecté accepte de s'y soumettre ?

Certes, le VIH peut ne plus être transmissible chez un agent séropositif. Mais encore faut-il le savoir pour que ni l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme (art. 231 CP), ni celle de lésions corporelles graves (122/125 al. 2 CP) ne puissent lui être reprochées après qu'il a entretenu des relations sexuelles non protégées.

Si l'agent refuse de connaître son statut sérologique et donc d'en informer son partenaire, trois cas de figure peuvent se présenter. Premièrement, il n'est pas transmissible et aucun problème ne se pose. Deuxièmement, il est séropositif mais ne transmet pas le VIH de sorte que rien ne peut lui être reproché pénalement – à défaut d'une infraction de mise en danger dans ce domaine – car la tentative ne peut pas être retenue pour une infraction par négligence (rappelons à toute fin utile que la non-connaissance de son statut sérologique a pour effet que seul un cas de négligence pourrait être admis). Troisièmement, l'auteur est séropositif et transmet le VIH. Dans ce cas, ignorant sa virémie, seule une infraction par négligence pourrait être retenue à son encontre, ce qui actuellement n'a été admis qu'une fois et dans des conditions très particulières[38]. Mais, à notre avis, le changement de contexte inhérent au fait qu'un auteur séropositif peut ne plus être transmissible peut avoir une portée susceptible de donner un champ d'application potentiel *beaucoup plus large* à l'article 231 al. 2 CP (en concours avec 125 al. 2 CP). En effet, il semble que l'admission de la négligence poserait moins de problème : n'est-il pas plus aisé de reprocher une imprévoyance coupable à des agents censés savoir qu'ils ont un intérêt à connaître leur statut ? En ce sens, la diffusion de l'information du caractère non transmissible du VIH des agents séropositifs qui respectent certaines conditions doit être considérée comme un incitatif fort. Cette nouvelle applicabilité de l'article 231 al. 2 CP (ajoutée à celle de l'article 125 al. 2 CP) serait renforcée à l'égard d'agents dits à risque (toxicomanes, prostitué(e)s) à l'encontre desquels le caractère coupable de l'imprévoyance serait encore plus affirmé. Il s'agit de mettre en exergue l'intérêt des agents à se faire dépister, sans que cela prenne la forme d'une obligation que pourrait instituer une loi par exemple. En effet, le raisonnement tire une certaine force du fait qu'il existerait alors un

[38] En effet, rappelons que la propagation d'une maladie de l'homme par négligence (renvoyant à un cas où l'auteur ignorait sa séropositivité) n'a été retenue qu'une fois en près de 20 ans parce que ledit auteur avait entretenu auparavant des relations sexuelles non protégées avec une personne sachant que celle-ci était séropositive et, après s'être ainsi fortement exposé à un risque, il n'avait pas, dans ses relations sexuelles avec d'autres partenaires, pris les précautions requises. Cf. ATF 134 IV 193.

incitatif extra-légal qui pourrait s'avérer efficace – même si un autre procédé pourrait être économiquement analysé comme étant plus efficace – ne serait-ce que parce que cela éviterait l'écueil d'une norme qui serait dénoncée en raison de sa portée discriminatoire[39].

Si l'agent décide de connaître son statut sérologique, il convient de distinguer le cas dans lequel il apprend qu'il est séronégatif de celui dans lequel il apprend sa séropositivité. Dans le premier cas (l'agent est séronégatif), il a tout intérêt à en informer son partenaire car cela leur permet d'avoir des relations sexuelles non protégées. Il y a donc bien un incitatif à se faire dépister, sous réserve bien entendu de la question de la fiabilité du test, notamment dans la durée, au regard de ce laps de temps durant lequel le test peut s'avérer négatif alors que l'agent est déjà contaminant. Dans le deuxième cas, l'individu est détecté séropositif et il a intérêt à en informer son partenaire car ils peuvent alors adapter leur comportement sexuel, que ce soit en recourant à l'usage de préservatifs (au moins dans un premier temps) ou en suivant le traitement approprié pour pouvoir, à terme, entretenir des relations sexuelles non protégées.

En termes économiques, la situation actuelle s'apparente à un choix intertemporel dans lequel l'incitatif est « négatif'. Compte tenu de la punissabilité de l'agent testé positif s'il entretient des rapports non protégés, cet agent va rationnellement ne pas investir dans un test qui, s'il s'avère positif, ne peut que lui porter préjudice. L'aléa moral est l'expression de la préférence qu'il donne à la situation présente : ne pas se faire tester et ne pas informer son partenaire. Avec la nouvelle donne sérologique, l'échange entre les deux agents n'est plus « instantané » mais va s'effectuer dans la durée. L'investissement dans un traitement aujourd'hui permet à terme d'atteindre finalement un nouvel optimum Pareto-supérieur que représentent des relations sexuelles non protégées. Tout dépendra alors de la préférence pour le présent des deux agents, ou en d'autres termes du taux d'escompte qui va servir à calculer la valeur actuelle de relations non protégées dans un futur plus ou moins lointain (et la comparer aux coûts actuels de cet investissement sous la forme des précautions à prendre et du traitement à suivre). La stabilité de leur relation, la durée du traitement nécessaire pour obtenir l'indétectabilité du virus et, naturellement, le risque d'être accusé d'imprévoyance coupable vont évidemment influencer d'une manière cruciale le calcul de l'auteur

[39] Imposer un dépistage à toute la population porterait trop fortement atteinte à la liberté individuelle ; cibler les populations dites à risque comme les toxicomanes, les homosexuels ou les prostitué(e)s serait perçu comme une discrimination.

séropositif voire des deux agents[40]. Lorsque les agents décident d'un commun accord, sur la base de la connaissance de la séropositivité de l'un d'eux, de recourir dans un premier temps à l'usage de préservatifs, l'hypothèse extra-légale de coopération entre les agents va jouer un rôle central par le biais de la responsabilité solidaire. La solution s'avère donc efficiente. Elle peut même être considérée comme un optimum parétien intertemporel réduisant considérablement les coûts de transaction. Basée sur la responsabilité individuelle des deux agents, et même si elle n'est pas totalement satisfaisante, cette solution est évidemment à privilégier en matière d'une circulation optimale d'une information et donc d'une minimisation des risques de transmission du VIH. En d'autres termes, le dispositif juridique ne réduit plus les chances que l'information sur le statut sérologique de l'agent voie le jour : l'asymétrie informationnelle est très largement éliminée. Tout repose ici clairement sur la responsabilité individuelle de chacun des partenaires mais avec un mécanisme incitatif infiniment plus puissant que dans le système actuel. Lorsque l'agent connaît sa séropositivité et en informe son partenaire, ce dernier peut consentir à avoir des relations non protégées en dépit du risque encouru. Dans ce cas, le consentement peut être analysé juridiquement comme un fait justificatif extra-légal permettant d'exclure la culpabilité de l'auteur, mais cela n'est envisageable qu'au regard de l'infraction de lésions corporelles, comme déjà précisé. Le fait qu'en dépit du consentement du partenaire, l'auteur encourt la peine relative à la propagation d'une maladie de l'homme est censé l'inciter à refuser à entretenir de tels rapports à risque. L'effet dissuasif de la norme pénale à l'application de laquelle il s'expose peut être d'autant plus fort qu'un traitement approprié peut changer sa condition. En effet, il est probable que certains auteurs séropositifs s'adonnent à des relations sexuelles non protégées parce que le risque qu'ils prennent d'être

[40] De la connaissance des avancées thérapeutiques et de leur incidence peuvent découler au mieux une responsabilisation généralisée et donc un dépistage spontané d'une grande partie de la population, à tout le moins une nouvelle légitimité du juge à appliquer l'article 231 al. 2 CP en concours avec l'article 125 CP dans les cas de transmission du VIH par voie sexuelle par un auteur ne connaissant pas sa séropositivité. Certes, le juge – avant d'appliquer cette disposition – sera inévitablement amené à apprécier les différents cas pour n'admettre la punissabilité des auteurs sur ce fondement que lorsque leur imprévoyance revêtira le caractère coupable c'est-à-dire concrètement à l'encontre des auteurs relevant de la population considérée comme étant à risque. Une discrimination aura de facto lieu mais elle se fonde sur une appréciation du caractère coupable de l'imprévoyance sachant que cette dernière sera plus facilement admise dans ce nouveau contexte.

punis en conséquence présente peu d'importance au regard du fait qu'ils se savent condamnés à vivre d'une manière marginale en raison de leur séropositivité. Dès lors, *l'espoir de retrouver une vie sexuelle qui ne soit plus risquée pour autrui peut changer leur façon d'appréhender la menace de la sanction pénale.* Enfin, si l'auteur se sachant séropositif n'informe pas son partenaire, il s'expose à l'application des articles 231 al. 1 CP et 122 CP pour propagation intentionnelle d'une maladie de l'homme et lésions corporelles graves intentionnelles. L'incitatif que représente la possibilité de se soumettre à un traitement avec la conséquence qui y est liée en terme de liberté sexuelle lui offre une solution en amont visant à éviter la transmission et donc la propagation, ce qui rend d'autant plus légitime l'application des ces dispositions le cas échéant. Au final, l'élimination de l'asymétrie informationnelle caractérisant l'application actuelle de l'article 231 trouve son origine dans le fait qu'un auteur séropositif puisse, après traitement, ne pas transmettre le VIH ; il s'agit d'un phénomène clinique qui, comme nouvel incitatif extra-légal, aboutit à changer l'efficience de la norme juridique.

5. Conclusion

La question d'une nouvelle incrimination visant spécifiquement les cas de transmission du VIH par voie sexuelle se pose. La stigmatisation des seuls auteurs séropositifs a été largement dénoncée au même titre que l'insuffisante efficacité de la politique de prévention en la matière. Certes, une infraction de mise en danger visant spécifiquement les cas de propagation du VIH[41] présenterait l'avantage de pouvoir réprimer les agents séropositifs, mais qui l'ignorent, indépendamment du fait de savoir s'il y a eu transmission c'est-à-dire lésions corporelles à l'encontre d'un individu déterminé. En outre, on pourrait imaginer une infraction qualifiée lorsque l'auteur a agi avec une volonté de nuire. Le fondement de cette disposition répressive serait ainsi l'acceptation du risque de propager le VIH, ce qui de prime abord semble facile à prouver lorsque l'auteur connaît sa séropositivité ou lorsqu'il aurait dû s'en douter. Mais cela tendrait à rendre cette norme discriminatoire car il conviendrait de déterminer les critères à partir desquels un auteur est censé avoir des doutes. Les toxicomanes et les

[41] Il s'agirait d'une infraction de mise en danger visant la santé publique, l'objet de la répression étant la propagation du VIH, même si cette dernière suppose en amont une transmission entre deux individus.

prostitué(e)s seraient directement visés en tant que population à risque. En outre, en cas de consentement à avoir des relations sexuelles considérées comme étant risquées, et dans le but d'éviter la stigmatisation des seuls auteurs séropositifs, chercher à engager la responsabilité des deux partenaires s'avérerait impossible. En effet, l'action pénale pour cette infraction de mise en danger par relations sexuelles risquées ne peut se déclencher que sur dénonciation du partenaire qui s'érige alors en victime. Et dans ce cas, comment envisager la punissabilité – conjointe à celle de l'auteur – de celui qui se pose en victime ? Au regard de ces problématiques, une telle nouvelle incrimination présenterait des limites.

Face à ce constat, il nous a semblé intéressant d'analyser l'incidence que peut avoir ce nouvel incitatif, à savoir le changement de la donne quant au caractère transmissible du VIH, sur le traitement pénal des cas de transmission du VIH. Il ressort de notre réflexion que les bases légales retenues actuellement contre l'auteur qui transmet le VIH (propagation d'une maladie de l'homme (231 CP) et lésions corporelles graves (122/125 CP)) ou prend le risque de le faire (tentatives de ces infractions, pour les cas intentionnels uniquement) trouveraient une nouvelle légitimité dans ce contexte. La large diffusion de cette information concernant l'effet d'un traitement approprié sur la transmissibilité du VIH par voie sexuelle et un changement consécutif de la pratique judiciaire (il faudrait en effet que les juges osent appliquer l'article 231 al. 2 CP en concours avec l'article 125 CP dans ce nouveau contexte) permettrait à notre avis une amélioration de la situation en terme de propagation du virus.

Ainsi, le retour à une meilleure efficience de l'appareil législatif disponible résulterait non pas d'une modification des textes législatifs mais bien d'un changement de la donne thérapeutique et de son éventuel impact sur la pratique judiciaire. Le problème de l'asymétrie informationnelle serait aussi résolu grâce au signal incitatif fort envoyé aux agents.

Finalement, et sur la base de ces éléments, le message politique ou le discours public devrait, à notre sens, se focaliser davantage sur une promotion de cette nouvelle donne thérapeutique que sur une modification législative qui semble, pour le moment, peu opportune.