

Vaccination et droit pénal : le virus de l'incertitude du risque

Camille KUREK

Maîtresse de conférences à l'Université Catholique de Lyon

A l'heure où la question du caractère obligatoire du vaccin contre la COVID-19 se pose, et où les dirigeants publics s'efforcent de se montrer rassurants sur ce traitement dont la nouveauté suscite la méfiance, le droit pénal mérite d'être appelé à la barre. Droit sanctionnateur, son rôle d'instrument de police sanitaire prenait tout son sens tant que le refus de vaccination obligatoire était pénalement sanctionné en tant que tel¹. Cette infraction pénale a été supprimée² mais, pour autant, le droit pénal est loin d'être évincé. En effet, si la violation du caractère obligatoire d'un vaccin n'est plus une condition d'intervention du droit pénal, cette discipline trouve encore à s'exprimer et ce de deux manières. D'une part, car il est envisageable de sanctionner ce refus de vaccination obligatoire de manière indirecte³ et d'autre part, car la responsabilité pénale des laboratoires pharmaceutiques et des décideurs publics peut toujours être invoquée si un dommage survient. Le contexte actuel pousse d'autant plus à la réflexion. La présente étude, dont le vaccin contre la COVID-19 sera l'illustration principale, sera donc élargie à l'hypothèse où ce vaccin ne deviendrait pas obligatoire (du moins explicitement, en témoignerait l'instauration d'un passeport vaccinal ou autre stratagème qui ne serait qu'une manière détournée d'imposer un traitement)⁴.

Loin de nous l'idée de saper le moral de notre lecteur déjà morose, mais il faut bien admettre la possibilité selon laquelle ce traitement, comme d'autres avant lui, mettrait en danger la santé de ses bénéficiaires. Le droit pénal interviendrait alors classiquement en tant que protecteur de ces valeurs sociales que sont la vie, l'intégrité physique et, plus largement, de la personne humaine. Au-delà, la victime qui ne recherche pas seulement une indemnisation mais le prononcé d'une sanction à l'encontre de l'auteur du dommage se tourne inévitablement vers le droit pénal. Néanmoins, les victimes de ce type de contentieux se retrouvent très régulièrement confrontées à un obstacle de taille, qui n'est autre que l'incertitude des connaissances scientifiques. Les doutes inhérents au domaine de la santé mettent souvent à mal la qualification des infractions potentielles, et invitent à s'interroger sur l'appréhension, par le droit pénal, du risque que les patients encourent suite à une vaccination⁵.

¹ C. santé pub., art. L. 3116-4 anc. : « le refus de se soumettre ou de soumettre ceux sur lesquels on exerce l'autorité parentale ou dont on assure la tutelle aux obligations de vaccination prévues aux art. L. 3111-2, L. 3111-3 et L. 3112-1 ou la volonté d'en entraver l'exécution sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ».

² Loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, *JORF* n° 0305, 31 décembre 2017.

³ Sur la sanction directe et indirecte du refus de vaccination, voir notamment C. LEQUILLERIER, « La vaccination au prisme du droit pénal », *RDSS* 2018, p. 877. Voir également J. LAZERAS, « Vaccinations obligatoires, les conséquences incertaines d'une obligation non assortie de sanction », *JDSAM*, n° 19, 2018, p. 79 ; J.-C. SAINT-PAU, « Les réponses du droit pénal aux crises sanitaires », in *Les réponses du droit aux crises sanitaires*, L'Harmattan, 2016, p. 225.

⁴ Onze vaccinations sont désormais obligatoires aux termes de l'art. L. 3111-2 C. santé pub (diphtérie, tétanos, poliomyélite, coqueluche, infections invasives à *Haemophilus influenzae* de type b, hépatite B, infections invasives à pneumocoque, méningocoque de sérogroupe C, rougeole, oreillons et rubéole). Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser à ce sujet que l'atteinte au droit au respect de la vie privée provoquée par ces obligations était justifiée et proportionnée par l'objectif d'amélioration de couverture vaccinale, pour atteindre le seuil d'une immunité de groupe (CE, 1^{ère} et 4^{ème} ch. réunies, 6 mai 2019, n° 419242, publié au Recueil Lebon). Cet objectif d'amélioration de la couverture vaccinale étant extensif, le vaccin contre la COVID-19 rejoindra probablement cette liste. Reste à savoir quelle forme prendra la sanction indirecte.

⁵ Le risque de contamination d'autrui par celui qui a refusé de se faire vacciner et qui serait porteur du virus aurait pu être analysé. Toutefois, l'établissement d'un lien de causalité certain entre la contamination d'une personne par une autre est en voué à l'échec en l'état des connaissances scientifiques. Une multitude de facteurs peuvent aboutir à une contamination par un virus.

Deux situations peuvent se présenter. Soit le dommage lié au vaccin, à savoir l'atteinte à l'intégrité physique ou à la vie, est effectivement survenu. Soit la victime a encouru un risque mais le dommage redouté ne s'est pas concrétisé. En d'autres termes, le risque peut être sanctionné en ce qu'il a abouti à la survenance d'un dommage ou, en l'absence de dommage, pour lui-même.

Il est alors nécessaire de s'interroger sur le caractère adapté, ou non, des qualifications que le droit pénal peut offrir lorsqu'un patient est exposé à un risque de dommage, effectif ou non, causé par un vaccin. Les problématiques à venir seront traitées sous l'angle des infractions involontaires⁶, l'absence d'intention comprenant, nous le verrons, différents degrés. Le caractère non intentionnel sera entendu ici au sens du résultat qui n'a pas été recherché. A l'inverse, la violation de la norme est volontaire, ou l'agent y est à tout le moins indifférent.

Pour tenter d'identifier les différentes qualifications applicables et leur effectivité, deux axes seront privilégiés. Reflétant l'état des lieux actuel des dispositions applicables, la faute caractérisée⁷ et le délit de mise en danger d'autrui⁸ seront tout d'abord appelés en renfort. Ces infractions non intentionnelles reposent toutes deux sur un risque, mais dont l'incertitude se révélera néanmoins être un obstacle (I). Ce constat amènera alors à envisager des solutions plus prospectives, dans l'espoir de pallier ces faiblesses. La reconnaissance d'un principe de précaution en droit pénal sera envisagée, mais l'incertitude du risque constituera, à nouveau, un obstacle (II).

I) L'incertitude du risque, obstacle aux infractions non intentionnelles

Pilier de la faute involontaire, l'article 121-3 du Code pénal fonde le régime de la faute sur le degré d'imprudence de son auteur. De la simple faute d'imprudence jusqu'à la mise en danger délibérée de la personne d'autrui, la gravité de la faute non intentionnelle est fondée sur le degré de conscience de son auteur imprudent. Plus spécifiquement, l'article 121-3 alinéa 4 sanctionne le fait d'avoir exposé autrui à un risque d'une particulière gravité qu'on ne pouvait ignorer. Néanmoins, l'incertitude du lien de causalité (A), doublée de l'incertitude du risque (B), fera échec à cette qualification. Parallèlement, le délit de risques causés à autrui, codifié à l'article 223-1 du Code pénal, sera envisagé lorsque le dommage ne survient pas, mais il sera frappé lui aussi par une problématique similaire (C).

A) L'incertitude du lien de causalité

L'article 121-3 du Code pénal distingue entre la faute simple d'imprudence (121-3 al. 3)⁹ et la faute qualifiée, d'un degré plus élevé (121-3 al. 4). Cette dernière sera donc privilégiée, en ce qu'elle sanctionne « *les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou*

⁶ Outre le fait que ces qualifications ne sanctionnent pas une prise de risque, les qualifications liées aux infractions intentionnelles sont inadaptées à ces comportements délictueux. Voir notamment C. LEQUILLERIER, art. préc., spéc. p. 877 s.

⁷ C. pén., art. 121-3 al. 4.

⁸ C. pén., art. 223-1.

⁹ C. pén., art. 121-3 al. 3 du Code pénal : « *Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ».

qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, [...] s'il est établi qu'elles ont [...] commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ». Tout d'abord, la mise en œuvre de ces dispositions implique que l'infraction à l'origine des poursuites comprenne, dans ses éléments constitutifs, la réalisation d'un dommage. Elle nécessite ensuite que le prévenu personne physique soit l'auteur indirect de ce dommage. L'analyse du lien de causalité est en effet fondamentale car la qualification de faute qualifiée s'applique lorsque le lien de causalité est indirect¹⁰. Surtout, et en toutes hypothèses, celui-ci doit être certain. A l'analyse, plusieurs objections peuvent être soulevées.

Concernant le dommage comme élément constitutif, les infractions d'atteinte involontaire à l'intégrité physique et d'homicide involontaire qui seraient causées par le traitement répondent à cette exigence. Néanmoins, envisager ces qualifications nécessite de démontrer la certitude du lien de causalité existant entre le dommage et la faute. Or, l'état des connaissances scientifiques ne saurait être qualifié de certain, à tout le moins pas au point d'engager la responsabilité de l'auteur. L'incertitude d'un lien de causalité entraînera alors inévitablement la relaxe. L'on peut cependant envisager, avec certains auteurs, de présumer le lien de causalité lorsque « *la pathologie constatée correspond précisément à celle que le risque pouvait causer et où l'exposition de la victime à ce risque s'avère certaine* »¹¹. Le fautif devrait alors rapporter la preuve contraire, et cette présomption permettrait ainsi d'admettre les délits de violences involontaires et d'homicide involontaire.

B) L'incertitude du risque, obstacle à la qualification de la faute caractérisée

Partons de l'hypothèse selon laquelle le lien de causalité entre le vaccin et le dommage qui en est résulté est établi, et statuons donc sur la qualification de faute caractérisée¹². Le lien de causalité supposé étant alors indirect, il faudrait que la personne poursuivie ait commis une faute caractérisée, qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer. La faute caractérisée traduit une indifférence à la norme. Parallèlement, elle ne peut être établie que si l'auteur avait conscience de ce risque puisqu'aux termes du texte, il ne pouvait l'ignorer. Le degré de conscience du risque doit alors être élevé. Cependant, un risque certain est un risque qui est avéré, caractéristique qui fait donc l'objet d'un consensus scientifique. Tous les vaccins ne sauraient faire l'objet d'un tel consensus et encore moins des vaccins créés dans l'urgence comme ceux contre la COVID-19.

Au-delà, si toutefois il n'est pas toujours exigé de démontrer que la personne poursuivie avait une connaissance certaine et précise du risque en question, cette conscience du risque nécessite d'apprécier le contexte dans lequel la faute s'est produite. Or, en matière de vaccins, nul besoin de préciser qu'on ne peut exiger une connaissance impérative d'un risque qui souffre d'incertitudes scientifiques. De manière générale, il ressort de la jurisprudence comme du texte que la faute caractérisée ne peut qu'être appréciée *in concreto*, notamment au vu des obligations incombant au prévenu, de ses compétences mais également des moyens dont

¹⁰ À noter toutefois que cette distinction ne s'applique pas aux personnes morales, la faute simple de la personne physique organe ou représentant suffit à engager leur responsabilité.

¹¹ E. DREYER, « Retour sur une éventuelle garantie pénale du principe de précaution », *D.* 2020, p. 159, spéc. p. 161. L'auteur s'appuie sur l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire Pellerin, Cass. crim. 20 novembre 2012, n° 11-87.531, *Bull. crim.*, n° 251.

¹² Par ailleurs, outre le fait que la présente étude s'attache au risque, la faute simple contenue à l'article 121-3 al. 3 nécessite, pour être constituée, un lien de causalité indirect. Or, peut-on réellement parler d'un lien de causalité direct en cas de contamination ou de dommage causé à autrui ? La personne poursuivie aura vraisemblablement « seulement » contribué à créer le dommage ou la situation qui a permis sa réalisation.

il disposait. Dès lors, on a beau étirer le concept, l'urgence de la situation ne peut que faire échec à la qualification de cette faute.

Les dispositions applicables lorsque le risque a conduit à la survenance d'un dommage ne se révèlent pas particulièrement satisfaisantes. Poursuivons néanmoins dans cette logique et envisageons les hypothèses dans lesquelles ce risque est sanctionné pour lui-même.

C) L'incertitude du risque dans le délit de risques causés à autrui

Le délit de risques causés à autrui, prévu à l'article 223-1 du Code pénal, sanctionne « *Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* ». A la lecture du texte, un premier espoir apparaît. L'intérêt de cette incrimination étant qu'elle sanctionne le risque pour le simple fait qu'il existe, peut-être que les conditions restrictives qu'impose cette incertitude scientifique auront moins de poids. L'analyse se révèle rapidement décevante. D'une part, cette exposition est conditionnée à la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement. Cela ne recouvre donc pas les hypothèses les plus fréquentes, à savoir les cas où l'auteur était plus indifférent qu'hostile envers la norme. D'autre part, cette qualification suscite une problématique avec laquelle on commence à être familiers : l'absence de certitude de ce risque qui, s'il peut être futur, ne saurait être hypothétique¹³.

Il est vrai que la jurisprudence n'exige pas toujours de démontrer que la personne poursuivie avait conscience du risque, auquel cas il s'agirait davantage de sanctionner la conscience de violer une obligation que de la conscience du risque¹⁴. Cependant, si le résultat final issu de la faute n'a pas été recherché, la violation manifestement délibérée d'une disposition légale, elle, suppose que l'auteur y a mis toute sa volonté. Par conséquent, sauf à prouver que la personne poursuivie avait la ferme intention de violer une norme, la démonstration semble vouée à l'échec. Les qualifications existantes semblent inadaptées, qu'elles sanctionnent la survenance d'un dommage effectif ou potentiel. Dans les deux cas, du fait des incertitudes propres à la matière scientifique, le risque ne peut être avéré, quand ce n'est pas tout simplement la certitude du lien de causalité qui fait défaut.

Pour contourner ces obstacles, peut-être faut-il alors envisager d'incriminer les hypothèses dans lesquelles le doute sur l'innocuité du vaccin suffirait. Celui qui prend quand même le risque de porter atteinte à autrui, et ce *a minima* de façon délibérée, pourrait être dans ce cas sanctionné. En d'autres termes, la reconnaissance pénale du principe de précaution peut se révéler opportune, à condition que l'incertitude du risque ne vient pas à nouveau s'immiscer dans la qualification de l'infraction.

¹³ Cass. crim., 19 avril 2017, n° 16-80.695, *Bull. crim.*, n° 107. J.-C. SAINT-PAU, « La sanction pénale du principe de précaution par le délit de risques causés à autrui », in *Mélanges Laborde*, Dalloz, 2015, p. 247.

¹⁴ Voir en ce sens E. DREYER, « Droit pénal et principe de précaution », *D.* 2015, p. 1912, spéc. p. 1914.

II) L'incertitude du risque, obstacle au principe de précaution

L'idée d'une reconnaissance du principe de précaution est opportune en ce sens que de nombreux domaines dans lesquels le lien de causalité ou l'élément moral de l'infraction sont difficiles à établir sont concernés. Tel est le cas de l'environnement notamment, et bien entendu de la santé. Si le concept est séduisant, l'application de ce principe au domaine de la vaccination est difficile, ne serait-ce qu'au regard du principe de légalité et de la balance bénéfice-risque (A). La nature fluctuante du risque et des moyens de prévention en est également une illustration (B).

A) Le respect du principe de légalité et de la balance bénéfice-risque

L'augmentation constante de certaines catégories de dommages, notamment environnementaux, conduit à s'interroger sur l'opportunité d'une reconnaissance générale du principe de précaution en droit pénal. Plus particulièrement en ce qui nous concerne, la question se pose de savoir si la responsabilité pénale peut être engagée lorsque, en l'état des connaissances scientifiques, l'innocuité d'un vaccin ne pouvait être garantie lors de sa mise en circulation.

De manière générale, le droit pénal semble peu enclin à garantir le respect d'une obligation générale de précaution¹⁵. Il faudrait tout d'abord admettre que la rédaction d'une incrimination particulièrement large, car sanctionnant le fait d'avoir agi malgré le doute, soit compatible avec les exigences du principe de légalité. Par définition, on ne peut être trop précis dans la description des éléments constitutifs de cette infraction, dont l'intérêt principal serait justement de rayonner largement. Ensuite, en ce qui concerne notre étude, les infractions matérielles attentatoires à l'intégrité physique et à la vie ne sauraient être concernées, l'exigence d'un dommage, et donc d'un lien de causalité certain, étant par définition incompatibles avec le principe de précaution.

Plus encore, même lorsqu'il s'agit d'une infraction obstacle tel le délit de risques causés à autrui, le risque doit être, sinon certain, « *à tout le moins plausible en l'état des connaissances scientifiques et techniques et que, au regard du bénéfice attendu, ce risque ne valait pas la peine d'être couru* »¹⁶. Or, s'il est bien une discipline dans laquelle la balance bénéfice-risque est fondamentale, c'est la santé. Un traitement doit nécessairement tendre vers une amélioration pour son bénéficiaire et ce en considération des risques qu'il implique. *Quid* par ailleurs d'un contexte d'urgence comme celui que nous connaissons actuellement ? Ce rapport bénéfice-risque est inévitablement plus souple qu'en temps normal, et on conçoit mal de ne pas prendre ce risque au regard du bénéfice attendu sur la population. En d'autres termes, non seulement on conçoit mal de reprocher à un professionnel de santé de ne pas savoir ce que la majorité des scientifiques ignore, mais de surcroît on ne saurait le blâmer d'avoir agi alors que le risque n'était pas certain. C'est alors le principe même de « *faute de*

¹⁵ Pour une étude détaillée sur la question, voir E. DREYER, « Droit pénal et principe de précaution », *D.* 2015, p. 1912, spéc. p.1914 ; E. DREYER, « Retour sur une éventuelle garantie pénale du principe de précaution », art. préc. ; D. ROETS, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC*, 2007, p. 251 ; J.-C. SAINT-PAU, « Les infractions de précaution », *RPDP*, 2015, p. 270.

¹⁶ E. DREYER, « Droit pénal et principe de précaution », art. préc.

précaution »¹⁷ qui est difficile à admettre, d'autant que la nature du risque et les moyens d'y faire face sont variables.

B) La nature fluctuante du risque et des moyens de prévention

Il convient ici d'envisager la sanction d'une obligation générale de précaution. La faute proviendrait alors, selon Emmanuel Dreyer, « *d'un manquement à une obligation générale de précaution et non de la seule violation d'une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* »¹⁸. L'auteur ajoute que la faute serait établie « *par comparaison avec un modèle de comportement raisonnable* » placé dans la même situation. Dans ce cas, les atteintes à l'intégrité physique et à la vie pourraient être sanctionnées du fait de ne pas avoir respecté une obligation générale de précaution.

Cependant, l'obstacle de l'incertitude du risque surgit à nouveau. Dans cette configuration, le délinquant potentiel devrait d'une part, se demander si on peut raisonnablement penser qu'il y a un risque et d'autre part, mettre en œuvre des moyens pour contrer des problèmes qui ne sont pas avérés. Or, l'incertitude du risque ne pourra qu'engendrer l'incertitude des moyens à mettre en œuvre¹⁹. Ce constat est d'ailleurs particulièrement établi en cette période de découverte d'un virus. Les tergiversations incessantes et relativement compréhensibles des scientifiques et responsables politiques étant particulièrement révélatrices.

Enfin, la nature du risque, hypothétique ou avérée, semble impossible à définir. Il est clair que dès lors que l'on a assez de certitudes sur son existence, inutile de recourir à une obligation de précaution. Celle-ci est donc vouée à protéger la population contre un risque hypothétique, ce qui nous ramène donc au constat précédent : l'incertitude des moyens à mettre en œuvre couplée à une excessive sévérité. Les acteurs de la vaccination se verraient toujours reprocher de ne pas avoir agi, d'une manière ou d'une autre. Et malheureusement, on peut légitimement penser que les personnes poursuivies s'appuieront, de mauvaise foi, sur des travaux scientifiques arrangeant leurs nébuleux arguments²⁰.

Est-il alors opportun de créer, faute de mieux, une obligation de prendre en compte un risque « signalé » par les autorités²¹ ? Auquel cas, les industriels seraient responsables d'avoir mis en circulation un produit dont les autorités publiques auraient souligné les défaillances. L'argument est séduisant. Néanmoins, au risque de paraître pessimiste, il est permis de douter du bon vouloir des autorités à énoncer le moindre risque, surtout en temps d'épidémie. On retomberait d'ailleurs à nouveau sur le problème de l'identification du degré du risque et de sa nature.

L'appréhension du risque par le droit pénal est donc loin d'être satisfaisante. La réponse pénale est difficile à mettre en œuvre, soit parce que l'incertitude fait obstacle aux qualifications existantes (la faute caractérisée et le délit de risques causés à autrui), soit parce qu'elle fait obstacle à la création d'une faute générale de précaution. Cette dernière aurait

¹⁷ E. DREYER, « Droit pénal et principe de précaution », art. préc., spéc. p. 1914.

¹⁸ E. DREYER, « Retour sur une éventuelle garantie pénale du principe de précaution », art. préc., spéc. p. 162.

¹⁹ E. DREYER, « Retour sur une éventuelle garantie pénale du principe de précaution », art. préc., spéc. p. 163.

²⁰ E. DREYER, « Retour sur une éventuelle garantie pénale du principe de précaution », art. préc., spéc. p. 163. L'auteur rappelle à juste titre l'attitude pour le moins critiquable de la grande industrie relativement aux dommages causés à la couche d'ozone par les gaz à effet de serre ou encore aux effets du tabac. Le domaine de la santé ne saurait malheureusement faire exception.

²¹ E. DREYER, « Retour sur une éventuelle garantie pénale du principe de précaution », art. préc., spéc. p. 165.

pour mérite de contourner l'obstacle du risque avéré pour sanctionner toute prise de risque en cas de doute. Ce stratagème est néanmoins lui aussi mis à mal par l'incertitude des connaissances scientifiques. Rien de surprenant finalement puisque les connaissances scientifiques incarnent le risque.

Peut-être faudrait-il alors reconnaître en la matière une présomption de causalité entre la prise de risque et le dommage. Il incomberait aux personnes de démontrer que le dommage, potentiel ou effectif, ne présente pas de lien suffisant avec le produit en question. Si ce système paraît sévère envers les acteurs de la vaccination, c'est néanmoins au profit des bénéficiaires du traitement. Auteurs ou victimes, un choix s'impose.