[AZA 0]
6S.769/1999/ROD

COUR DE CASSATION PENALE

*****

7 mars 2000

Composition de la Cour: M. Schubarth, Président, Président du Tribunal fédéral, M. Schneider, M. Wiprächtiger, M.KollyetMmeEscher, Juges. Greffière: Mme Michellod.

Statuant sur le pourvoi en nullité
formé par

Feu X._____, au nom duquel agissent ses trois enfants Y._____, R._____ et Z._____,
tous représentés par Me Guy Fontanet et Me Nicolas Jeandin, avocats à Genève,

contre
l'arrêt rendu le 8 octobre 1999 par la Cour de cassation genevoise dans la cause de feu X._____
contre le Procureurgénéralducantonde G e n è v e;

(art. 18, 23 et 127 CP)

Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Par arrêt du 8 décembre 1998, la Cour correctionnelle genevoise, siégeant sans le concours du jury, a reconnu feu X._____ coupable de mise en danger de la santé ou de la vie d'autrui (recte: exposition) au sens de l'art. 127 CP, commise partiellement sous forme de délit impossible (art. 23 CP). Elle l'a condamné à la peine de douze mois d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans et a réservé les droits des parties civiles.

B.- En résumé, la Cour correctionnelle a constaté les faits suivants:

a) Feu X._____ était, jusqu'à sa retraite en 1986, directeur-général du Laboratoire central de la Croix-Rouge suisse. A ce titre, il était responsable des activités de ce laboratoire aussi bien dans le domaine médical que dans celui de la distribution des produits fabriqués et commercialisés par cet organisme. Le Laboratoire central avait pour mission de collaborer à l'approvisionnement de la Suisse en préparations de sang et de produits dérivés du sang humain, d'assurer des conditions optimales dans le don comme dans la transfusion du sang et de veiller à ce que les produits sanguins fournis par lui répondent à l'état des connaissances médicales et aux normes de qualité les plus sévères.

Sous l'impulsion de feu X._____, le Laboratoire central avait notamment développé la fabrication et la distribution de préparations de facteurs coagulants destinés au traitement des hémophiles, soit des cryoprécipités de Facteur VIII ainsi que des concentrés de Facteur VIII. Au début des années 1980, le Laboratoire central assurait plus de 80% des besoins en facteurs coagulants des quelques 400 hémophiles résidant en Suisse; il livrait ses produits aux hémophiles eux-mêmes, à leurs médecins traitants et aux établissements hospitaliers.

b) A partir d'avril 1985, feu X._____ a eu pleinement conscience du fait que les produits du Laboratoire central étaient susceptibles de transmettre le virus HIV aux hémophiles qui les utilisaient. Il a néanmoins continué à écouler des produits Facteur VIII fabriqués sur la base de plasma non testé, sans prendre aucune précaution supplémentaire, sans informer les utilisateurs et sans procéder au rappel systématique des produits provenant de lots non testés. Il s'est accommodé de la survenance d'un danger de contamination des hémophiles.

De ces faits, la Cour correctionnelle a conclu: A l'encontre des hémophiles suisses ayant utilisé des produits du Laboratoire central après avril 1985, feu X._____ s'est rendu coupable, par dol éventuel, d'infraction à l'art. 127 CP; à l'égard des hémophiles déjà contaminés avant cette date, l'infraction a été qualifiée de délit impossible. La Cour correctionnelle a par contre acquitté feu X._____ de l'accusation de lésions corporelles graves, pour le motif que le lien de causalité entre les faits retenus à la charge du recourant et la séropositivité des parties civiles ne pouvait pas être considéré comme établi.

C.- Par arrêt du 8 octobre 1999 notifié le même jour, la Cour de cassation genevoise a rejeté les recours déposés par feu X. _____ et par les parties civiles.

D.- Feu X. _____ a formé un pourvoi en nul-lité et un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral. Quelques jours plus tard, le 14 novembre 1999, il est décédé. Le 13 décembre 1999, ses trois enfants ont déclaré vouloir poursuivre les procédures engagées par leur père.

Par arrêt de ce jour, la procédure de recours de droit public a été déclarée sans objet suite au décès de feu X. _____ (6P. 199/1999).

Concernant le pourvoi en nullité, il n'y a pas eu d'échange d'écritures ordonné.

Considérant en droit :

1.- a) Après le décès de l'accusé, le pourvoi en nullité peut, en vertu de l'art. 270 al. 2 PPF, être exercé par ses parents et alliés en ligne ascendante et descendante, par ses frères et soeurs et par son conjoint; cette disposition permet aussi à ces personnes de reprendre une procédure de pourvoi engagée de son vivant par l'accusé (ATF 81 IV 74). Les trois enfants de l'accusé, décédé après le dépôt du pourvoi, sont partant habilités à continuer la procédure.

b) Le pourvoi en nullité, qui a un caractère cassatoire (art. 277ter al. 1 PPF), ne peut être formé que pour violation du droit fédéral et non pour violation directe d'un droit de rang constitutionnel (art. 269 PPF).

Le pourvoi n'est pas ouvert pour se plaindre de l'appréciation des preuves et des constatations de fait qui en découlent (ATF 124 IV 81 consid. 2a p. 83 et les arrêts cités). Sous réserve de la rectification d'une inadvertance manifeste, la Cour de cassation est liée par les constatations de fait de l'autorité cantonale (art. 277bis al. 1 PPF). Elle est également liée par les constatations d'instances inférieures lorsque la dernière instance cantonale s'y réfère ou y renvoie, explicitement ou implicitement (ATF 118 IV 122 consid. 1 p. 124). Il ne peut être présenté de griefs contre celles-ci, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux (art. 273 al. 1 let. b PPF). Dans la mesure où le recourant présenterait un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée, il n'est pas possible d'en tenir compte; le raisonnement juridique doit être mené exclusivement sur la base de l'état de fait retenu par la cour cantonale (cf. ATF 124 IV 92 consid. 1 p. 93, 81 consid. 2a p. 83 et les arrêts cités).

La Cour de cassation n'est pas liée par les motifs invoqués, mais elle ne peut aller au-delà des conclusions du recourant (art. 277bis PPF); les conclusions devant être interprétées à la lumière de leur motivation, celle-ci circonscrit les points litigieux que le Tribunal fédéral peut examiner (ATF 124 IV 53 consid. 1 p. 55; 123 IV 125 consid. 1 p. 127).

2.- Le recourant a d'abord contesté que les éléments constitutifs de l'exposition (art. 127 CP) soient en l'espèce réalisés.

Aux termes de l'art. 127 CP, se rend coupable d'exposition celui qui, ayant la garde d'une personne hors d'état de se protéger elle-même ou le devoir de veiller sur elle, l'aura exposée à un danger de mort ou à un danger grave et imminent pour la santé, ou l'aura abandonnée en un tel danger.

a) Le recourant a soutenu qu'il n'y avait pas eu de mise en danger concrète.

L'art. 127 CP exigeant expressément que la victime ait été exposée à un danger, le danger en question doit être concret (Martin Schubarth, Commentaire du droit pénal suisse, vol. 1, Berne 1982, art. 127 aCP n. 10; José Hurtado Pozo, Droit pénal, partie spéc. I, 3e éd., Zurich 1997, n. 537 et 539; Jörg Rehberg/Niklaus Schmid, Strafrecht III, 7e éd., Zurich 1997, p. 39; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil (BT) I, 5e éd., Berne 1995, § 4 n. 50, et Allgemeiner Teil (AT) I, 2e éd. Berne 1996, § 9 n. 15; Philippe Graven/Bernhard Sträuli, L'infraction pénale punissable, 2e éd., Berne 1995, n. 53/C. b p. 85). Par danger concret, il faut entendre un état de fait dans lequel existe, d'après le cours ordinaire des choses, la probabilité ou un certain degré de possibilité que, dans le cas d'espèce, le bien juridique protégé soit lésé, sans toutefois qu'un degré de probabilité supérieur à 50% soit exigé (ATF 123 IV 128 consid. 2a p. 130; 121 IV 67 consid. 2b/aa p. 70).

L'autorité cantonale a retenu, ce qui est au demeurant notoire, que le virus HIV entraînait de graves

déficiences immunitaires chez les personnes contaminées, exposant ces dernières au développement de maladies infectieuses graves, voire mortelles et que le virus pouvait être transmis par l'absorption de produits sanguins.

Elle a également retenu que certains produits sanguins diffusés par le Laboratoire central en 1985 et au début 1986 étaient dangereux pour la santé des hémophiles parce qu'ils étaient effectivement contaminés par le virus HIV. Ces constatations de fait de l'autorité cantonale lient le Tribunal fédéral. Or la critique du recourant revient pour l'essentiel à mettre en cause la constatation selon laquelle des produits mis sur le marché par le Laboratoire central étaient infectés; elle n'est pas recevable dans le cadre d'un pourvoi en nullité (cf. supra, consid. 1b).

Le virus HIV entraîne chez beaucoup de personnes infectées le développement du SIDA puis la mort; l'infection par le virus HIV met en danger la vie avec un haut degré de probabilité (ATF 125 IV 242 consid. 2b/dd p. 247/48). La remise à des hémophiles de produits sanguins infectés crée donc manifestement un danger concret de mort.

b) Le recourant a soutenu qu'il n'y avait pas eu de mise en danger individuelle.

Il y a exposition au sens de l'art. 127 CP quand une personne a été mise en danger. Une telle mise en danger individuelle est notamment réalisée lorsque l'auteur veut ou accepte la mise en danger de la vie ou de l'intégrité corporelle d'une personne précise ou d'un groupe de personnes déterminé. Cette notion s'oppose à celle de la mise en danger collective, figurant par exemple à l'art. 221 al. 1 CP, qui vise de manière générale une mise en péril, relativement indéterminée au moment de l'acte, de n'importe quel bien juridique protégé (ATF 117 IV 285 consid. 2a; 85 IV 130 consid. 1; José Hurtado Pozo, op. cit. , n. 537 p. 150).

L'autorité cantonale a constaté que les hémophiles suisses ayant utilisé les produits du Laboratoire central avaient été mis en danger; il s'agit d'un groupe de personnes déterminé ou du moins déterminable. Il y a donc bien eu mise en danger individuelle. Comme l'a relevé à bon escient l'autorité cantonale, le seul fait que de nombreuses personnes aient été mises en danger et non pas une seule ou un petit nombre ne saurait évidemment conduire à exclure l'application de l'art. 127 CP et, partant, à conduire à l'impunité.

c) Le recourant a objecté qu'il n'avait pas de position de garant à l'égard des hémophiles suisses.

aa) L'autorité cantonale a retenu que le recourant avait une telle position car en qualité de directeur général du Laboratoire central, il devait veiller à la qualité du sang récolté, fabriqué et distribué, que le Laboratoire central occupait en Suisse une situation de quasi-monopole pour la distribution des produits coagulants et que ledit laboratoire fournissait directement des produits sanguins à des hémophiles qui n'étaient ni membres de l'Association suisse des hémophiles ni au bénéfice d'une ordonnance délivrée par un médecin. L'autorité cantonale en a déduit que le recourant avait le devoir de protéger les hémophiles contre les risques de contamination par des produits distribués par le Laboratoire central.

Selon le recourant, le droit suisse n'a pas institué de responsabilité pénale du fabricant pour ses produits et l'on ne peut la déduire de la responsabilité civile du fait des produits. Le recourant a ensuite allégué qu'il n'avait lui-même jamais soigné ni conseillé d'hémophile et que ni le Laboratoire central ni la Croix-Rouge n'avaient le devoir particulier de veiller sur tel ou tel groupe de la population suisse. Le recourant a enfin soutenu que la seule relation entre le Laboratoire central et les hémophiles était un contrat de vente qui n'entraînait pas de position de garant du vendeur à l'endroit de l'acheteur.

bb) En vertu de l'art. 127 CP, seul celui qui a la garde de la personne mise en danger ou qui a le devoir de veiller sur elle peut se rendre coupable d'exposition. Alors que le devoir de veiller découle de la loi ou d'un contrat, le rapport de garde peut être la conséquence d'une simple situation de fait; un rapport de garde peut notamment découler d'un rapport particulier entre deux ou plusieurs personnes dont l'une, dans le cadre d'une activité pouvant présenter un certain danger, apparaît plus forte ou plus expérimentée que l'autre. Le devoir de veiller ou le rapport de garde doivent exister en vertu de relations liant les diverses personnes avant que ne survienne le danger; la survenance du danger ne crée pas l'obligation dont l'art. 127 CP réprime la violation, mais constitue seulement l'occasion de l'exécuter (ATF 108 IV 14 consid. 3). L'auteur doit dans tous les cas occuper une position de garant face aux biens juridiques protégés par l'art. 127 CP (Jörg Rehberg/Niklaus Schmid, op. cit. , p. 39; Günter Stratenwerth, op. cit. BT I, § 4 n. 49; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2e éd. 1997, n. 2 ad 127 CP).

Le recourant s'est en particulier référé à un article de Niklaus Schmid (Niklaus Schmid, Von der zivilrechtlichen zur strafrechtlichen Produktheftung, in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 647 ss). Certes, cet auteur y rejette en principe l'idée que le fabricant ait une position de garant pour ses produits, mais il ne traite que de l'hypothèse où les défauts du produit ne se révèlent qu'après la vente; son étude est limitée d'une part à la responsabilité pénale du fait des produits en cas de délits matériels par négligence, et d'autre part, au cas où le fabricant omet de rappeler un produit dont les défauts n'ont été reconnus et n'étaient reconnaissables qu'après la vente, donc de défauts qui ne pouvaient pas être évités lors du développement, de la fabrication et de la vente, même en faisant preuve de la diligence requise. Le cas d'espèce est différent: il ne porte pas sur des homicides ou des lésions corporelles par négligence mais sur une mise en danger intentionnelle essentiellement par commission, soit par l'écoulement de produits sanguins dont le recourant savait qu'ils pouvaient être contaminés. L'avis émis par Schmid dans l'article cité est donc sans pertinence pour le cas d'espèce.

cc) On peut se demander si, au vu de la situation de fait, il n'y aurait pas lieu de retenir l'existence d'un rapport de garde. En effet, selon les constatations de fait de l'autorité cantonale, le Laboratoire central avait, à l'égard des hémophiles suisses, une situation de quasi-monopole; les hémophiles avaient un besoin absolu des produits coagulants en question. Il existait dès lors une situation de quasi-dépendance entre vendeur et acheteur en relation avec un produit qui avait la particularité décisive d'être nécessaire à la survie des acheteurs en cas de saignement; la comparaison que le recourant entend tirer avec la responsabilité du vendeur de voitures tombe en tout cas à faux. Dans les circonstances d'espèce, on peut sérieusement se demander si le vendeur d'un produit censé sauver la vie menacée de l'acheteur n'a pas, à l'égard de ce dernier, des obligations particulières et ne doit donc pas veiller à ce que ce produit ne contienne pas un agent mortel. La question peut rester indéterminée en l'espèce.

En effet, en vertu de l'art. 29 aLEp (Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, dite loi sur les épidémies, du 18 décembre 1970, RS 818. 101, dans la version en vigueur jusqu'au 30 juin 1997, RO 1974 I 1077), celui qui détient ou utilise des agents pathogènes ou leurs produits métaboliques doit prendre toutes mesures propres à exclure des dommages aux hommes et aux animaux. Par agents pathogènes, on entend notamment, comme le dit maintenant expressément l'art. 2 al. 2 LEp (cf. FF 1993 II 1373), les organismes tels les virus qui peuvent provoquer une maladie infectieuse chez l'homme; le SIDA respectivement le virus HIV tombent sous cette définition (Walter Haller, Grundrechte und Epidemienengesetz, in Droit et SIDA, Office fédéral de la santé publique 1990, p. 58). Il existait donc, au moment des faits reprochés au recourant, un devoir légal de celui qui détenait du sang contaminé par le virus HIV de veiller à éviter des dommages aux hommes; ce devoir incombait notamment au recourant en sa qualité de directeur-général du Laboratoire central dès lors qu'il était pleinement conscient, dès avril 1985, du fait que les produits offerts étaient susceptibles de transmettre le virus HIV aux hémophiles qui les utilisaient.

d) Le recourant a objecté qu'il n'avait pas été constaté que les victimes étaient hors d'état de se protéger.

Est hors d'état de se protéger celui qui, dans une situation concrète, n'est pas en mesure lui-même de sauvegarder ou de retrouver son intégrité corporelle ou sa santé (Martin Schubarth, op. cit. , art. 127 aCP n. 7; José Hurtado Pozo, op. cit. , n. 548 p. 153; Jörg Rehberg/ Niklaus Schmid, op. cit. , p. 39, Günter Stratenwerth, op. cit. BT I, § 4 n. 48). Tel est manifestement le cas de l'hémophile pris d'un saignement; il a sans délai besoin d'un produit coagulant, fabriqué et vendu par un tiers, pour arrêter la perte de sang.

Le recourant argumente que cet état d'incapacité de se protéger n'existe que dans des situations d'urgence lorsque l'hémophile saigne et qu'il a besoin de l'aide d'un tiers pour s'injecter ou se procurer le produit coagulant. Dans toutes les autres situations, cet état d'incapacité n'existe pas. Il en va notamment ainsi lorsque l'hémophile acquiert le produit coagulant à un moment où il n'y a pas d'urgence; dans ce cas, l'hémophile se trouve dans la situation d'un consommateur appelé à choisir puis à acheter un produit. Il n'est donc pas hors d'état de se protéger du danger créé par des produits infectés. Le recourant conteste que le degré d'information des hémophiles soit pertinent pour trancher cette question.

Cette façon de voir ne saurait être suivie. Un hémophile informé du risque de contamination que présentaient les produits coagulants du Laboratoire central aurait certes été en mesure de faire un choix entre ces produits et ceux d'un laboratoire concurrent, appliquant d'autres méthodes de fabrication. Toutefois, la cour cantonale a constaté que le Laboratoire central avait laissé les hémophiles, leurs médecins et leur association dans l'ignorance de la situation réelle, et que le

recourant avait faussement prétendu que les produits vendus depuis le 1er juillet 1985 étaient testés. Dans ces circonstances, le fait que les hémophiles n'étaient pas pressés par le temps et pouvaient choisir entre les produits de divers fabricants est sans pertinence; dans l'ignorance des faits, ils étaient hors d'état de se protéger.

Au vu de ce qui précède, il apparaît que la cour cantonale n'a pas violé l'art. 127 CP.

3.- Le recourant s'est plaint d'une violation de l'art. 18 CP; il estime que c'est à tort que l'autorité cantonale a admis le dol éventuel en considérant qu'il avait accepté la mise en danger des hémophiles. Les éléments ressortant du dossier ne permettraient pas une telle conclusion.

Toute la motivation présentée par le recourant revient à une critique de l'appréciation des preuves de l'autorité cantonale et des conclusions qu'elle en a tirées, à savoir que le recourant s'était "accommodé de la survenance d'un danger de contamination pour les hémophiles" et que son acte ne pouvait pas "s'interpréter autrement que comme l'acceptation de ce résultat". Or déterminer ce qu'une personne sait ou veut, ou l'éventualité à laquelle elle consent, est une constatation de fait qui lie le Tribunal fédéral (ATF 123 IV 155 consid. 1a p. 156). Le grief est pour ce motif irrecevable (cf. supra, consid. 1b).

4.- Le recourant s'est plaint enfin d'une violation de l'art. 23 CP; il a affirmé que le délit impossible présupposait le dol pur et simple, ce qui le rendait incompatible avec le dol éventuel.

Chaque fois que la loi exige l'intention, les deux formes de dol - dol direct et dol éventuel - sont équivalentes. En revanche, lorsque la loi exige que l'auteur ait agi "consciemment", le dol éventuel n'est pas suffisant (ATF 94 IV 64). Il en va par exemple ainsi en cas d'incendie intentionnel qualifié (art. 221 al. 2 CP) et de fausse alerte (art. 128bis CP) (Günter Stratenwerth, op. cit. AT I, § 9 n. 111 s.; Jörg Rehberg, Strafrecht I, 6e éd., Zurich 1996, p. 67/68; Stefan Trechsel/Peter Noll, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 5e éd., Zurich 1998, p. 101 et 104). Ce n'est pas le cas de l'exposition (art. 127 CP), de sorte que le dol éventuel suffit.

L'équivalence des deux formes de dol vaut également par rapport à la tentative (ATF 112 IV 65 consid. 3b; 120 IV 17 consid. 2c p. 22, 199 consid. 3e p. 206), et cela pour toutes les formes de tentative (Stefan Trechsel, op. cit., n. 2 Vor art. 21; Günter Stratenwerth, op. cit. AT I, § 12 n. 20; Paul Logoz/Yves Sandoz, Commentaire du code pénal suisse, partie générale, 2e éd., Neuchâtel 1976, art. 21-23 n. 2, p. 110). Le délit impossible au sens de l'art. 23 CP constituant l'une des formes de tentative prévues par la loi, il faut admettre que le dol éventuel suffit pour commettre une infraction sous la forme du délit impossible. Le Tribunal fédéral a ainsi récemment admis qu'il pouvait y avoir délit impossible de blanchissage d'argent (art. 305bis CP) si l'auteur, à tort, envisage la possibilité que l'argent provienne d'un crime et s'en accommode (arrêt non publié du 24 février 1999, 6S.66/1999). On ne voit d'ailleurs pas pour quel motif il y aurait lieu de traiter différemment celui qui, en posant un acte n'entraînant pas de mise en danger, est sûr d'en créer une et celui qui n'en est pas sûr, mais envisage cette possibilité et s'en accommode.

Il résulte de ce qui précède que la cour cantonale n'a pas violé l'art. 23 CP en condamnant le recourant pour délit impossible d'exposition par dol éventuel.

5.- Les enfants du condamné ont continué la procédure engagée par leur père décédé. Ils supportent par conséquent les frais de la présente procédure, conjointement et solidairement entre eux (art. 278 PPF; art. 156 al. 7 OJ).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral,

1. Rejette le pourvoi dans la mesure où il est recevable.

2. Met à la charge de Y._____, R._____ et Z._____, conjointement et solidairement entre eux, un émolument judiciaire de 2'000 francs.

3. Communique le présent arrêt en copie aux mandataires des enfants du recourant, au Procureur général du canton de Genève et à la Cour de cassation genevoise.

_____
Lausanne, le 7 mars 2000

Au nom de la Cour de cassation pénale
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président,

La Greffière,