L'exclusion permanente de tout homme homosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne

Don de sang et non-discrimination (CJUE)

Yehudi Pelosi

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/1390>

DOI : 10.4000/revdh.1390

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Yehudi Pelosi, « L'exclusion permanente de tout homme homosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 01 juillet 2015, consulté le 24 janvier 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1390> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1390>

Ce document a été généré automatiquement le 24 janvier 2022.

Tous droits réservés

L'exclusion permanente de tout homme homosexuel ou bisexuel du don de sang à l'épreuve du droit de l'Union européenne

Don de sang et non-discrimination (CJUE)

Yehudi Pelosi

- 1 L'article L. 1211-6-1 du code de la santé publique dispose que « **nul ne peut être exclu du don de sang en dehors de contre-indications médicales** ». Pourtant, en application de l'arrêté fixant les critères de sélection des donneurs de sang, les « **hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme** » font l'objet d'une **contre-indication permanente au don**¹. Cet arrêté dispose ainsi que le fait, pour une personne de sexe masculin, d'avoir eu ne serait-ce qu'un rapport sexuel au cours de son existence avec un autre homme, lui interdit définitivement de se porter utilement candidat au don de sang. Aussi ces dispositions empêchent-elles, *de facto*, les hommes homosexuels et bisexuels de donner leur sang en France, sauf à se placer sciemment en infraction, en mentant sur leur orientation sexuelle.
- 2 Par un arrêt du 29 avril 2015, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de juger que ce règlement est susceptible de comporter, à l'égard des personnes homosexuelles, **une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle**². Cependant, pour la Cour de Luxembourg, le traitement moins favorable ainsi réservé aux hommes homosexuels et bisexuels **n'est pas, par principe, contraire au droit de l'Union**.
- 3 La balle est ainsi renvoyée au **juge national**, auquel revient la charge de vérifier, au regard de la situation nationale, si la différence de traitement instituée par les pouvoirs publics français est bien justifiée.
- 4 Cette décision juridictionnelle intervient alors qu'une **solution politique** paraît prochaine. Le 3 avril 2015, l'Assemblée nationale a en effet adopté à l'unanimité un amendement parlementaire au projet de loi de modernisation de notre système de santé tendant à compléter l'article L. 1211-6-1 précité du code de la santé publique par

un alinéa ainsi rédigé : « *Nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle* »³.

- 5 Alors qu'un amendement tout à fait analogue n'avait pas été retenu par le Parlement lors des débats en 2011 sur le projet de loi relative à la bioéthique⁴, le législateur semble ainsi en passe de trancher une question qui alimente depuis plusieurs années les débats politiques ainsi que les rapports administratifs et parlementaires qui n'étaient pas, jusque-là, parvenus à lever les incertitudes pesant sur le régime des « *hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme* »⁵.
- 6 D'un côté, leur exclusion du don de sang ne manque pas de surprendre, voire d'indigner, en ce qu'elle ne paraît pas fondée sur **le niveau de risque individuel** de chaque donneur, mais sur **son orientation sexuelle**. En outre, la mise en œuvre d'une telle exclusion permanente implique, concrètement, le **fichage** – à titre tout aussi permanent – de tout candidat refusé en raison de son homosexualité ou de sa bisexualité.
- 7 De l'autre, les partisans du maintien de cette exclusion font notamment valoir que, d'une part, nul ne saurait se prévaloir d'un **droit de donner son sang**⁶, et, d'autre part, les hommes homosexuels représenteraient la population **la plus touchée par la contamination par le VIH** tant en termes de prévalence que d'incidence de l'infection⁷. De sorte que le maintien de cette exclusion ne porterait pas atteinte à leurs **droits**, alors que sa remise en cause présenterait des **risques** de contamination pour les receveurs des dons.
- 8 Bien qu'en vertu de son article 3, le pouvoir réglementaire soit en principe tenu de réviser annuellement l'arrêté fixant les critères de sélection des donneurs de sang, le texte édicté en 2009 qui prévoit l'exclusion permanente des hommes homosexuels demeure pour l'heure inchangé.
- 9 Dans ces conditions, et alors même que, dans un arrêt inédit du 18 octobre 2012, la cour administrative d'appel de Paris avait validé cette mesure⁸, la Cour de justice de l'Union européenne a été récemment saisie d'une question préjudicielle transmise par le tribunal administratif de Strasbourg à l'occasion du litige né du recours formé par un donneur contre la décision par laquelle le médecin responsable de la collecte avait refusé son don de sang au motif qu'il avait eu une relation sexuelle avec un homme⁹.
- 10 La réponse de la Cour de Luxembourg ne paraît pas à même de clore les débats, celle-ci ayant largement **renvoyé au pouvoir d'appréciation du juge national**. Néanmoins, elle a tout de même apporté des précisions inédites sur la lecture qu'il convient de retenir des dispositions applicables.
- 11 D'une part, la Cour a considéré que si la réglementation française réserve aux hommes homosexuels et bisexuels un **traitement moins favorable** que les hommes hétérosexuels, une telle différence de traitement **ne méconnaît pas nécessairement le droit de l'Union (1°)**. D'autre part, elle n'a pas pour autant donné son blanc-seing aux pouvoirs publics nationaux en imposant au juge national de veiller notamment au respect du **principe de proportionnalité** par cette mesure (2°).

1°/- Une exclusion ne méconnaissant pas, par principe, le droit de l'Union

- 12 Pour la Cour de Justice, l'exclusion des hommes homosexuels et bisexuels du don de sang ne méconnaît, en soi, ni l'exigence de réserver les mesures d'exclusion permanente aux **risques les plus élevés** (A), ni l'interdiction des **discriminations fondées sur l'orientation sexuelle** (B).

A – Une contre-indication permanente ne méconnaissant pas nécessairement les directives applicables

- 13 **En droit de l'Union**, l'article 19 de la directive 2002/98/CE du 27 janvier 2003 prévoit notamment qu'un professionnel de la santé qualifié doit « *recueillir auprès [des donneurs] les informations nécessaires pour établir leur admissibilité à donner et juge en conséquence de leur admissibilité* »¹⁰. En vertu de l'article 29 de la même directive, il existe des « *critères d'exclusion permanente* » et des « *critères d'exclusion temporaire* » des candidats au don de sang, critères que la directive 2004/33 du 22 mars 2004 est venue préciser¹¹.
- 14 En son annexe III, cette directive dispose que quatre catégories de personnes font l'objet de mesures d'exclusion **permanente** des dons homologues : les personnes porteuses de certaines maladies, notamment le « VIH 1/2 », ou présentant certains symptômes pathologiques, celles ayant consommé de la drogue par voie intraveineuse ou intramusculaire, les receveurs d'une xénogreffe ainsi que les « *sujets dont le comportement sexuel les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang* »¹². Toutefois, aux termes de la même annexe, parmi les personnes ne devant être exclues qu'à titre **temporaire** figurent les « *individus dont le comportement sexuel [...] les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang* »¹³. Ces personnes ne sont exclues, « *après la fin du comportement à risque* », que « *pendant une période dont la durée dépend de la maladie en question et de la disponibilité de tests adéquats* »¹⁴.
- 15 Le texte de ces directives ne tranche donc pas explicitement le sort des candidats de sexe masculin ayant eu un ou plusieurs rapports sexuels avec une ou plusieurs personnes du même sexe.
- 16 **En droit national**, les critères de sélection des donneurs de sang sont fixés par un arrêté du ministre de la santé et des sports en date du 12 janvier 2009 pris sur le fondement de l'article R. 1221-5 du code de santé publique. Le 1^{er} du V de l'article 1^{er} de cet arrêté relatif aux caractéristiques cliniques du donneur dispose que « *le candidat est ajourné du don s'il présente une contre-indication mentionnée dans l'un des tableaux figurant en annexe II du présent arrêté* ». Parmi les contre-indications justifiées par des « *risques pour le receveur* » de « *transmission d'une infection virale* » et, plus précisément, par un « *risque d'exposition du candidat au don à un agent infectieux transmissible par voie sexuelle* », ladite annexe II vise notamment une catégorie « **Homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme** ». Il s'agit là d'une contre-indication « **permanente** ».
- 17 Autrement dit, cet arrêté dispose que les « *Hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme* » sont **tous** interdits du don de sang, et ce, **ad vitam aeternam**. Autrement dit, le droit national conduit à évincer de manière à la fois **systématique** et **permanente** tout homme homosexuel ou bisexuel du don de sang.

- 18 **Pour vérifier la conformité de cette disposition avec les directives précitées**, la Cour de justice a, en premier lieu, précisé le sens qu'il convient de retenir des dispositions applicables en droit de l'Union.
- 19 Les textes prêtent, il est vrai, à interprétation. D'une part, ils ne précisent pas si les relations homosexuelles entre hommes doivent être considérées comme risquées. D'autre part, et en tout état de cause, les candidats au don de sang ayant eu de telles relations peuvent être classées, selon la lecture que l'on retient des termes de la directive 2004/33, soit parmi les « *sujets dont le comportement sexuel les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang* », soit parmi les « *individus dont le comportement sexuel [...] les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang* ». Autrement dit, soit dans la catégorie des candidats exclus à titre permanent, soit dans celle des candidats devant être priés de revenir quelques mois plus tard pour se soumettre à des tests de dépistage et pouvoir ensuite donner leur sang en cas de résultats négatifs.
- 20 Ainsi, à tout le moins dans leur version en langue française, ces catégories de personnes sont toutes définies par référence à un comportement sexuel les exposant à un « **risque** ». Certes, dans d'autres versions linguistiques, elles sont distinguées par un **niveau** de risque différent. Dans les versions danoise, estonienne, anglaise, italienne, néerlandaise, polonaise ou portugaise, les exclusions permanentes sont réservées aux comportements à « *risques élevés* ». Mais dans d'autres versions encore, les versions espagnole et allemande, ce sont l'ensemble des exclusions, temporaires comme permanentes, à répondre à des comportements à « *risques élevés* ». La disparité entre les diverses versions linguistiques est donc flagrante. Or, ainsi que la Cour de Justice l'a explicitement relevé dans l'arrêt commenté, il est constant que, dans une telle hypothèse, aucune version linguistique ne saurait primer sur les autres, les dispositions du droit de l'Union devant être interprétées et appliquées de manière uniforme, à la lumière de l'ensemble de leurs versions linguistiques¹⁵.
- 21 Conformément à sa jurisprudence constante en la matière, c'est donc au regard de leur économie générale et de la finalité de la réglementation dont elles constituent un élément que les dispositions de l'annexe III de la directive 2004/33 ont été interprétées en l'espèce par la Cour de Luxembourg. Cette dernière a ainsi considéré qu'en toute bonne logique, dès lors que la directive distingue, d'un côté l'exclusion temporaire, et, de l'autre, un exclusion permanente « *plus stricte* », et que sa finalité est d'assurer des dons de sang en réduisant au minimum les risques de transmission de maladies infectieuses, l'exclusion permanente doit donc logiquement trouver à s'appliquer **lorsque « le risque d'une telle transmission est plus élevé »**. L'exclusion temporaire porte naturellement quant à elle « *sur un risque moins élevé* ».
- 22 Il en résulte que, dès lors qu'un comportement sexuel expose des individus à « *un « risque élevé » de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang* », ces individus doivent faire l'objet d'une exclusion permanente du don de sang.
- 23 Toutefois, faute d'identification, aux termes de la directive, des individus ou catégories d'individus susceptibles de répondre à cette définition, la Cour estime donc qu'une marge d'appréciation est laissée aux Etats membres dans son application sur ce point à la seule condition qu'ils répondent bien à cette exigence de l'existence d'un « *risque élevé* ».

- 24 Partant, dans l'hypothèse où les « *hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme* » seraient soumis à un tel « *risque élevé* » au regard de la situation épidémiologique en France, une contre-indication permanente les visant ne serait pas contraire aux dispositions de cette directive.
- 25 Une telle contre-indication ne méconnaît donc pas, par principe, les termes textuels de ces dispositions tels que précisés par la Cour de justice.

B – Une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle ne méconnaissant pas nécessairement les droits fondamentaux

- 26 Mais encore faut-il que l'application ainsi faite par les autorités nationales de ces dispositions ne conduise pas à méconnaître les **droits fondamentaux** de l'Union¹⁶.
- 27 Autrement dit, à supposer même que l'on puisse, à raison, estimer que le comportement des hommes homosexuels et bisexuels en France présente des « *risques élevés* » et que ceux-ci entrent donc bien dans l'une des catégories susceptibles d'être visées par une exclusion définitive, encore faut-il que la contre-indication ainsi décidée à l'encontre de ces individus ne méconnaisse pas des principes supérieurs. Elle ne doit notamment pas méconnaître l'interdiction des **discriminations fondées sur l'orientation sexuelle** découlant de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux et du principe général de l'égalité de traitement¹⁷.
- 28 C'est la raison pour laquelle, la Cour de Luxembourg s'est attachée à vérifier l'existence, en l'espèce, d'une éventuelle discrimination. A cet égard, la Cour a jugé que :
- 29 « *En prenant comme critère d'une contre-indication permanente au don de sang le fait d'être un « homme ayant eu une relation sexuelle avec un homme », le tableau B de l'annexe II de l'arrêté du 12 janvier 2009 détermine l'exclusion du don de sang en fonction de l'orientation homosexuelle des donneurs masculins qui, en raison du fait qu'ils ont entretenu une relation sexuelle correspondant à cette orientation, subissent un traitement moins favorable que les personnes hétérosexuelles masculines.*
- 30 *Dans ces conditions, l'arrêté du 12 janvier 2009 est susceptible de comporter, à l'égard des personnes homosexuelles, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, au sens de l'article 21, paragraphe 1, de la Charte* » (points 49 et 50).
- 31 Pour la Cour de justice, indépendamment même de l'existence ou de l'absence d'un droit de donner son sang, le fait, pour un donneur masculin, de ne pas pouvoir le faire au motif d'avoir entretenu une relation sexuelle **correspondant à l'orientation homosexuelle** est bel et bien constitutif d'un **traitement moins favorable** que celui destiné aux hommes hétérosexuels. Partant, **il s'agit bien d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle susceptible d'être constitutive d'une discrimination contraire aux droits fondamentaux de l'Union.**
- 32 Sur ce point, la solution de la Cour emporte la conviction. En effet, malgré le ton bureaucratique utilisé par l'administration française et l'évidente volonté de cerner cette situation par une expression prétendument fondée sur une constatation de fait objective et rationnelle, l'appellation nationale « *homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme* » – connue également sous l'acronyme « *HSH* » ou encore le code « *FR08* » – vise à n'en pas douter les **hommes homosexuels et bisexuels en raison de leur orientation sexuelle**. Si cette orientation n'est pas expressément mentionnée aux termes de la réglementation française, on ne saurait raisonnablement croire que la

typologie déterminée par les pouvoirs publics nationaux se borne à viser une pratique, sans discriminer en fonction de l'orientation sexuelle des individus se livrant à cette pratique. Cette typologie a bien pour objet ou à tout le moins pour effet d'appréhender juridiquement non seulement un **comportement**, mais plus fondamentalement **l'orientation sexuelle correspondant à ce comportement**. Et s'il est vrai que l'exclusion du don de sang ne se confond pas pleinement avec un refus d'accès à un bien ou à un service, il n'en demeure pas moins que l'exclusion permanente de ce dispositif d'aide et d'assistance sur le seul fondement de l'orientation sexuelle du candidat ne manque d'être vécue comme une mesure stigmatisante et discriminatoire¹⁸.

- 33 Cependant, aux termes de l'arrêt commenté, la Cour de justice de l'Union européenne a également considéré que la différence de traitement instituée au détriment des hommes homosexuels candidats au don de sang peut, dans certaines conditions, être justifiée et ne méconnaît donc pas, par principe, les droits fondamentaux de l'Union.
- 34 Tout d'abord, elle est « **prévues par la loi** » au sens de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux en ce qu'elle procède de l'arrêté du 12 janvier 2009.
- 35 Ensuite, elle « **respecte le contenu essentiel du principe de non-discrimination** » – une fois encore au sens de l'article 52 de la Charte – en ce qu'elle ne porte, selon la Cour, « *que sur la question, de portée limitée, des exclusions du don de sang en vue de protéger la santé des receveurs* ». Elle ne remet donc pas en cause le principe de non-discrimination en tant que tel.
- 36 En outre, dès lors qu'elle a pour objet d'exclure du don de sang les candidats présentant un risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang, cette différence de traitement tend à réduire le risque de transmission de telles maladies aux receveurs. Elle poursuit donc l'objectif « *d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine* », lequel est sans aucun doute constitutif d'un **objectif d'intérêt général**.
- 37 Enfin, la Cour n'exclut pas que, dans certaines conditions, l'atteinte ainsi portée aux droits fondamentaux puisse être jugée comme appropriée et nécessaire à la réalisation de ces objectifs et qu'elle ne méconnaisse pas nécessairement le principe de proportionnalité. Pour la Cour, l'exclusion permanente du don de sang pour l'ensemble des hommes homosexuels peut être jugée comme proportionnée aux objectifs visés à la condition qu'il n'existe pas, pour l'Etat en cause, d'autres mesures appropriées moins contraignantes permettant d'atteindre un niveau élevé de protection de la santé des receveurs.
- 38 Ainsi, bien que susceptible d'être constitutive d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'exclusion des hommes homosexuels du don de sang a donc été, *in abstracto*, admise par la Cour de justice de l'Union européenne.
- 39 Sur ce point, sa décision n'a pas manqué d'être **critiquée** en ce qu'elle perpétuerait ainsi des stéréotypes sur les pratiques sexuelles des hommes homosexuels et bisexuels¹⁹. Tel que l'a fait valoir Alina Tryfonidou, en admettant, en principe, la possibilité d'une telle exclusion, la décision de la Cour entretiendrait le préjugé selon lequel l'ensemble des hommes homosexuels et bisexuels seraient nécessairement amenés à avoir des relations non-protégées avec des partenaires occasionnels – préjugé au demeurant peu compatible avec l'ouverture du mariage aux couples de même sexe²⁰. Dans une telle perspective, le seul fait de se fonder sur l'orientation sexuelle des

candidats au don de sang et non sur leurs pratiques individuelles aurait dû être sanctionné.

- 40 Ce n'est en tout état de cause pas ce qu'a retenu la Cour de Luxembourg, laquelle a préféré ne pas interdire de manière absolue une telle différence de traitement. Mais elle a encadré strictement les conditions dans lesquelles les autorités nationales peuvent y avoir recours et a renvoyé au juge national le soin de veiller, *in concreto*, à la nécessité et à la proportionnalité, au regard du contexte national, d'une telle mesure.

*

2°/- Une exclusion ne pouvant être admise que sous certaines conditions, appréciées, *in concreto*, par le juge national

- 41 Le juge national devra vérifier, premièrement, si la contre-indication permanente mise en place par le pouvoir réglementaire français est bien **justifiée par les connaissances médicales, scientifiques et épidémiologiques actuelles** (A). Il lui appartiendra également de contrôler **la proportionnalité de la différence de traitement ainsi instituée**, et ce, à la lumière des **moyens actuels de détection de maladies et d'identification des risques** (B).

A – Une contre-indication permanente devant être justifiée par les connaissances médicales, scientifiques et épidémiologiques actuelles

- 42 Ainsi qu'il l'a été dit, il ressort de l'arrêt commenté que les dispositions prévoyant une contre-indication permanente au don de sang, en France, pour les « *hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme* » ne peuvent être regardées comme conforme aux termes des directives applicables qu'à la condition que les individus ainsi désignés soient effectivement soumis à un « **risque élevé** » de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang.
- 43 En effet, s'il venait à être retenu que ces personnes ne sont soumises qu'à un risque **non-élevé**, elles relèveraient nécessairement des catégories de personnes ne pouvant faire l'objet, aux termes de la directive 2004/33, que de mesures d'exclusions **temporaires** du don de sang. Dans une telle hypothèse, toute mesure de contre-indication permanente prononcée à leur encontre serait donc contraire aux dispositions de cette directive.
- 44 La Cour de Luxembourg précise à cet égard que, pour effectuer ce contrôle, le juge national devra « **prendre en compte la situation épidémiologique en France** ». Il conviendra notamment de vérifier si, tel que le soutenaient devant la Cour le gouvernement français et la Commission, la situation de la France présente bien « *un caractère spécifique* ».
- 45 Dans une telle hypothèse, la Cour de justice de l'Union européenne paraît ainsi admettre qu'une distinction puisse être opérée entre, d'un côté, les « *hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme* » **résidant en France**, et, de l'autre, les hommes

ayant eu de tels rapports mais **résidant dans un autre Etat membre**, et ce, eu égard à la spécificité de la situation épidémiologique française. Il n'est pas inintéressant de souligner que cela reviendrait en quelque sorte à retenir que les hommes homosexuels et bisexuels résidant en France seraient soumis à un risque plus élevé que les hommes homosexuels et bisexuels résidant dans des Etats tels que l'Espagne, la Finlande, la Hongrie, l'Italie, la Lettonie, la Pologne, le Portugal, le Royaume-Uni ou encore la Suède, où les hommes homosexuels et bisexuels ne font l'objet plus que d'exclusions temporaires au don de sang²¹.

- 46 Quoi qu'il en soit, la Cour n'a pas préjugé de l'existence d'une telle spécificité éventuelle de la situation des hommes homosexuels et bisexuels résidant en France. Elle a en effet estimé qu'il appartenait à la **juridiction de renvoi** d'en juger, et ce, « à la lumière des connaissances médicales, scientifiques et épidémiologiques actuelles ».
- 47 Le juge national devra plus particulièrement vérifier les données avancées devant la Cour de justice par le gouvernement français et la Commission et fournies par l'Institut de veille sanitaire français et par le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies.
- 48 Usant du conditionnel de précaution, la Cour a en effet explicitement visé ces données en rappelant que, premièrement, « il [en] ressortirait [...] que la quasi-totalité des contaminations par le VIH, pour la période allant de l'année 2003 à l'année 2008, est due à un rapport sexuel et que les hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes représentent la population la plus touchée correspondant à 48 % des nouvelles contaminations ». Deuxièmement, « sur la même période, si l'incidence globale de l'infection par le VIH a baissé, notamment en ce qui concerne les rapports hétérosexuels, elle n'aurait pas diminué pour les hommes ayant des relations sexuelles avec des hommes ». Troisièmement, « ceux-ci représentaient, toujours sur la même période, la population la plus touchée par la contamination par le VIH, avec un taux d'incidence de 1 % par an, qui serait 200 fois supérieur à celui de la population hétérosexuelle française ». Enfin, « c'est en France que la prévalence du VIH au sein du groupe des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes serait la plus élevée parmi tous les États étudiés ».
- 49 Ce sera au juge français de contrôler si ces données sont bien « fiables » et « si elles sont toujours pertinentes » et ainsi déterminer si, en France, un homme ayant eu un rapport sexuel avec un homme est ou non soumis à un « **risque plus élevé** » que celui auquel sont soumises les personnes ayant eu d'autres comportements sexuels à risque visés par des mesures d'exclusion temporaires. En vertu de la réglementation en vigueur en France, il s'agit des personnes ayant eu, par exemple, des « **rapport(s) sexuel(s) non protégé(s) avec un partenaire occasionnel** », des « **rapports sexuels non protégés avec un nouveau partenaire depuis moins de deux mois** », des rapports sexuels avec « **plus d'un partenaire dans les quatre derniers mois** », ou encore avec un « **partenaire ayant une sérologie positive pour : VIH, HTLV, VHC, VHB (AgHBs+)** »²².
- 50 Si le juge national venait à considérer que les « **hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme** » sont bien soumis à un « **risque élevé** » de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang, encore faudra-t-il qu'il veille à ce que la contre-indication permanente qui les vise ne soit pas constitutive d'une mesure disproportionnée, en l'occurrence, **une discrimination excédant ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi de protection de la santé des receveurs de dons**.

B – Une différence de traitement devant être jugée nécessaire, faute de techniques efficaces de détection de maladies et d'autres méthodes adaptées moins contraignantes

- 51 La Cour de justice de l'Union européenne précise que le juge national devra vérifier, dans un premier temps, qu'il n'existe pas, en l'état actuel des connaissances scientifiques, des **techniques efficaces de détection du VIH** qui permettraient d'éviter la transmission aux receveurs de ce virus. La Cour vise par là notamment **la mise en quarantaine des dons** des « *hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme* » ou encore **la détection systématique du VIH pour l'ensemble des dons**. Avant d'admettre la différence de traitement en cause, le juge national devra ainsi veiller à ce qu'il n'existe pas de telles techniques qui permettraient d'assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs, sans pour autant représenter une charge démesurée pour les finances publiques par rapport aux objectifs de protection de la santé visés.
- 52 Le juge national devra ainsi veiller à la fois à l'efficacité des mesures envisageables – la capacité de ces mesures d'atteindre l'objectif visé – mais également leur efficience – au sens du rapport entre les résultats atteignables et les ressources à mobiliser. Autrement dit, la première question à laquelle devra répondre le juge national est la suivante : **eu égard aux progrès de la science ou de la technique sanitaire, existe-t-il des techniques efficaces de mise en quarantaine et de détection, dont le coût ne serait pas démesuré, qui permettrait d'accepter les dons d'hommes homosexuels et bisexuels tout en veillant à la santé des receveurs ?**
- 53 Dans l'affirmative, la discrimination en cause ne saura être admise. Dans la négative, le juge national devra se poser une autre question : **existe-t-il des méthodes qui permettraient d'assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs tout en étant moins contraignantes que l'exclusion permanente de tout homme ayant eu ne serait-ce qu'un rapport sexuel avec un homme au cours de son existence ?** Il ne s'agit plus là d'interroger les capacités techniques de détection du VIH, mais les moyens de mieux identifier les comportements à risque et ainsi d'envisager des contre-indications mieux ciblées.
- 54 Le juge national devra ainsi, dans un second temps, vérifier notamment si des **questions ciblées**, posées au donneur lors de l'entretien préalable au don, permettraient de mieux évaluer **le niveau de risque de chaque donneur pris individuellement** au regard de son comportement sexuel. La Cour de Luxembourg évoque à cet égard des questions portant sur **le caractère protégé des rapports sexuels** de chaque candidat au don de sang, sur **le caractère stable de la relation** de la personne concernée ou encore sur **le délai écoulé depuis le dernier rapport sexuel** par rapport à la durée de **la fenêtre silencieuse**.
- 55 Sur ce dernier point, il importe de rappeler que les tests de dépistage demeurent à ce jour inefficaces pour détecter une contamination **trop récente** dès lors qu'il existe une période de temps limitée, dite « *fenêtre silencieuse* », qui suit une infection virale, pendant laquelle les marqueurs biologiques utilisés par les techniques actuelles de dépistage restent négatifs malgré l'infection du sujet. S'agissant des tests relatifs au VIH, ainsi que le relève le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, aux termes d'un avis récent, cette période ne s'étend plus désormais

que sur 12 jours en moyenne grâce au diagnostic génomique viral (DGV) qui s'ajoute depuis 2001 aux tests sérologiques ELISA, avec lesquels la durée de la fenêtre silencieuse s'étend en moyenne entre 22 et 45 jours²³.

- 56 De fait, il semblerait que la Cour envisage la possibilité de ne prévoir qu'**une contre-indication temporaire couvrant ce délai** ou encore **des contre-indications ne concernant pas la totalité des hommes ayant eu un ou plusieurs rapports, au cours de leur existence, avec un homme**, mais uniquement les donneurs présentant **individuellement** des risques élevés. Eu égard aux critères visés par le juge de l'Union, il pourrait s'agir notamment des **hommes ayant eu, dans les semaines précédant le don, des rapports non protégés avec des partenaires occasionnels du même sexe**.
- 57 Dès lors, si le juge national venait à considérer qu'il existe des techniques de détection ou de mise en quarantaine, ou, à défaut de telles techniques, des mesures moins contraignantes – par exemple des contre-indications fondées sur une identification plus ciblée du niveau de risques individuels – qui permettraient d'assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs, la réglementation française ne respecterait pas le principe de proportionnalité. Elle serait donc vouée à être annulée par le juge national.
- 58 Dans ces conditions, la légalité de la contre-indication prévue par l'arrêté du 12 janvier 2009 apparaît **incertaine**. D'une part, il existe **des tests de dépistage généralement jugés efficaces à partir de quelques semaines ou quelques mois après l'éventuelle contamination**. D'autre part, si ces tests ne sont pas infaillibles et si les hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes sont soumis, pris dans leur globalité, à des risques non négligeables de contamination, **il n'en va pas de même pour tout homme homosexuel ou bisexuel pris individuellement**. Le risque présenté par un homme ayant des rapports protégés et surtout par un homme séronégatif n'ayant de rapports sexuels qu'avec son partenaire stable également séronégatif ne saurait en effet être confondu avec celui auquel est soumis un homme ayant des rapports non protégés avec des partenaires occasionnels.
- 59 Or, et d'une part, ainsi que l'a souligné le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé dans son avis n° 123 précité, il n'existerait pas en France d'études de modélisation estimant la prévalence et l'incidence de l'infection par le VIH au sein des « *hommes déclarant avoir eu, au cours de leur existence, au moins une relation sexuelle avec un autre homme (et qui font l'objet de la contre-indication permanente du don de sang)* ». Les études disponibles ne porteraient que sur des « *sous-groupes* », à savoir les « *hommes ayant eu, au cours des 12 derniers mois, des relations sexuelles avec des hommes* », « *les hommes déclarant avoir des relations sexuelles non protégées avec des hommes, à haut risque d'infection par le VIH, avec des partenaires multiples, souvent anonymes* » et les « *hommes jeunes, âgés de 18 à 25 ans – ayant des relations sexuelles non protégées avec des hommes, dans le cadre de multi-partenariats, souvent anonymes* »²⁴.
- 60 D'autre part, la contre-indication en vigueur en droit positif français est non seulement permanente, mais également **systématique**. La réglementation française actuellement en vigueur ne prend en compte ni la **date** à laquelle le rapport sexuel risqué aurait eu lieu ni le caractère **protégé ou non protégé** du rapport ni le caractère **occasionnel ou habituel** du partenaire. De sorte qu'un rapport suffit pour être évincé définitivement du don de sang, et ce, y compris dans l'hypothèse où ce rapport, le cas échéant protégé ou non risqué, aurait eu lieu il y a plusieurs mois, voire plusieurs années, et en tout état

de cause bien postérieurement à un test sérologique négatif qui aurait permis de déceler une maladie contractée à l'occasion de ce rapport.

*

* *

- 61 Si, pour la Cour de Luxembourg, l'exclusion des hommes homosexuels du don de sang ne méconnaît pas, par principe, le droit de l'Union, la légalité de la contre-indication permanente et systématique prévue par la réglementation française demeure ainsi sujette à caution.
- 62 Certes, il ne saurait être raisonnablement nié que cette mesure poursuit un objectif essentiel de santé publique. Surtout, les modélisations établies par l'Institut national de veille sanitaire soulignent que sa remise en cause « *conduirait à un risque résiduel de transmission transfusionnelle du VIH qui varierait d'une **absence de modification** par rapport à la situation actuelle (1 don contaminant sur 2.500.000 dons de sang), à une **multiplication par 3,5** (1 don contaminant sur 700.000 dons de sang)* »²⁵.
- 63 Cependant, et alors que la fiabilité de ces données devra être vérifiée par le juge national, la proportionnalité de la limitation ainsi apportée à l'exercice des droits fondamentaux apparaît incertaine au regard du caractère particulièrement général et absolu d'une contre-indication qui, à rebours des conclusions du rapport Veran de juillet 2013²⁶, ne prend pas en compte le niveau de risque individuel de chaque candidat au don de sang. Or, il ne faut pas perdre de vue que cette contre-indication procède d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle, alors que, pour reprendre les mots de la Cour européenne des droits de l'homme, de telles mesures « *doivent être justifiées par des « raisons particulièrement solides et convaincantes »* »²⁷.
- 64 Des trois conditions cumulatives exigées par la Cour de justice de l'Union européenne – l'existence d'un risque élevé, l'absence de techniques efficaces de détection de maladies infectieuses et l'absence de moyens moins contraignants pour assurer la sécurité des donneurs –, la dernière prête davantage à débat face à l'apparente **incohérence** de la mesure particulièrement contraignante en vigueur en droit français²⁸.
- 65 Pour s'en convaincre, il suffit de relire les conclusions rendues sur l'arrêt commenté par l'avocat général, Monsieur Paolo Mengozzi, en ce qu'il a fait valoir que :
- 66 « *[...] il existe un certain doute quant au caractère **cohérent** de l'exclusion permanente. En application de la contre-indication permanente fixée par l'arrêté ministériel et par une lecture combinée de ce dernier avec le questionnaire susvisé, le fait pour un homme d'avoir eu, au moins une fois dans sa vie – fût-ce il y a dix ans – un rapport sexuel avec un autre homme entraîne son exclusion définitive du don du sang. Il faut en déduire que le caractère actuel du comportement à risque est indifférent, alors que, puisque tous les dons du sang sont testés pour ce qui concerne le VIH, c'est, en fait, la fenêtre silencieuse qui constitue la période la plus critique et qui expose les receveurs au risque le plus élevé. Or, à nouveau, si la motivation principale est celle de la fenêtre silencieuse, l'on **pourrait imaginer qu'une exclusion temporaire, fixée en fonction de la date du dernier rapport, s'avère plus appropriée.***
- 67 *[...] Enfin, et peut-être surtout, le questionnaire pourrait être remanié de sorte qu'il puisse servir à l'identification des comportements à risque dans la population HSH, comme il le fait, semble-t-il de manière satisfaisante, pour le reste de la population des donneurs. Des questions plus ciblées – concernant le délai depuis le dernier rapport, le nombre de*

partenaires, la nature des rapports, le caractère protégé des rapports, la fréquentation des lieux nocturnes – permettraient non plus d'identifier une orientation sexuelle, mais, au contraire, d'évaluer le niveau de risque que présente individuellement chaque donneur en raison de son propre comportement sexuel »²⁹.

*

68 CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Établissement français du sang*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Arrêté du 12 janvier 2009 (NOR : SJSP0901086A), Annexe II-B. Cet arrêté reprend l'exclusion en vigueur depuis l'édiction de la circulaire DGS/3B n° 569 du 20 juin 1983 relative à la prévention de l'éventuelle transmission du SIDA par transfusion sanguine qui classe les personnes homosexuelles parmi les « populations à risque ».

2. CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Établissement français du sang*, C-528/13.

Cf. également sur cet arrêt Edouard Dubout, « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 25, 22 Juin 2015, 737 ; Thomas Dumortier, Frédéric Guiomard, Tatiana Gründler, Ismaël Omarjee et Marc Touillier, « Chronique de droit des discriminations (octobre 2014-avril 2015) », in *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 8 juin 2015 ; Denys Simon, « Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », *Europe* n° 6, Juin 2015, comm. 213 ; Diane Poupeau, « L'exclusion des homosexuels du don du sang doit être strictement justifiée », *AJDA* 2015. 837.

3. Amendement n° 1289 du 27 mars 2015 présenté par M. Richard, M. Vercamer, M. Tahuaitu, M. Favennec, M. Folliot, M. Hillmeyer, M. Jégo, Mme Sonia Lagarde, M. Jean-Christophe Lagarde, M. Maurice Leroy, M. Piron, M. Reynier, M. Santini, M. Sauvadet et M. Philippe Vigier.

4. Amendement n° 14 du 5 avril 2011 présenté par M. Cazeau, Mme Le Texier, Mm. Godefroy et Michel, Mmes Cerisier-Ben Guiga, Alquier, Printz et Schillinger, Mm. Kerdraon et Le Menn, Mmes Demontès et Jarraud-Vergnolle, Mm. Desessard et Mirassou, Mmes Blandin, Blondin, Bourzai et Lepage, Mm. C. Gautier, Collombat, Guérini, Madec, Marc, Massion et Yung, Mme Boumediene-Thiery et les membres du Groupe socialiste, apparentés et rattachés.

Cf. également l'amendement n° 9 du 3 juin 2011 présenté par M. Cazeau, Mme Le Texier, Mm. Godefroy et Michel, Mmes Cerisier-Ben Guiga, Alquier, Printz et Schillinger, Mm. Kerdraon et Le Menn, Mmes Demontès et Jarraud-Vergnolle, Mm. Desessard et Mirassou, Mmes Blandin,

Blondin, Bourzai et Lepage, Mm. C. Gautier, Collombat, Guérini, Madec, Marc, Massion et Yung, Mme Boumediene-Thiery et Les Membres Du Groupe Socialiste, Apparentés et Rattachés.

5. Cf. notamment le rapport sur « La filière du sang en France » remis en juillet 2013 au Ministre des affaires sociales et de la santé par Olivier Véran.

6. Cf. en ce sens par exemple la « position minoritaire » de Marie-Angèle Hermitte annexée à l'avis n° 123 du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé en date du 28 mars 2015.

7. Il convient d'entendre par « *prévalence* » d'une infection le nombre de personnes infectées et par « *incidence* » le nombre de nouvelles infections constatées annuellement.

8. CAA de Paris, 18 octobre 2012, n° 11PA02938.

9. TA de Strasbourg, 1^{er} octobre 2013, n° 0903177.

10. Directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 27 janvier 2003 établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain, et des composants sanguins, et modifiant la directive 2001/83/CE.

11. Directive 2004/33/CE de la Commission du 22 mars 2004 portant application de la directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certaines exigences techniques relatives au sang et aux composants sanguins.

12. *Ibidem*, Annexe III, point 2.1.

13. *Ibidem*, point 2.2.2.

14. *Ibidem*.

15. CJUE, 29 avril 2015, préc., point 35 ; cf. également CJCE, 27 mars 1990, *Cricket St Thomas*, C-372/88, points 18 et 19 ; CJUE, 15 novembre 2012, *Kurcums Metal*, C-558/11, point 48 ; CJUE, 10 juillet 2014, *Ivansson e.a.*, C-307/13, point 40.

16. Arrêt commenté, point 41 ; cf. également, CJCE, 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-305/05, point 28 ; CJUE, 6 décembre 2012, *O e.a.*, C-356/11 et C-357/11, point 78.

17. Arrêt commenté, point 48 ; cf. également CJUE, 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08, point 59, et CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, C-356/12, point 43.

18. Cf. sur ce point la délibération n° 2006-17 de la HALDE en date du 6 février 2006 concernant le don du sang et la lettre de réponse du président du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) et du président de la section technique du CCNE au président de l'Etablissement français du sang (EFS), du 24 janvier 2002.

Cf. également les prises de positions du Défenseur des droits, Dominique Baudis, aux termes de sa tribune parue sur *Libération* le 30 novembre 2011, intitulée « Pour que les homosexuels puissent eux aussi donner leur sang », ainsi que de son intervention du 8 décembre 2011, relayée par *Le Quotidien du médecin* aux termes d'une brève intitulée « Don de sang : le Défenseur des droits contre l'interdiction faite aux homosexuels ».

19. Alina Tryfonidou, « Block exclusion on blood donation by gay and bisexual men: a disappointing CJEU ruling », article paru le 30 avril 2015. Cf. également pour des analyses critiques : Edouard Dubout, « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », préc. et Denys Simon, « Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », préc..

20. *Ibidem*.

21. V. Avis n° 123 du CCNE en date du 31 mars 2015 intitulé « Questionnement éthique et observations concernant la contre-indication permanente du don de sang pour tout homme déclarant avoir eu une ou des relation(s) sexuelle(s) avec un ou plusieurs homme(s) », pp. 17 à 20.

22. Annexe II B de l'arrêté précité du 12 janvier 2009.

23. Avis précité du CCNE en date du 31 mars 2015, p. 2.

24. *Ibidem*, pp. 11 et 12.

25. *Ibidem*, p. 15.

26. Le rapport précité sur « La filière du sang en France » envisageait notamment une réforme en vue de « renforcer la sécurité du don en faisant évoluer le questionnaire de l'orientation sexuelle vers le niveau de risque individuel du donneur » (p. 36).

27. Cour EDH, Grande chambre, 7 novembre 2013, *Vallianatos c. Grèce*, Req. n° 29381/09 ; cf. également Cour EDH, 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, Req. n° 43546/02 ; Cour EDH, Grande chambre, 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, Req. n° 19010/07. (voir, par exemple, *Smith et Grady*, § 90 ; *Karner*, §§ 37 et 42 ; *L. et V. c. Autriche*, § 45, et *X et autres*, § 99, précités)

28. V. en ce sens *Denys Simon*, « Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », préc..

29. Conclusions de l'avocat général, *Monsieur Paolo Mengozzi*, présentées le 17 juillet 2014, affaire C-528/13, *Geoffrey Léger contre Ministre des Affaires sociales et de la Santé contre Établissement français du sang*, §§ 59 et 61. Cf. sur ces conclusions *Claire Demunck*, « Vers la fin de l'exclusion française du don de sang des homosexuels ? », *Dalloz actualité* 29 juillet 2014.

RÉSUMÉS

Saisie d'une question préjudicielle relative à la réglementation française excluant du don de sang, à titre permanent et systématique, les « hommes ayant eu des rapports sexuels avec un homme », la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'une telle mesure n'est conforme au droit de l'Union que sous trois conditions cumulatives. D'une part, il doit être établi que ces personnes sont exposées à des « risques élevés » d'infection. D'autre part, il ne doit pas exister de techniques efficaces de détection de maladies permettant d'assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs. Enfin, il ne doit pas exister d'autres méthodes qui permettraient d'atteindre cet objectif tout en étant moins contraignantes qu'une contre-indication générale et permanente. Bien que susceptible d'être constitutive d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'exclusion des hommes homosexuels du don de sang a ainsi été, in abstracto, admise par la Cour de Luxembourg, laquelle a renvoyé au juge national le soin de veiller, in concreto, à la nécessité et à la proportionnalité, au regard de la situation nationale, d'une telle mesure.

AUTEUR

YEHUDI PELOSI

Avocat à la Cour et collaborateur d'un avocat aux Conseils, Doctorant en droit public (Université Paris I – Panthéon-Sorbonne), Diplômé de Science Po Paris et de l'École de droit de l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne.