



EXCLUSION DES HOMMES DÉCLARANT AVOIR EU DES RELATIONS HOMOSEXUELLES, DE LA POSSIBILITÉ DE DONNER LEUR SANG : CONFORMITÉ SOUS CONDITIONS AU DROIT EUROPÉEN

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

*EXCLUSION OF MEN WHO DECLARE THEY HAVE HAD
HOMOSEXUAL RELATIONS FROM THE POSSIBILITY OF GIVING THEIR
BLOOD: CONDITIONAL COMPLIANCE WITH EUROPEAN LAW*

Par Jean-Paul MARKUS**

RÉSUMÉ

Nul ne peut être privé du droit de donner son sang parce qu'il est homosexuel ou bisexuel, telle est en substance la règle dégagée par la Cour de justice. Toutefois, la Cour admet que l'interdiction puisse s'appliquer aux personnes ayant des comportements sexuels à risques, dès lors qu'aucune solution technique satisfaisante ne permet de les traiter comme les autres donneurs.

MOTS-CLÉS

Don de sang, Homosexualité, Sida, Refus de prélèvement sanguin.

* Cour de Justice de l'Union Européenne.

ABSTRACT

Nobody can be deprived of the right to give his blood because he is homosexual or bisexual. However, the Court of Justice admits that the ban can apply to the people having sexual risky behaviors, since no satisfactory technical solution allows to treat them as the other donors.

KEYWORDS

Blood donation, Homosexuality, AIDS, Refusal of blood taking.

** Professeur de droit public – Université de Versailles Saint-Quentin.

L'affaire *Léger c. Ministère des Affaires sociales*, jugée par la Cour de justice le 29 avril 2015, ne prêtait a priori pas à s'interroger sur des droits fondamentaux, mais simplement à vérifier si les contre-indications françaises au don du sang étaient compatibles avec celles contenues dans une directive régissant cette activité au niveau européen. Les faits sont simples : le requérant s'était porté volontaire pour donner son sang, mais il avait déclaré lors du questionnaire à remplir préalablement qu'il avait déjà eu une relation sexuelle avec un homme. Faisant application d'un arrêté du 12 janvier 2009, l'établissement français du sang (EFS) déclara alors le requérant non-admissible au don.

Ce refus de prélèvement sanguin fit l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif de Strasbourg, fondé sur l'incompatibilité de l'arrêté de 2009 avec la directive européenne 2004/33/CE du 22 mars 2004. Le tribunal souleva alors une question préjudicielle devant la Cour de justice, au regard de l'annexe III de la directive en question : « la circonstance pour un homme d'avoir des rapports sexuels avec un autre homme constitue-t-elle, en soi, un comportement sexuel exposant au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang et justifiant une exclusion permanente du don de sang pour les sujets ayant eu ce comportement sexuel, ou est-elle simplement susceptible de constituer, en fonction des circonstances propres de l'espèce, un comportement sexuel exposant au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang et justifiant une exclusion temporaire du don de sang pendant une durée déterminée après la fin du comportement à risque? ». Une question en apparence très technique, mais aux enjeux bien plus fondamentaux. En effet, si l'enjeu immédiat est la préservation de la sécurité sanitaire des personnes transfusées (I), le requérant, suivi par la Cour de justice, a fait porter le débat sur les droits fondamentaux, plaidant la discrimination en raison de l'orientation sexuelle (II).

I. RECONNAISSANCE D'UN OBJECTIF DE SANTÉ PUBLIQUE

Il importe à ce stade de reproduire fidèlement l'extrait de l'arrêté dont la conformité au droit européen était contestée (il s'agit d'une partie d'un tableau en annexe II) : les risques de transmission d'une infection virale par un candidat au don lui-même exposé « à un agent infectieux transmissible par voie sexuelle » nécessitent certaines « contre-indications » au don du sang. Ces contre-indications sont libellées de la façon suivante :

- « Rapport(s) sexuel(s) non protégé(s) avec un partenaire occasionnel : CI (contre-indication) de quatre mois après le dernier rapport sexuel non protégé.
- Multi partenariat sexuel : plus d'un partenaire dans les quatre derniers mois : CI de quatre mois après la fin de la situation de multi partenariat.
- Homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme : CI permanente.
- Rapports sexuels non protégés avec un nouveau partenaire depuis moins de deux mois : CI de quatre mois après le dernier rapport sexuel non protégé.
- Utilisation par voie parentérale de drogues ou de substances dopantes sans prescription : CI permanente. »

Ce sont ces dispositions qui ont été confrontées à la directive, n° 2004/33/CE du 22 mars 2004, qui elle-même comporte une annexe relative aux informations à fournir par les donneurs avant le prélèvement, au moyen d'un questionnaire. Ce questionnaire porte notamment sur l'état de santé et antécédents médicaux du donneur. Il est rempli lors d'un entretien individuel avec un professionnel du secteur médical formé à cet effet. Sont répertoriés à travers ce questionnaire « tous les facteurs utiles susceptibles de contribuer à identifier et à exclure les personnes dont les dons pourraient présenter un risque pour leur propre santé ou pour celle d'autres personnes, par exemple le risque de transmission de maladies ». Cette directive énonce également des « critères d'admissibilité pour les donneurs de sang total ou de composants sanguins », et prévoit des critères d'exclusion des donneurs (annexe III, point 2.1). Sont ainsi exclues les personnes « porteuses » de certaines maladies (dont le VIH), ou présentant certains symptômes pathologiques, ainsi que celles « dont le comportement sexuel les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang ».

La directive 2004/33 vient en application de celle n° 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil, 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. Le considérant 24 de cette directive précise que « le sang et les composants sanguins utilisés à des fins thérapeutiques ou dans des dispositifs médicaux devraient provenir de personnes dont l'état de santé est tel qu'aucun effet néfaste ne résultera du don ». Ainsi, « chaque don de sang devrait être contrôlé conformément à des règles assurant que toutes les



mesures nécessaires ont été prises pour préserver la santé des personnes qui reçoivent du sang ou des composants sanguins ». Cette obligation de sécurité suppose la mise en œuvre de procédures de tests régulièrement revues et mises à jour. Plus concrètement, l'article 19 de la même directive prévoit, s'agissant de l'admissibilité des donneurs, que ceux-ci sont interrogés en vue d'établir leur admissibilité au don. L'article 28 prévoit enfin des « *critères d'exclusion permanente et la dérogation éventuelle* », ainsi que des « *critères d'exclusion temporaire* » ; des tests peuvent être pratiqués en vue de déceler les infections par le virus de l'hépatite B, de l'hépatite C, ainsi que celui du sida. Ces textes sont eux-mêmes fondés sur l'article 168 TFUE (ex. 152 TCE) posant l'objectif d'un « *niveau élevé de protection de la santé humaine* ».

Restait donc à savoir si l'arrêté de janvier 2009 n'édicte pas une contre-indication au don de sang incompatible avec les directives en question.

La Cour dut d'abord interpréter la directive 2004/33 (annexe III, points 2.2.1 et 2.2.2). En effet, la version française de cette directive ne distingue pas entre les contre-indications permanentes et celles qui ne sont que temporaires. Or dans les autres langues de l'Union, les contre-indications temporaires se justifient pas un « *risque* » de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles, tandis que les contre-indications permanentes ne peuvent se fonder que sur un risque « *élevé* ». La Cour a donc jugé, compte tenu de l'économie générale et de la finalité de cette réglementation, qu'il convenait de réserver les cas de contre-indications permanentes aux hypothèses de risque « *élevé* ». La version française est donc à interpréter au vu des autres versions.

Cela précisé, existait-il un risque « *élevé* » de nature à justifier l'exclusion permanente des hommes déclarant un ou des rapports homosexuels, prévue par l'arrêté de 2009 ? La Cour répond par l'affirmative : la situation épidémiologique en France, selon les données de l'Institut de veille sanitaire français, fait apparaître une spécificité, celle d'une prépondérance marquée des contaminations par le VIH liées à un rapport sexuel masculin (point 42 et 43). Si l'incidence globale de l'infection par le VIH a baissé, seule celle des hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes a augmenté. Cette analyse de l'Institut de veille sanitaire est confirmée par le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies : c'est en France que la prévalence du VIH au sein du groupe des hommes ayant des rapports sexuels avec d'autres hommes serait la plus élevée. Dans ces conditions, la gravité du risque était établie, et la Cour précise qu'il appartient aux juridictions internes de le vérifier.

Le contentieux aurait pu se limiter à ces questions techniques, mais les moyens soulevés par le requérant ont conduit la Cour à soulever la question d'un éventuel droit de donner son sang, en tant que droit ou partie d'un droit fondamental.

II. RECONNAISSANCE D'UN DROIT FONDAMENTAL DE DONNER SON SANG ?

L'exclusion permanente des « *homme(s) ayant eu des rapports sexuels avec un homme* » (arrêté de janvier 2009), revient-elle à discriminer, même objectivement, une catégorie d'humains en raison de leur orientation sexuelle face au service public de la filière sang ? C'est ce que plaide le requérant, invoquant l'article 21 de la Charte européenne des droits fondamentaux, en tant qu'il interdit « *toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race (...) ou l'orientation sexuelle* ».

La Cour de justice a suivi le requérant, jugeant que l'arrêté de 2009 pouvait non seulement porter atteinte aux objectifs des directives précitées, mais aussi entrer en contradiction avec les droits fondamentaux reconnus par l'ordre juridique de l'Union, applicables en toute hypothèse d'application du droit de l'Union européenne (CJUE 27 juin 2006, *Parlement/Conseil*, C540/03, point 105). Ce d'autant que les États membres ne sauraient appliquer et interpréter le droit européen dérivé (en l'espèce les directives 2004/33 et 2002/98/CE) que de manière conforme aux droits fondamentaux (CJCE 26 juin 2007, aff. C-305/05, *Ordre des barreaux francophone et germanophone c/ Conseil des ministres*, AJDA 2007. 2248, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, point 28).

En acceptant d'examiner l'arrêté de 2009 à l'aune de la Charte européenne des droits fondamentaux, la Cour élève donc le droit de donner son sang au rang de droit fondamental.

Mais n'est-ce pas aller un peu vite en besogne ? Dans un avis du 31 mars 2015, le Comité consultatif national d'éthique, saisi par le ministre de la Santé aux fins d'évaluation du caractère conforme à l'éthique médicale, des critères d'exclusion du don de sang, a émis une position plus nuancée. S'appuyant sur les travaux de l'Institut de veille sanitaire en autres, il a constaté, comme la Cour de justice, une prévalence propre à la France, des infections par le VIH des personnes ayant des relations homosexuelles, en particulier les hommes (pages 10 et s. de l'avis). Mais le CCNE a pris soin de mettre en balance « *l'exigence éthique qu'est la protection de la vie et de la santé des patients transfusés (...) qui nécessite d'établir des contre-indications au*

don dans le but d'assurer la protection la plus élevée possible du receveur », et « l'exigence éthique d'un caractère proportionné des contre-indications du don de sang aux impératifs de santé publique (...) afin de ne pas transformer « l'impératif légitime de sécurité du don de sang en stigmatisation ou en mesure qui [puisse] être considérée comme discriminatoire ». En d'autres termes, selon le CCNE, l'impératif de santé publique ne saurait aboutir à un acte stigmatisant à l'égard d'une catégorie de population, ce qui ne signifie pas qu'il existe un droit fondamental à donner son sang. Position qu'un des membres du CCNE trouve déjà très audacieuse, et contre laquelle il a avancé une « *position minoritaire* », niant au droit de donner son sang toute qualification de droit fondamental.

Quelle synthèse en tirer ? On ne saurait nier que l'arrêt de 2009 crée une discrimination parmi les candidats donneurs. En effet, parmi les risques et répertoires dans cet arrêt et justifiant une exclusion du don, tous n'entrent pas dans le champ de la Charte : il en va ainsi de l'utilisation par voie parentérale de drogues ou de substances dopantes sans prescription, ou encore de l'exclusion temporaire de donneurs déclarant des rapports sexuels non protégés avec un partenaire occasionnel depuis moins de quatre mois. Mais dès lors que l'exclusion permanente affecte tout « homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme », c'est bien l'orientation sexuelle – en l'espèce l'homosexualité ou la bisexualité masculines – qui est en cause, et non pas seulement un comportement à risque imputable à toute personne, tel qu'un rapport sexuel non protégé (point 49 de l'arrêt). Or c'est précisément ce que déploraient déjà certaines instances comme le CCNE, dans une réponse à une saisine de l'Établissement français du sang, lequel n'a d'ailleurs jamais tenu compte de cet avis.

Cette discrimination en raison de l'orientation sexuelle se justifiait dans les faits par la prévalence élevée en France du VIH dans la population masculine homosexuelle, comme la Cour l'a reconnu (cf. *supra*). Mais était-elle proportionnée au risque encouru par les receveurs, dès lors que l'article 52 §1^{er} de la Charte admet les limitations aux droits uniquement « *dans le respect du principe de proportionnalité* » ? En d'autres termes, la sécurité des receveurs pourrait-elle être assurée avec la même efficacité, sans exclure de façon permanente les donneurs hommes ayant des relations homosexuelles (points 63 et 64 de l'arrêt), sachant tout de même que les infections récentes ne sont pas détectables en l'état de la science (point 63 : « *fenêtre silencieuse* ») ?

Il existe bien des techniques qui permettent de limiter les risques de contamination sans exclure les

donneurs hommes homosexuels. Il s'agit en particulier la mise en quarantaine systématique des prélèvements en cause, en attendant que les marqueurs soient efficaces, ou encore la généralisation du dépistage à l'ensemble des dons, alors qu'il est actuellement limité à certaines hypothèses de comportements à risques. Mais la Cour de justice admet que le coût de ces mesures serait trop élevé en l'état actuel de la science (point 63), et précise qu'il appartient à la juridiction interne de le vérifier, en tenant compte de l'évolution des techniques.

Restait une autre voie possible : la Cour de justice soulève la question de savoir si l'exclusion permanente de principe de tout homme déclarant des rapports avec un homme ne crée par une catégorie d'exclus trop générale (points 66 et s.). Elle suggère au juge interne de vérifier si cette exclusion ne peut pas voir son champ réduit par une mise en œuvre plus fine, par exemple en ajoutant certains critères comme la stabilité de la relation homosexuelle, le caractère protégé ou non des rapports sexuels déclarés. Ces critères permettraient selon la Cour de mieux « évaluer le niveau de risque que présente individuellement chaque donneur en raison de son propre comportement sexuel » (point 67). L'intérêt de ces critères est qu'ils reposent sur des comportements, et non sur une orientation sexuelle. Ils n'entreraient donc pas dans le champ de l'article 21 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Un rapport officiel en France recommandait déjà d'aller dans ce sens, à savoir « *renforcer la sécurité du don en faisant évoluer le questionnaire de l'orientation sexuelle vers le niveau de risque individuel du donneur* ».

C'est donc à une compatibilité sous conditions que conclut la Cour, laquelle confie au juge interne le soin d'en vérifier la réalité. Reste qu'il n'est pas du tout garanti que le juge interne soit à même de vérifier les données qui lui seront fournies par l'Institut de veille sanitaire et par l'EFS lui-même. En outre, il est difficile d'admettre juridiquement que le don de sang puisse être regardé comme un droit fondamental placé sur le même plan que les droits des transfusés, dont la vie même est en danger, en cas de transfusion de sang contaminé. Tout au plus le droit de donner son sang peut-il être regardé comme une manifestation du principe d'égalité, parmi bien d'autres, ce qui en limite la force et le poids par rapport au droit à la protection de la santé et le droit à la vie qui sont des droits bien plus éminents.

En tout état de cause, le projet de loi relatif à la santé, encore en discussion au Parlement, comporte un amendement adopté en première lecture le 27 mars 2015 par l'Assemblée nationale (no 1289), et par le Sénat ensuite (le 15 avril 2015). L'article L. 1211-6-1



du code de la santé publique serait ainsi complété par l'alinéa suivant : « *Nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle* ».

L'EFS devra donc imaginer des questionnaires portant exclusivement sur des comportements objectivement risqués, et non plus destinés à isoler des catégories de

personnes qui seraient a priori considérées comme à risques. Mais alors attention aux atteintes à la vie privée, et à l'effet d'éviction que de tels questionnaires pourraient revêtir. Les donneurs de sang hommes ayant des relations avec d'autres hommes ne seraient alors plus exclus de droit, mais de fait... ■

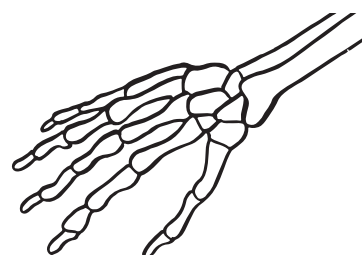
JEAN-PAUL MARKUS*

TRAITÉ D'OSTÉOLOGIE HUMAINE

Tim White, Michael Black, Pieter Folkens

Traducteurs : Jean-Pol Beauthier,
Philippe Lefèvre, François Beauthier

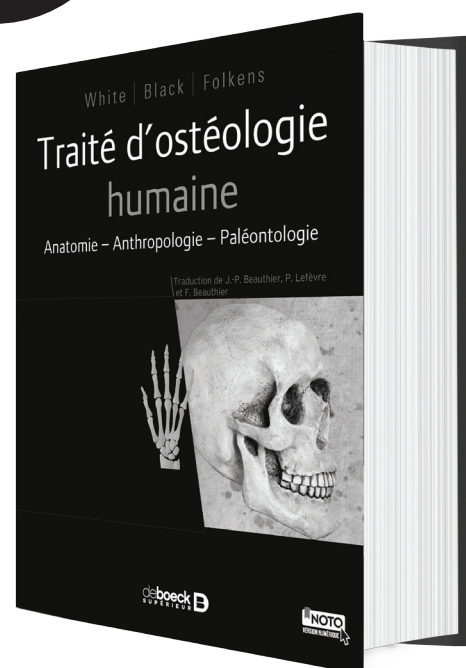
1^{ère} édition
française



Édition 2016 - 720 pages - 69,00 €

Cet ouvrage détaille, de la manière la plus complète possible, tous les os appartenant au squelette humain, mais également l'approche minutieuse de la fouille, de l'exhumation, du terrain ainsi que le travail de laboratoire.

En librairie ou sur www.deboecksuperieur.com



deboeck
SUPÉRIEUR

