



HAL
open science

Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs

Christophe Maubernard

► To cite this version:

Christophe Maubernard. Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs. Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2016. hal-01861312

HAL Id: hal-01861312

<https://hal.umontpellier.fr/hal-01861312>

Submitted on 24 Aug 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le dilemme du don de sang : entre égalité des donneurs et santé des receveurs

(obs. sous C.J.U.E., arrêt *Geoffrey Léger*, 29 avril 2015)*

PAR

Christophe MAUBERNARD

Maître de conférences

Université de Montpellier, IDEDH (EA 3976)

Résumé

La Cour de justice était confrontée à nouveau à la question de la discrimination à raison de l'orientation sexuelle, cette fois-ci à propos de l'exclusion permanente au don de sang prévue par la réglementation française pour les hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes. Se tournant vers le juge, les justiciables ne sont pas toujours en mesure d'y recevoir une réponse satisfaisante, tant les dilemmes sociétaux et éthiques devraient avant tout relever de la responsabilité première des législateurs nationaux.

Abstract

The European Court of Justice was again confronted with the question of the discrimination on grounds of sexual orientation, about the permanent exclusion of blood donor provided by French regulation for Men who have Sex with Men («MSM»). Turning to the judge, the citizens are not always able, nevertheless, to get a clear answer, as the societal and ethical dilemmas should above all being of responsibility of the national legislators.

* Cet arrêt peut être consulté, avec d'autres documents, par un lien sur la page correspondant au présent article sur le site www.rtdh.eu («Documents proposés»).

Au cours de l'année 2009, le requérant s'était présenté auprès d'une succursale de l'Agence française du sang à Metz, en indiquant qu'il était homosexuel, afin d'y effectuer un don. Le médecin responsable avait alors refusé ce don sur le fondement d'un arrêté adopté le 12 janvier 2009 par la ministre de la Santé et des Sports, fixant les critères de sélection des donneurs¹. L'annexe II de l'arrêté ministériel relatif aux contre-indications relatives au «risque d'exposition du candidat au don à un agent infectieux transmissible par voie sexuelle» identifie quatre cas: les rapports non protégés avec des partenaires occasionnels, le multipartenariat sexuel, les rapports sexuels non protégés avec un nouveau partenaire depuis moins de deux mois et enfin un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme. Or seul le dernier cas fait l'objet d'une contre-indication permanente alors que les autres sont soumis à une contre-indication de quatre mois.

Le requérant contesta la décision de refus du médecin devant le tribunal administratif de Strasbourg, au motif que la disposition réglementaire imposant une exclusion permanente au don de sang d'un homme ayant eu des rapports sexuels avec un autre homme était contraire à la 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 sanguins² et introduisait pour les donneurs une discrimination à raison de l'orientation sexuelle. Toutefois, la directive 2004/33/CE, dans son annexe III intitulée «Critères d'admissibilité pour les donneurs de sang total ou de composants sanguins», prévoyait indistinctement la possibilité d'une exclusion permanente comme temporaire des «sujets» (point 2.1) ou des «individus» (point 2.2) «dont le comportement sexuel les expose au risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang». C'est cette absence de clarté³ qui incita le juge administratif français à saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle pour savoir si, au regard de l'annexe III, d'une part, un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme relève de la catégorie des sujets/individus ayant un comportement à risque et, d'autre part, si ce comportement est susceptible d'entraîner une exclusion permanente ou seulement temporaire du don de sang.

¹ *J.O.R.F.* n° 0015 du 18 janvier 2009, p. 1067.

² *J.O.U.E.* n° L 91 du 30 mars 2004, p. 25.

³ Soulignée également par le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNEVS) dans son avis n° 123, «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)», mars 2015, disponible à l'adresse: www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_ndeg123.pdf (consulté le 15 décembre 2015).

La réponse de la Cour de justice est assurément décevante⁴. En effet, elle se contente d'affirmer que les dispositions pertinentes de l'annexe III de la directive 2004/33/CE relatives à une exclusion permanente du don du sang couvrent l'hypothèse prévue par la réglementation française concernant les hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes, «eu égard à la situation» du pays et à la condition qu'elle respecte le principe de proportionnalité, ce que le juge national devra apprécier. Autant dire que la Cour de justice renvoie pour une large part au droit et au juge nationaux le soin d'apprécier la justification d'une telle exclusion permanente.

L'arrêt montre cependant que l'interprétation du principe de non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle demeure d'un maniement délicat pour la Cour de justice et que celle-ci opère un contrôle restreint en refusant de trancher un dilemme qui consiste, pour l'essentiel, à concilier l'interdiction d'une forme de discrimination et la protection de la santé et de la vie des individus.

I. L'identification laborieuse du critère d'exclusion des donneurs

Le texte français de la directive ne permettait pas de distinguer clairement les cas dans lesquels l'interdiction devait être permanente de ceux qui ne maintenaient qu'une interdiction temporaire, puisque le critère du «risque de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang» était formulé de manière identique dans les deux cas. C'est pourquoi la Cour de justice prend soin tout d'abord de se référer aux autres versions linguistiques, lesquelles autorisent soit de distinguer entre le risque «simple» qui n'entraîne qu'une interdiction temporaire et le «risque élevé» qui peut supposer une interdiction permanente, soit de ne réserver l'interdiction temporaire ou permanente qu'à des situations de «risque élevé». S'il est vrai que dans ce dernier cas le critère utilisé est moins opérant, l'exclusion, qu'elle soit temporaire ou permanente, suppose cependant de démontrer l'existence d'un «risque élevé», ce qui n'est pas le cas dans la version française. Le recours aux différentes versions linguistiques offre aussi à la Cour de justice l'occasion de mesurer les divergences qui peuvent subsister au sein des États membres, l'exclusion permanente ou temporaire des hommes homosexuels et bisexuels ne faisant pas l'objet d'une

⁴ E. 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», *J.C.P.*, éd. gén., n° 25, 11 juin 2015, p. 737; A. DEBET, «Prudence de la C.J.U.E. sur l'exclusion française permanente des hommes homosexuels du don de sang», *Dall.*, 2015, p. 1470.

vision commune malgré des convergences de plus en plus nettes entre États européens (voy. *infra*).

La Cour de justice retient sans surprise l'interprétation qui permet de distinguer «entre l'exclusion permanente et une exclusion temporaire du don de sang, pour lesquelles les critères applicables doivent être logiquement différents»⁵. Elle en déduit aussitôt que dans la mesure où la directive n'apporte pas de précision quant à la qualité de «sujets dont le comportement sexuel les expose à un risque», pouvant justifier une interdiction permanente de don de sang, les États conservent une marge d'appréciation⁶.

Cependant, selon le droit français, l'exclusion permanente au don de sang ne concerne pas les «sujets», au sens large, dont le comportement pourrait être jugé à risque, mais les seuls hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes. En effet, si l'annexe de l'arrêté ministériel prévoit quatre cas susceptibles de constituer un «risque d'exposition du candidat au don à un agent infectieux transmissible par voie sexuelle», trois d'entre eux sont bien liés au comportement du donneur (rapports non protégés et multipartenaires sexuels) et n'entraînent qu'une contre-indication temporaire, alors que le cas d'un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme fait l'objet d'une contre-indication permanente qui n'est pas fondée sur le comportement. Comme le constate dès lors la Cour de justice, la réglementation litigieuse opère une discrimination en raison de l'orientation sexuelle, dans la mesure où l'arrêté fixe comme critère «d'une contre-indication au don de sang le fait d'être 'un homme ayant eu une relation sexuelle avec un homme'»⁷ et non celui du comportement du donneur.

Le raisonnement suivi par la Cour de justice pour aboutir à ce premier constat n'est pas exempt de critique. En effet, le juge de l'Union a bien pris soin, à titre liminaire, de rappeler qu'au sens de la directive 2004/33/CE, le critère permettant d'apprécier le «risque» que ferait peser sur le receveur un don de sang doit reposer sur le *comportement* du donneur et non sur son orientation sexuelle, ce qui irait à l'encontre de la volonté du législateur de l'Union. Dans ces conditions, s'interroger pour savoir si une telle discrimination est proportionnée ou non à l'objectif de santé publique poursuivi, comme le fera ensuite la Cour, n'est-ce pas reconnaître à l'État la faculté de modifier les critères définis par ce législateur?

⁵ Arrêt *Geoffrey Léger*, aff. C-528/13, point 36.

⁶ *Ibid.*, point 39.

⁷ *Ibid.*, point 49.

Dans le cadre de la transposition d'une directive, l'État conserve certes, en principe, le choix quant aux moyens de réaliser les objectifs poursuivis. On sait, en outre, que dans le domaine de la santé publique, les États disposent d'une marge d'appréciation encore plus étendue, la Cour de justice admettant qu'ils puissent établir des standards plus élevés que ceux retenus par le droit dérivé ou d'autres États⁸. Mais en l'espèce, le critère retenu par la France est susceptible de contrevenir à l'objectif du législateur européen consistant à préserver tout à la fois l'égalité des donneurs (implicitement) et l'impératif de santé pour les receveurs (explicitement). Or la Cour de justice reprend à son compte une confusion regrettable, entretenue par le gouvernement français, entre risque lié au comportement et orientation sexuelle. L'avocat général l'avait pourtant parfaitement mise en lumière, en considérant que «le critère national retenu est formulé d'une manière à la fois trop large et trop générique, alors que la notion de «comportement sexuel» utilisée par le législateur de l'Union exige l'identification d'une conduite, d'une attitude précises exposant le candidat au don à un risque élevé de contamination»⁹.

II. La reconnaissance judiciaire minimale d'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle des donneurs

Le droit de l'Union européenne comporte plusieurs dispositions relatives à l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. En premier lieu, dans le droit primaire, les articles 6 T.U.E., 10 et 19 T.F.U.E. et l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union soulignent que l'Union reconnaît les droits et libertés fondamentaux et que les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle sont interdites, l'Union européenne devant, dans le cadre de la mise en œuvre de ses politiques, chercher à combattre de telles discriminations. En second lieu, le législateur a adopté, le 27 novembre 2000, la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹⁰, les discriminations directes et indirectes fondées sur l'orientation sexuelle étant, comme les autres formes de discrimination, interdites dans le cadre professionnel.

⁸ Voy., par exemple, C.J.U.E., *Ottica New Line di Accardi Vincenzo e.a.*, 26 septembre 2013, arrêt aff. C-539/11, point 44. N. DE GROVE-VALDEYRON, «Santé publique», *Annuaire de droit de l'U.E.*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2013, pp. 735-752.

⁹ Conclusions de l'avocat général P. Mengozzi, présentées le 17 juillet 2014 dans l'affaire *Geoffrey Léger*, C-528/13, point 35.

¹⁰ *J.O.C.E.* n° L 303 du 2 décembre 2000, p. 16. N. DRYDAKIS, «Sexual orientation discrimination in the labour market», *Labour economics*, 2009, n° 16, p. 364.

Le 4 février 2014, le Parlement européen a adopté une résolution invitant la Commission européenne à établir une «feuille de route» de l'Union contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre¹¹. Cette résolution répondait en partie aux résultats de l'enquête sur les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres («LGBT») dans l'Union européenne menée en 2013 à l'initiative de l'Agence européenne pour les droits fondamentaux et qui avait recueilli plus de 90 000 réponses¹². Le rapport de l'Agence établi au terme de cette enquête mettait l'accent en particulier sur le fait que «près de la moitié des répondants (47%) ont déclaré s'être sentis personnellement discriminés ou harcelés en raison de leur orientation sexuelle au cours de l'année précédant l'enquête». Il soulignait également que l'action menée par les institutions est parfois paradoxale, se concentrant, par exemple, davantage sur la lutte contre les discriminations à l'extérieur de l'Union qu'au sein des États membres, ou mettant en lumière le faible cadre législatif européen en la matière, à l'exception de l'important et précurseur texte de la directive 2000/78/CE.

De son côté, le Conseil de l'Europe a publié en 2011 une vaste étude à l'initiative du Bureau du commissaire aux droits de l'homme intitulée «La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe»¹³, fondée en partie sur des travaux antérieurs de l'Agence européenne des droits fondamentaux, cette dernière ayant conclu avec le Conseil de l'Europe un accord de partenariat et d'échange¹⁴.

Quant au juge de l'Union, il fit preuve pendant longtemps de *self-restraint* à l'égard des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. On se rappelle en effet que dans l'arrêt *L. J. Grant*¹⁵, la Cour de justice avait refusé de voir dans l'exclusion d'un partenaire de même sexe du bénéfice d'une prestation sociale autre chose qu'une discrimination fondée sur le sexe. Cette solution découlait grandement de la notion de conjoint retenue par la Cour de justice, mais aussi de l'absence de consensus existant au sein des États membres sur la reconnais-

¹¹ Voy. le rapport établi par U. Lunacek au nom de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement, A7-0009/2014.

¹² Disponible à l'adresse: <http://fra.europa.eu/fr/publication/2014/enquete-sur-les-personnes-lgbt-dans-lue-enquete-sur-les-personnes-lesbiennes-gays> (consulté le 16 décembre 2015).

¹³ Disponible à l'adresse: https://www.coe.int/t/commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_fr.pdf (consulté le 8 décembre 2015).

¹⁴ Mémoire d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne signé le 23 mai 2007, point 22. Disponible à l'adresse: www.coe.int/t/der/docs/MoU_fr.pdf (consulté le 16 décembre 2015).

¹⁵ C.J.C.E., 17 février 1998, aff. C-249/96, spéc. points 46 et 47. Voy. également T.P.I., arrêt *D. c. Conseil*, 28 janvier 1999, aff. T-264/97, spéc. points 28 à 32.

sance de droits et d'un statut au profit des personnes homosexuelles¹⁶. Il fallut attendre l'arrêt *Maruko* en 2008¹⁷ pour que le juge de l'Union admette expressément que réserver le bénéfice d'une pension de survie au seul conjoint marié et non au conjoint qui aurait conclu un « partenariat de vie » avec une personne de même sexe, constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour de justice adopta le même raisonnement à propos des prestations de retraite complémentaire dans une affaire *Römer*¹⁸. Enfin, elle considéra qu'au regard de la directive 2000/78/CE les propos homophobes, outre qu'ils sont le reflet d'une forme particulièrement virulente de discrimination en raison de l'orientation sexuelle, exigent par la suite de l'employeur (en l'occurrence un club sportif) non seulement de rapporter la preuve de l'existence d'une politique non discriminatoire, mais également d'adopter des sanctions suffisamment dissuasives à l'endroit de leur auteur¹⁹.

Cette jurisprudence appelle deux observations. La première porte sur le faible nombre d'affaires qui ont été portées devant la Cour de justice et qui soulèvent des questions relatives à des discriminations à raison de l'orientation sexuelle. On peut supposer qu'au sein de certains États la reconnaissance d'un statut aux personnes homosexuelles (partenariat civil ou droit au mariage), mais aussi l'adoption d'une législation réprimant cette forme de discrimination, ait pu vider le contentieux au profit essentiellement des juges nationaux. Mais une telle situation, sans être idéale, est encore loin de se retrouver dans l'ensemble des États membres (voy. *infra*). Par ailleurs, le droit de l'Union, et notamment le droit dérivé, envisage la lutte contre les discriminations à raison de l'orientation sexuelle dans le domaine professionnel et de l'accès à l'emploi, ou au titre de la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne. Dès lors, et c'est la seconde observation, encore faut-il qu'une discrimination, à supposer que la preuve de son existence soit rapportée, entre dans le champ d'application du droit de l'Union et, en tant que principe fondamental, n'étende pas les compétences attribuées à l'Union européenne, tant les dispositions de la Charte des droits fondamentaux insistent sur cette exigence essentielle aux

¹⁶ Voy. initialement C.J.C.E., 17 avril 1986, arrêt *Reed*, aff. 59/85, point 15.

¹⁷ C.J.C.E., 1^{er} avril 2008, aff. C-267/06. Voy. en particulier L. DRIGUEZ, « Discrimination en raison de l'orientation sexuelle », *Europe*, n° 7, juillet 2011, comm. 26; M. SCHMITT, « Premières précisions sur la discrimination à raison de l'orientation sexuelle sur le fondement de la directive 2000/78 », *Revue de droit du travail*, 2008, p. 458; A. ERIKSSON, « ECJ: Broadening the scope of European non discrimination law », *Int. Journ. of Constitutional Law*, 2009, vol. 7, issue 4, p. 731 et spéc. pp. 741-746.

¹⁸ C.J.U.E., Gde Ch., 10 mai 2011, aff. C-174/08.

¹⁹ C.J.U.E., arrêt *Asociatia Accept*, 25 avril 2013, aff. C-81/12. Voy. D. SIMON, « L'homophobie devant le juge de l'Union », *Europe*, n° 5, mai 2013, repère 5.

yeux des États membres²⁰. Ici, il ne fait pas de doute que l'arrêté ministériel constitue une mise en œuvre de la directive 2004/33/CE.

La Cour de justice en déduit donc que l'article 21 de la Charte est applicable. Le juge rappelle à nouveau que l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle «est une expression particulière du principe d'égalité de traitement, qui constitue un principe général du droit de l'Union, consacré à l'article 20 de la Charte»²¹. Cette référence à un «principe général du droit de l'Union» n'a pas de conséquence particulière sur la portée du principe.

D'une part, la Cour de justice a toujours eu recours, à l'égard du principe de non-discrimination ou d'égalité de traitement, à une sémantique et une motivation à géométrie variable : ainsi le principe d'égalité de traitement a pu relever «des objectifs sociaux de la Communauté»²², être qualifié de «droit fondamental»²³, voire de «droit individuel»²⁴, sans que le juge ne semble en déduire de conséquences spécifiques en fonction de l'emploi retenu. Le juge de l'Union est soucieux, malgré tout, de souligner l'importance «cardinale»²⁵ du principe d'égalité de traitement pour la réalisation des objectifs européens. D'autre part, malgré son importance, ce principe ne se voit reconnaître qu'une portée relative, autorisant l'État à invoquer sa marge d'appréciation. Si cette marge peut être réduite dans le cadre du marché intérieur, et tout particulièrement dans le domaine de la discrimination au travail (rémunération hommes/femmes²⁶, discrimination à raison de l'âge²⁷, grossesse²⁸, etc.), il en va différemment à l'égard d'autres formes de discrimination qui ne trouveraient pas de réponses communes au sein de l'ensemble des États membres, comme à propos des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

Cette interprétation étroite pourrait cependant se heurter à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Y. Y. c. Turquie*²⁹,

²⁰ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Akerberg Fransson*, 26 février 2013, aff. C-617/10 ; C. MAUBERNARD, «Les juridictions de l'Union européenne et les droits fondamentaux — Chronique de jurisprudence 2014», *Rev. trim. dr. h.*, 2015, spéc. pp. 698-699.

²¹ Point 48 de l'arrêt *Léger*.

²² C.J.C.E., arrêt *G. Defrenne c. Sabena*, 8 avril 1976, aff. 43/75, *Rec.*, p. 455, point 10.

²³ C.J.C.E., arrêt *G. Defrenne c. Sabena*, 15 juin 1978, aff. 149/77, *Rec.*, p. 1365, points 26 et 27.

²⁴ C.J.C.E., arrêt *T. Kreil et Bundesrepublik Deutschland*, 11 janvier 2000, aff. C-285/98, point 23.

²⁵ C. MAUBERNARD, «Le principe d'égalité de traitement : un principe *cardinal* du droit de l'Union européenne», *R.M.C.U.E.*, 2010, n° 539, p. 373 et spéc. p. 378.

²⁶ C.J.C.E., arrêt *Commission c. Italie*, 13 novembre 2008, aff. C-46/07.

²⁷ C.J.C.E., Gde Ch., arrêt *W. Mangold*, 22 novembre 2005, aff. C-144/04.

²⁸ C.J.U.E., arrêt *L. Napoli*, 6 mars 2014, aff. C-595/12.

²⁹ Cour eur. dr. h., 10 mars 2015.

celle-ci a récemment rappelé que «la notion de ‘vie privée’ est une notion large, non susceptible d’une définition exhaustive. Cette notion recouvre l’intégrité physique et morale de la personne [...], mais elle englobe parfois des aspects de l’identité physique et sociale d’un individu [...]. Des éléments tels que, par exemple, l’identité sexuelle, le nom, l’orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l’article 8 de la Convention»³⁰. La Cour de Strasbourg prend garde toutefois, comme celle de Luxembourg, de ne pas empiéter sur la marge d’appréciation reconnue à l’État³¹.

Voilà pourquoi affirmer de manière péremptoire, comme le fait la Cour de justice, que la contre-indication permanente au don de sang pour un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme ne remet pas en cause le principe de non-discrimination, «dans la mesure où elle ne porte que sur la question, de portée limitée, des exclusions du don de sang en vue de protéger la santé des receveurs»³², apparaît comme une justification minimale. Le don de sang n’est pas, certes, un authentique droit dont la substance pourrait être affectée par une quelconque forme de discrimination, mais il est possible toutefois d’estimer qu’un tel acte «fait partie de ces prérogatives individuelles qui insèrent une personne dans la collectivité et l’aident à accéder à l’égalité»³³. C’est par un renversement opéré en opportunité que la Cour de justice, dans la mesure où le don de sang n’est pas un droit reconnu, considère qu’une éventuelle discrimination n’entraînerait pas de conséquences irréversibles sur la situation d’une personne. Pourtant, c’est bien le rejet d’une catégorie générique d’individus qui crée le plus souvent un sentiment de discrimination, par exemple lorsqu’ils se voient refuser l’entrée de certains établissements. Que l’on sache, la discrimination à raison de l’orientation sexuelle ou de l’origine ethnique sera bien condamnée si elle est prouvée, alors qu’il n’existe pas de droit d’accéder à une boîte de nuit ou un restaurant...

³⁰ *Ibid.*, § 56.

³¹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014, § 109.

³² Point 54 de l’arrêt *Léger*.

³³ J.-P. MARKUS, «Don de sang par des hommes déclarant des relations sexuelles avec un autre homme : une interdiction eurocompatible?», *J.C.P.*, éd. adm. et coll. terr., 14 septembre 2015, n° 34, p. 2259.

III. Une discrimination directe ou indirecte en raison de l'orientation sexuelle ?

La directive 2000/78/CE (précitée) apporte d'utiles précisions quant au « concept » de discrimination dans son article 2, distinguant le cas d'une discrimination directe « lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable », d'une discrimination indirecte « lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes », la première étant interdite *per se* si l'on peut dire, la seconde l'étant à moins que « cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ». En l'espèce, la Cour de justice ne prend pas le soin de procéder à une telle distinction³⁴. Pourtant, l'avocat général avait raison de rappeler qu'une telle question peut ici se poser, même s'il le fait en des termes quelque peu contradictoires, puisqu'après avoir considéré qu'il s'agissait en l'espèce d'« une évidente discrimination indirecte consistant en la combinaison d'un traitement différencié en raison du sexe — le critère en question ne visant que les hommes — et de l'orientation sexuelle — le critère en question ne visant quasi exclusivement que les hommes homosexuels et bisexuels »³⁵ —, ce dernier estimait incidemment en notes de bas de page, que la qualification de discrimination indirecte pourrait être discutée au regard des affaires *Maruko*³⁶ et *Hay*³⁷ à propos desquelles la Cour de justice avait conclu à une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle.

Il semble difficile, dans l'affaire *G. Léger*, d'admettre, d'évidence, l'existence d'une discrimination indirecte. Le critère retenu par l'arrêté ministériel (voy. *supra*) est celui d'être un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme, qui les exclut de manière automatique et permanente du don de sang. Dès lors, ce critère vise bien une catégorie particulière de personnes, les hommes homosexuels et bisexuels. On voit mal dans ces conditions comment il pourrait s'agir d'une discrimination indirecte, le critère étant tout sauf neutre et pouvant

³⁴ Point 50 de l'arrêt *Léger*.

³⁵ Point 44 de l'arrêt *Léger*; nous soulignons.

³⁶ Précité, note 14.

³⁷ C.J.U.E., 12 décembre 2013, aff. C-267/12; H. ROBERGE, « Une discrimination peut en cacher une autre: l'orientation sexuelle et le statut civil au trébuchet du droit européen du travail », *A.J. Famille*, 2014, p. 127.

même en dernière analyse relever de la catégorie des « préjugés sociaux »³⁸. En effet, et d'une part, en ne retenant pas le critère d'un comportement susceptible de comporter un risque de contamination pour le receveur et qui pourrait seul s'attacher tant aux hommes qu'aux femmes, aux homosexuels, bisexuels ou hétérosexuels, le gouvernement français avait clairement discriminé une catégorie d'individus dans son ensemble dont nombre d'entre eux pourraient se retrouver dans une situation comparable à d'autres individus n'y appartenant pas. D'autre part, la Cour de justice ne s'attache pas à l'éventuelle discrimination fondée sur le sexe que l'arrêté ministériel induit inexorablement. Or cette lacune est d'autant plus étonnante que, contrairement aux affaires précédentes citées par l'avocat général (voy. *supra*), la réglementation en cause comportait une distinction entre les hommes et les femmes bisexuels. Ce critère était justifié toutefois, selon le gouvernement français, par une situation épidémiologique propre à la France.

IV. Une discrimination qui peut être « objectivement » justifiée par des spécificités nationales

On touche ici au cœur de l'argument du gouvernement et du raisonnement de la Cour de justice qui s'appuie très largement sur le premier. Il est possible d'observer de prime abord que si les observations présentées par la France sont clairement mentionnées dans les conclusions de l'avocat général³⁹, elles ne sont reprises qu'en filigrane et pour les besoins de la démonstration dans l'arrêt lui-même. Or ces arguments doivent être bien entendus.

Pour le gouvernement français et la Commission, la réglementation n'est pas discriminatoire, mais repose au contraire sur des données objectives solides. Ces données épidémiologiques, notamment celles émanant de l'Institut de veille sanitaire français, démontreraient qu'au sein de la catégorie des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes, la proportion des individus ayant contracté le VIH serait « 65 fois plus élevée que dans le reste de la population »⁴⁰, alors qu'une étude du Centre européen de prévention et de contrôle des maladies aurait établi « que 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 »⁴¹. En outre, il existe

³⁸ E. DUBOUT, « Nosophobie ou homophobie?... », précité, note 4.

³⁹ Points 26 à 22.

⁴⁰ Point 19 des conclusions.

⁴¹ Point 43 de l'arrêt *Léger*.

sur le plan médical une «fenêtre silencieuse», qui peut aller de 12 à 22 jours, au cours de laquelle la détection du virus dans le sang n'est pas possible. Ces données justifieraient ainsi une contre-indication permanente au don de sang pour cette catégorie d'individus. Pour la Cour de justice, il reviendra au juge de renvoi, en s'appuyant sur les données médicales les plus récentes, de confirmer ou d'infirmer ces données. Ou bien la situation épidémiologique a changé et rien ne pourra justifier le maintien d'une contre-indication permanente, ou bien le juge confirmera le bien-fondé de ces données et il faut s'interroger alors sur la compatibilité d'une telle contre-indication permanente avec l'interdiction d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. On retrouve ici un raisonnement qui n'est pas sans rappeler celui relatif au principe de précaution, tel qu'il est interprété par la Cour de justice⁴², même s'il ne concerne pas en l'occurrence la réalité du risque lui-même, mais plutôt sa source.

Cependant, cet argumentaire statistique se double d'un autre, beaucoup plus subjectif. En effet, le gouvernement considère que c'est le «comportement' HSH⁴³ [qui] expose à un risque élevé»⁴⁴. La Cour de justice elle-même commence par renvoyer aux données statistiques précédemment évoquées pour apprécier «l'existence d'un risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang»⁴⁵. La confusion semble ainsi totale. Si le critère discriminant est celui des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes, parce que cette catégorie est statistiquement plus affectée que d'autres par le VIH, alors c'est sur le fondement du risque statistique que fait peser le don sur les receveurs qu'il convient de justifier ce critère. Si, à l'inverse, il est renvoyé au *comportement* des individus, le critère devient caduc, car un comportement à risque ne se retrouve pas mécaniquement ni même statistiquement chez les seuls hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes : des femmes, des couples hétérosexuels peuvent parfaitement être concernés par des pratiques à risque comme les multipartenaires, l'absence systématique de rapports protégés, certaines pratiques toxicomanes, etc. Or la Cour de justice revient à nouveau sur ce second critère lorsqu'elle considère que «même en présence d'un comportement sexuel exposant à un risque élevé de contracter des maladies infectieuses graves transmissibles par le sang» il convient de tenir

⁴² Voy. par exemple C.J.U.E., arrêt *PP Nature Balance Lizenz GmbH*, 3 décembre 2015, aff. C-82/15 P, spéc. points 22 et 23. J. RIDEAU, «Ordre juridique de l'Union européenne — Sources non écrites», *JCl. Eur.*, fasc. 191, point 186.

⁴³ Acronyme pour «un homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme» employé notamment dans les travaux d'ONU sida et d'autres ONG.

⁴⁴ Point 20 des conclusions.

⁴⁵ Point 42 de l'arrêt *Léger*.

compte des techniques existantes de protection de la santé des receveurs⁴⁶. La confusion qui s'opère est donc celle qui établit un lien direct, pourrait-on dire, entre sexe — appartenance à une catégorie particulière d'individus — comportement — risque. On mesure alors la limite qui consiste à assimiler dans son ensemble une catégorie d'individus à des comportements à risque qui peuvent se retrouver cependant chez d'autres. Que les statistiques épidémiologiques encouragent les autorités publiques sanitaires à être attentives peut difficilement justifier une exclusion aussi globale. Or, pour la Cour de justice, une telle discrimination pourrait être proportionnée à l'objectif poursuivi.

V. Une réglementation qui n'est pas, en soi, disproportionnée

L'appréciation par le juge de l'Union de la proportionnalité de la mesure litigieuse est minimale. Ce contrôle devra être opéré à titre principal par le juge national, ce dernier devant rechercher au regard de l'ensemble des données scientifiques les plus récentes et les plus fiables, s'il n'existe pas d'autres mesures moins contraignantes que l'interdiction permanente au don de sang pour les hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes, pour atteindre l'objectif de santé publique poursuivi par l'arrêt⁴⁷. Parmi les techniques et les méthodes efficaces pour atteindre l'objectif de santé publique poursuivi, certaines sont clairement identifiées par la Cour de justice, comme l'existence d'un entretien individuel qui permettrait d'appréhender le risque en fonction des informations fournies par le donneur, mais aussi la possibilité d'une mise en quarantaine des dons de sang pour écarter tout risque de non-détection d'une infection au cours de la «fenêtre silencieuse» et enfin la possibilité d'une détection systématique du VIH pour tous les dons de sang⁴⁸.

Cependant, une mesure moins contraignante ne pourrait ici avoir d'autre signification qu'une contre-indication temporaire au don de sang, en particulier au cours de la «fenêtre silencieuse» ou éventuellement lorsque le questionnaire n'a pas permis de connaître avec précision le comportement le plus récent du donneur. Par ailleurs, il est difficile de considérer que le critère de la seule appartenance à un groupe identifié d'individus puisse être maintenu. Il faudrait alors en revenir au critère du comportement à risque qui s'appliquerait

⁴⁶ Point 60 de l'arrêt *Léger*.

⁴⁷ Cette référence aux données les plus récentes avait déjà été rappelée dans l'arrêt *Humanplasma GmbH* du 9 décembre 2010 (aff. C-421/09, point 42).

⁴⁸ Points 64 et 66 de l'arrêt *Léger*.

à d'autres personnes que les seuls hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes.

Ces techniques et méthodes alternatives auraient aussi le mérite de faire reposer la sélection des donneurs non sur un critère «trop large et trop générique» comme le soulignait l'avocat général (voy. *supra*), mais sur des appréciations individuelles et scientifiques. Dans un rapport établi par Olivier Véran, parlementaire français, sur «La filière du sang en France» remis au ministre de la Santé en juillet 2013⁴⁹, celui-ci avait fait observer que «les experts s'accordent à dire que la mise en quarantaine systématique du plasma, associé au dépistage virologique, permettrait de neutraliser tout risque de transmission virale», mais également que «l'erreur consiste à se limiter à la sexualité, lors même que c'est le comportement sexuel qui peut être à risque, quelle que soit l'orientation sexuelle par ailleurs». Il est en effet dérangeant de considérer que des données scientifiques puissent être utilisées pour catégoriser des individus et non plutôt les produits issus du sang. S'il est vrai que les études scientifiques démontrent une prévalence de la contamination par le VIH chez les hommes homosexuels ou bisexuels, dans des proportions parfois bien plus importantes que pour d'autres catégories d'individus, cette prévalence devrait inciter les autorités publiques à adopter des mesures positives (tant en ce qui concerne les dons de sang qu'à propos de la prévention des risques de contracter le VIH) davantage que des solutions négatives consistant à exclure cette catégorie sans distinction. La «communautarisation» jouerait ainsi de manière paradoxale non comme un moyen de protéger, mais comme un facteur d'exclusion.

Il faut mettre en perspective ce contrôle de proportionnalité avec l'objectif de santé publique qui consiste à s'assurer pour les autorités nationales que le receveur ne courra aucun risque virologique. La France, en la matière, a été suffisamment alertée à la suite de la reconnaissance de la responsabilité de l'État du fait de l'absence systématique de dépistage du VIH au cours de l'année 1985 et de la contamination massive de personnes transfusées, alors que des tests pratiqués aux États-Unis permettaient déjà d'écarter ce risque. L'Union européenne, pour sa part, consacre la protection de la vie et de la santé des personnes comme l'un des objectifs essentiels de l'organisation. Il serait alors possible de lire l'arrêt *Léger* à la lumière de la conciliation à laquelle procède la Cour de justice entre le principe de non-discrimination et le droit à la santé, voire à la vie, sous deux réserves toutefois. La première réserve tient au fait que la Cour de justice se garde bien d'opérer de manière explicite une telle conciliation, la santé étant perçue ici moins dans sa dimension individuelle que collective. Elle répond donc

⁴⁹ Disponible à l'adresse : www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Veran_filiere-sang.pdf (consulté le 14 décembre 2015).

davantage aux obligations qui incombent à l'État pour garantir la santé des individus. En outre, la mise en balance avec le droit à la vie supposerait que la transmission d'une infection virale telle que le VIH soit susceptible d'entraîner la mort presque certaine du receveur, ce qui n'est plus nécessairement le cas aujourd'hui, du moins dans la plupart des pays développés, et à la condition que le dépistage ait eu lieu assez tôt et permette la mise en œuvre d'une multithérapie efficace.

La marge d'appréciation, enfin, qui est accordée à l'État renvoie à l'absence de véritable consensus en la matière. L'analyse sémantique des dispositions de la directive 2004/33/CE avait déjà montré qu'à l'égard des dons de sang, les pratiques nationales peuvent fortement varier, allant d'une exclusion temporaire à une exclusion permanente, en fonction d'un risque qui peut être « simple » ou « élevé ». La France a retenu des normes plus strictes pour protéger la santé des receveurs, en excluant l'ensemble d'une catégorie d'individus qui sont statistiquement les plus touchés par le VIH. Comme la Cour de justice a eu l'occasion de le rappeler à plusieurs reprises, « la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens ou intérêts protégés par l'article [36 TFUE], et il appartient aux États membres, dans les limites imposées par le Traité, de décider du niveau auquel ils entendent en assurer la protection »⁵⁰. Cette exigence se trouve inscrite dans les traités, notamment à l'article 35 de la Charte et à l'article 168 TFUE qui prévoient dans les mêmes termes qu'« un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union », mais aussi pour l'article 168 que « le Parlement européen et le Conseil [...] contribuent à la réalisation des objectifs visés au présent article en adoptant, afin de faire face aux enjeux communs de sécurité : a) des mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang ; ces mesures ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes ». Dans sa résolution sur « la responsabilité des donneurs et sur la limitation du don du sang et des composants sanguins », adoptée le 12 mars 2008, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe avait recommandé que les États « soient responsables de la décision finale d'accepter ou d'exclure des donneurs, sur la base d'une analyse du risque fondée sur des données épidémiologiques régulièrement mises à jour et en gardant à l'esprit le droit des receveurs à la protection de la santé et l'obligation en résultant de réduire le risque de transmission de maladies infectieuses. Ces droits et obligations ont priorité sur toute autre considération, y compris la volonté des individus de donner leur sang » (point 4.1.).

⁵⁰ C.J.C.E., arrêt *Deutscher Apothekerverband eV e.a.*, 11 décembre 2003, aff. C-322/01, point 103.

Il n'en demeure pas moins que, même en l'absence de consensus sur le sujet et au regard de la situation épidémiologique du pays, la réglementation française se distingue aujourd'hui assez nettement de celles des autres États membres. Ainsi, dans une décision sur la recevabilité, la Cour européenne des droits de l'homme avait noté qu'en Italie le gouvernement avait décidé en 2002 d'adopter une réglementation nouvelle sur le don de sang qui n'était plus fondée désormais sur l'appartenance des individus à une catégorie, mais sur les comportements sexuels à risque⁵¹. Il en va ainsi dans nombre d'autres États comme le Royaume-Uni, qui ont levé l'exclusion permanente au profit d'une exclusion temporaire et/ou fondée exclusivement sur les comportements sexuels à risque. On ne comprend pas en effet en quoi la prise en compte du critère du comportement à risque serait moins satisfaisante, d'un point de vue épidémiologique, que le critère catégoriel. En outre, elle autoriserait l'État à étendre éventuellement la contre-indication permanente à des individus qui ne sont pas visés aujourd'hui par cette dernière alors que leurs pratiques sexuelles pourraient s'avérer dangereuses pour la santé des receveurs.

Conclusion

Dans son avis publié en mars 2015⁵², le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé faisait part de l'avis minoritaire exprimé par M^{me} M.-A. Hermitte à propos de «ce qui [lui] semble être un 'dilemme éthique': pour éviter ce qui est analysé par certains comme une discrimination, la société doit-elle accepter qu'il y ait une seule contamination supplémentaire, même très rare?», estimant en conclusion que ce dilemme «appelle une réponse négative, car, si tout traitement emporte des risques et des avantages pour la personne qui le reçoit, ici, le receveur courrait l'intégralité du surrisque pour un avantage moral, au demeurant discutable pour le donneur»⁵³. On comprend mieux pourquoi, à la lumière de tels enjeux, et quelle que soit la réponse que l'on puisse leur apporter, la Cour de justice n'a pas souhaité trancher ce dilemme, renvoyant au juge national et peut-être plus largement encore au législateur, le soin de s'interroger à nouveau sur la pertinence des critères retenus.

Or les positions défendues par les responsables politiques français au cours des derniers mois sont ambiguës. Ainsi, la ministre de la Santé a déposé en avril 2015 un amendement au projet de loi de modernisation du système de

⁵¹ Cour eur. dr. h., décision *Tosto c. Italie*, 15 octobre 2002.

⁵² Précité, note 3.

⁵³ *Ibid.*, respectivement pp. 39 et 41.

santé qui insérerait un nouvel alinéa à l'article L. 1211-6-1 du Code de la santé publique, aux termes duquel « Nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle ». L'amendement tranchait clairement en faveur d'une approche fondée sur le comportement à risque des donateurs et non sur leur appartenance à une catégorie sexuelle. Or le projet de loi n'ayant pu être adopté au mois d'octobre 2015 à la suite d'une absence de conciliation entre l'Assemblée nationale et le Sénat français, un nouveau projet est en cours de lecture depuis le 3 décembre 2015, qui ne mentionne plus l'amendement relatif à l'absence de discrimination en raison de l'orientation sexuelle⁵⁴.

La réforme du droit français de la santé, sur ce point, demeure donc aléatoire, et pourrait même s'appuyer sur un récent arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation française, jugeant que la conservation par l'Établissement français du sang de données informatisées relatives à l'orientation sexuelle des candidats au don de sang n'était pas constitutive d'un délit pénal⁵⁵, se fondant en cela sur une décision rendue par le Conseil constitutionnel à la suite du renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité dans laquelle le juge constitutionnel avait considéré que le délit d'enregistrement et de conservation de données à caractère personnel ne contrevenait pas au principe de la légalité des délits et des peines⁵⁶.

Il découle par conséquent de cet état du droit que le dilemme devrait être tranché d'abord par les responsables politiques, au nom d'un choix clair et assumé en faveur tout à la fois de l'égalité et de la santé des individus, même si, comme l'énonçait C. Perelman, « la dogmatique juridique ne peut pas éviter de prendre position dans les controverses, où des jugements de valeur opposés viennent à se heurter dans un cas d'espèce »⁵⁷.



Le site internet de la *revue* propose à ses lecteurs un dossier permettant d'accéder rapidement aux principaux actes et documents renseignés dans l'article qui précède (www.rtdh.eu, onglet « Sommaires », « n° 106 avril 2016 », cliquer ensuite sur le titre de l'article).

⁵⁴ Un projet de loi, contrairement à une proposition, est pourtant présenté au Parlement à l'initiative du gouvernement et non des parlementaires eux-mêmes.

⁵⁵ Cass. fr., ch. crim., *Laurent X.*, 8 juillet 2015, n° 13-86267. Voy. S. FUCINI, « Don du sang : légalité de la conservation de données personnelles », *Dall.*, 9 septembre 2015.

⁵⁶ Cons. const., 19 septembre 2014, décision n° 2014-412 (Q.P.C.).

⁵⁷ C. PERELMAN, *Logique juridique — Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1999, p. 81.