

Ministre des Solidarités et de la Santé
14, Avenue Duquesne
75007 Paris

Par lettre recommandée avec avis de réception

Paris, le 23 juin 2017

Aff. : Mousse c/ Ministre des Solidarités et de la Santé

Etienne Deshoulières, avocat au barreau de Paris

Email : cabinet@deshoulieres-avocats.com

Ligne directe : +33.1.77.62.82.03

Objet : Demande d'abrogation des dispositions de l'arrêté du ministre de la Santé fixant les critères de sélection des donneurs de sang

Madame la Ministre,

Je vous écris en qualité d'avocat des associations Mousse¹, Sida Info Service², Comité Idaho France³, Stop Homophobie⁴ et Elus locaux contre le Sida⁵.

Je vous demande, par la présente, d'abroger l'arrêté du 5 avril 2016 fixant les critères de sélection des donneurs de sang⁶ conformément aux arguments exposés ci-après.

Pour mémoire, cet arrêté opère une distinction illégale entre, les hommes homosexuels, d'une part, qui ne peuvent donner leur sang au cas où ils auraient eu ne serait-ce qu'un seul rapport sexuel protégé avec leur conjoint dans l'année précédent le don et, les hommes hétérosexuels, d'autre part, qui sont recevables à donner leur sang peut important leurs pratiques sexuelles et ce, dans un délai de quatre mois à compter du dernier rapport sexuel considéré.

¹Pièce n°2a : Publication au journal officiel du 3 juin 2000 ; Pièce n°2b : Statuts de l'association Mousse du 27 novembre 2016

²Pièce n°3a : Publication au journal officiel du 15 août 1998 ; Pièce n°3b : Statuts de l'association Sida Info Service du 2 juin 1998

³Pièce n°4a : Publication au journal officiel du 25 février 2012 ; Pièce n°4b : Statuts de l'association Stop Homophobie du 4 avril 2013

⁴Pièce n°5a : Publication au journal officiel du 20 avril 2013 ; Pièce n°5b : Statuts de l'association Stop Homophobie du 4 avril 2013

⁵Pièce n°6a : Publication au journal officiel du 15 août 1998 ; Pièce n°6b : Statuts de l'association ELCS de janvier 2016

⁶Pièce n°1 : Arrêté en date du 5 avril 2016 fixant les critères de sélection des donneurs de sang

Les associations susmentionnées sont recevables à demander l'abrogation de l'arrêté puisque, conformément à la jurisprudence Alitalia du Conseil d'Etat : « *Tout administré peut demander, sans condition de délai, à l'administration d'abroger les actes réglementaires illégaux.* »⁷.

Et, l'article L.243-2 du code des relations entre le public et l'administration rappelle clairement, à cet égard, que « *l'administration est tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet, que cette situation existe depuis son édicition ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures* ».

Or l'arrêté du 5 avril 2016 est illégal, car en plus d'établir une discrimination à raison de l'orientation sexuelle prohibée par l'article L.1211-6-1 du code de la santé publique, il se fonde sur un critère qui n'a aucunement été prévu par la directive n°2004/33/CE du 22 mars 2004.

Cet arrêté devra donc, ainsi que cela sera démontré ci-après, être purement et simplement abrogé.

1. A titre liminaire, sur l'absence de risque sanitaire consécutif à l'abrogation de l'arrêté du 5 avril 2016

Il convient, tout d'abord, d'insister sur le fait que **l'abrogation de cet arrêté ne présente aucun risque sanitaire, médical ou épidémiologique.**

Les connaissances actuelles de science établissent qu'un délai d'exclusion de douze mois pour les hommes homosexuels au lieu de quatre mois pour les hommes hétérosexuels n'a aucune incidence sur les risques de contamination des receveurs.

Les tests actuels permettent en effet de dépister avec certitude le VIH dans le sang des donneurs, à moins que ceux-ci n'aient été infectés depuis moins de 12 jours⁸. Cette période constitue la « fenêtré silencieuse », qui correspond au moment où la maladie n'est pas détectable dans le sang.

Les difficultés transfusionnelles liées à cette fenêtré silencieuse peuvent être contournées de

⁷ CE, 3 février 1989, Compagnie Alitalia, req.n°74052, p.44

⁸ « Surveillance épidémiologique des donneurs de sang et risque résiduel de transmission du VIH, de l'HTLV, du VHC et du VHB par transfusion en France entre 2008 et 2010 », J. Pillonel, Bulletin épidémiologique hebdomadaire, 2012

deux manières.

D'une part, selon les dernières connaissances scientifiques, les tests peuvent être réalisés 16 jours après le don du sang, sans qu'il n'en résulte une dégradation de la qualité du sang⁹. Ce délai permet de contourner la fenêtre silencieuse, afin que les éventuelles infections présentes dans le sang se soient révélées au moment du test.

D'autre part, le délai de 12 jours de la fenêtre silencieuse peut justifier une exclusion temporaire des personnes ayant eu des comportements sexuels à risque avant le moment du don. Mais la durée de cette exclusion temporaire doit être proportionnée à la durée de la fenêtre silencieuse.

Or, la durée d'exclusion temporaire est aujourd'hui en France 10 fois supérieure à la durée de la fenêtre silencieuse pour les hommes hétérosexuels et 30 fois supérieure pour les hommes homosexuels.

Cette distinction entre les hommes homosexuels et les hommes hétérosexuels n'est fondée sur aucune justification médicale ou épidémiologique. Il s'agit d'une discrimination pure et simple opérée en raison de l'orientation sexuelle des donneurs de sang, sans aucun fondement factuel.

2. Sur l'illégalité de l'arrêté du 5 avril 2016 et sur son évidente contrariété avec les principes posés en droit de l'Union

Par son arrêt du 29 avril 2015, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé, sur le fondement des dispositions de la directive n°2004/33/CE du 22 mars 2004 et de celle de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, que :

*« L'arrêté du 12 janvier 2009 [qui excluait à l'époque purement et simplement les hommes homosexuels du don du sang] [était] 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 »¹⁰.*

Etant rappelé qu'aux termes de l'article 21 1. de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :

⁹ « Age of Transfused Blood in Critically Ill Adults », Jacques Lacroix, New England Journal Of Medicine, 17 mars 2015,

¹⁰ CJUE, 29 avril 2015, Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, n°C-528/13, §50

« **Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle** ».

La Cour ayant confié à la France le soin de prendre les mesures propres à corriger cette discrimination, le législateur est intervenu le 26 janvier 2016.

L'article L.1211-6-1 du code de la santé publique, issu de l'article 40 de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016, dispose ainsi clairement que : « *Nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle* ».

Or, en l'espèce, l'arrêté du 5 avril 2016, dans son annexe II, A), opère une distinction entre les hommes ayant eu des rapports sexuels avec d'autres hommes, sanctionnés par une exclusion de 12 mois après le dernier rapport sexuel considéré, d'une part, et les comportements sexuels hétérosexuels à risque (multi partenariat), sanctionnés par une exclusion de 4 mois après le dernier rapport sexuel considéré, d'autre part.

RISQUE CIBLÉ	SITUATIONS À RISQUE	CONDUITE À TENIR (CAT) ET CONTRE-INDICATIONS (CI) en fonction des réponses et de la situation à risque
Transmission d'un agent infectieux Candidat au don	Pour les femmes, rapport (s) sexuel (s) avec plus d'un partenaire dans les quatre derniers mois Pour les hommes, rapport (s) sexuel (s) avec plus d'une partenaire dans les quatre derniers mois	CI de quatre mois après la fin de la situation considérée
	Rapport (s) sexuel (s) en échange d'argent ou de drogue	CI de douze mois après la fin de la situation considérée
	Pour les hommes, rapport (s) sexuel (s) avec un autre homme	Dans le cas d'un don de sang total et d'aphérèse : CI de douze mois après le dernier rapport sexuel considéré Dans le cas d'un don de plasma par aphaérèse pour plasma sécurisé par quarantaine : CI de quatre mois pour les hommes ayant eu plus d'un partenaire sexuel dans les quatre derniers mois après la fin de cette situation.

Ce tableau prévoit ainsi une contradiction temporaire de **douze mois** pour les hommes ayant eu un rapport **homosexuel**, alors qu'il prévoit une contradiction temporaire de **quatre mois** pour les hommes ayant eu un rapport **hétérosexuel**. Cette différenciation entre les deux périodes d'exclusion temporaires est à l'évidence **fondée sur l'orientation sexuelle des personnes**, qui ne constitue ni un critère relatif à la maladie en question ni un critère relatif à la disponibilité des tests adéquats.

Ce faisant, **en pratique**, les hommes ayant eu des rapports sexuels avec d'autres hommes sont exclus du don de sang en raison de leur orientation sexuelle.

De nombreux donneurs homosexuels ne courant aucun risque de contamination par des maladies sexuellement transmissibles sont ainsi empêchés de participer à cette action citoyenne et altruiste du seul fait de leur orientation sexuelle.

L'arrêté du 5 avril 2016 est donc contraire aux dispositions de l'article L. 1211-6-1 du code de la santé publique, interprété à la lumière de la jurisprudence de la CJUE. Cet arrêté, entaché d'une erreur de droit, doit donc être abrogé en ce qu'il établit une différence de traitement à raison de l'orientation sexuelle.

Les associations Mousse, Sida Info Service, Comité Idaho France, Stop Homophobie et Elus locaux contre le SIDA vous demandent en conséquence d'abroger l'arrêté du 5 avril 2016 fixant les critères de sélection des donneurs de sang.

Je vous informe que, à défaut d'abrogation dans le délai de 2 mois à compter de la présente lettre, j'ai reçu les instructions de mes clientes d'engager un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat.

Je vous prie de croire, Madame la Ministre, en l'expression de mes sentiments distingués.

Etienne Deshoulières
Avocat au barreau de Paris



ANNEXES AU PRESENT COURRIER

- 1. Arrêté en date du 5 avril 2016 fixant les critères de sélection des donneurs de sang**
- 2. Association Mousse**
 - a. Publication au journal officiel du 3 juin 2000
 - b. Statuts de l'association Mousse du 27 novembre 2016
- 3. Association SIS-Association/Sida Info Service**
 - a. Publication au journal officiel du 15 août 1998
 - b. Statuts de l'association Sida Info Service du 2 juin 1998
- 4. Association Comité IDAHO France**
 - a. Publication au journal officiel du 25 février 2012
 - b. Statuts de l'association Comité IDAHO France du 1^{er} octobre 2015
- 5. Association Stop Homophobie**
 - a. Publication au journal officiel du 20 avril 2013
 - b. Statut de l'association Stop Homophobie du 4 avril 2013
- 6. Association Elus locaux contre le SIDA**
 - a. Publication au journal officiel du 15 août 1998
 - b. Statuts de l'association ELCS de janvier 2016