Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. MENGOZZI
fremsat den 17. juli 2014[1]

**Sag C-528/13**

**Geoffrey Léger**
**mod**
**Ministre des affaires sociales et de la santé et des Droits des femmes**
**og**
**Établissement français du sang**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af tribunal administratif de Strasbourg (Frankrig))

»Folkesundhed — bloddonation — kriterier for donorers egnethed — kriterier for permanent eller midlertidig udelukkelse — endegyldig udelukkelse af mænd, der har haft seksuel kontakt med andre mænd — princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af seksuel orientering — proportionalitet«

Indhold

I – Retsforskrifter ..... 2

A – EU-retten ..... 2

B – Fransk ret ..... 3

II – Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål ..... 4

III – Retsforhandlingerne for Domstolen ..... 4

IV – Retlig vurdering ..... 4

A – Sammenfatning af den franske regerings standpunkt ..... 4

B – Bedømmelse ..... 6

1. Fortolkningen af punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33 ..... 7

1 — Originalsprog: fransk.

a) Punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33 kan kun bringes i anvendelse, hvis de pågældende har stor risiko for at påføre sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres med blodet. . . . 7

b) Skal den omstændighed, at en mand har haft eller har seksuel kontakt med en anden mand, betragtes som en »seksuel adfærd« som omhandlet i punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33? . . . 8

2. Det skøn, som medlemsstaterne indrømmes i direktiv 2004/33, og deres mulighed for at opretholde eller indføre strengere beskyttelsesforanstaltninger . . . 9

a) Kravet om overholdelse af traktatens bestemmelser ved udøvelsen af nationale kompetencer . . . 9

b) Den ministerielle bekendtgørelse fører til indirekte forskelsbehandling på grund af både køn og seksuel orientering . . . 11

c) Er forskelsbehandlingen begrundet og forholdsmæssig? . . . 11

V – Forslag til afgørelse . . . 14

1. Den foreliggende præjudicielle sag rejser et følsomt spørgsmål, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt en national foranstaltning, som permanent udelukker mænd, der har haft eller har seksuel kontakt med andre mænd, fra at donere blod, er forenelig med EU-retten.

## I – **Retsforskrifter**

### A – *EU-retten*

2. De EU-retlige forskrifter kan sammenfattes på følgende måde:

3. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/98/EF af 27.1.2003 om fastsættelse af standarder for kvaliteten og sikkerheden ved tapning, testning, behandling, opbevaring og distribution af humant blod og blodkomponenter og om ændring af direktiv 2001/83/EF [2], der blev vedtaget med hjemmel i artikel 152, stk. 4, litra a), EF [nu artikel 168, stk. 4, litra a), TEUF], tager afsæt i EU-lovgivers konstatering af, at der »ikke [findes] nogen bindende fællesskabsbestemmelser om kvaliteten og sikkerheden ved [fuldblod, plasma og blodlegemer fra mennesker], der ikke har gennemgået en behandling, og som anvendes til transfusion« [3]. Lovgiver tilkendegav derfor sin hensigt om at vedtage bestemmelser, der sikrer, at »blod og blodkomponenter har et sammenligneligt niveau for kvalitet og sikkerhed gennem hele blodtransfusionskæden i alle medlemsstaterne«, idet befolkningens tillid vil blive styrket, ved at der fastsættes høje standarder for kvalitet og sikkerhed [4]. Formålet med direktiv 2002/98 er således at fastsætte standarder for kvaliteten og sikkerheden af humant blod og blodkomponenter med henblik på at sikre et højt sundhedsbeskyttelsesniveau [5]. Ifølge dette direktiv skal medlemsstaterne bl.a. sikre, at aktiviteter i forbindelse med tapning, testning, behandling,

2 — EUT 2003 L 33, s. 30.

3 — Tredje betragtning til direktiv 2002/98.

4 — Tredje betragtning til direktiv 2002/98.

5 — Artikel 1 i direktiv 2002/98.

opbevaring og distribution af blod og blodkomponenter udelukkende udføres af behørigt udpegede og akkrediterede blodcentre, og at centrene underkastes forskellige former for inspektion samt kontrolforanstaltninger [6]. Direktivet er desuden baseret på principperne om, at blodet skal kunne spores, at det skal være vederlagsfrit og frivilligt at afgive blod, og at alt donorblod skal testes [7].

4. Kravene om blod- og plasmadonorers egnethed, herunder navnlig kriterierne for permanent udelukkelse og kriterierne for midlertidig udelukkelse, er ikke indeholdt i direktiv 2002/98, men fastsat ved Kommissionens direktiv 2004/33/EF af 22. marts 2004 om gennemførelse af direktiv 2002/98 med hensyn til visse tekniske krav til blod og blodkomponenter [8] efter udvalgsproceduren i artikel 28 i direktiv 2002/98 [9].

5. Disse krav skal derfor findes i direktiv 2004/33. I bilag III til dette direktiv fastsættes der kriterier for egnethed som fuldblods- og blodkomponentdonorer. Afsnit 2 i bilag III vedrører kriterierne for udelukkelse af disse donorer.

6. Punkt 2.1 i bilag III indeholder en tabel, hvori kriterierne for permanent udelukkelse af allogene donorer [10] er opregnet. Seksuel adfærd beskrives på følgende måde i denne tabel: »[p]ersoner, som på grund af deres seksuelle adfærd er udsat for stor risiko for at påføre sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres med blodet«.

7. Punkt 2.2 i bilag III opregner kriterierne for midlertidig udelukkelse af allogene donorer, og punkt 2.2.2 i dette bilag vedrører mere specifikt de udelukkelseskriterier, der er forbundet med eksponering for risiko for at få en infektion, der kan overføres ved transfusion. Tabelposten »[p]ersoner, som på grund af deres adfærd eller aktivitet er udsat for risiko for at påføre sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres gennem blodet« fastsætter følgende udelukkelse: »[u]delukkelse efter ophør af risikoadfærden i en periode, der afhænger af den pågældende sygdom og eksistensen af relevante test«.

## B – *Fransk ret*

8. Den franske sundheds- og sportsminister udstedte den 12. januar 2009 en bekendtgørelse om kriterier for udvælgelse af bloddonorer [11] (herefter »den ministerielle bekendtgørelse«).

9. Det fremgår af den ministerielle bekendtgørelses artikel 1, hvilke betingelser der gælder for bloddonation. I henhold til artikel 1, afsnit V, nr. 1, der vedrører donorens kliniske karakteristika, skal den person, der har beføjelse til at udvælge donorerne, stille supplerende spørgsmål til det spørgeskema, der skal udfyldes før afgivelse af blod, for at vurdere, om der er mulighed for donation, under hensyn til kontraindikationerne og deres varighed, opståen og udvikling [12]. Disse spørgsmål stilles i givet fald under den samtale, der altid finder sted forud for afgivelse af blod. Ifølge denne bestemmelse afvises donoren, hvis der foreligger en kontraindikation, som er nævnt i en af tabellerne i bilag II til den ministerielle bekendtgørelse. Det fremgår også, at sundhedsmyndighederne kan ændre, tilføje eller slette kontraindikationer for bloddonation under hensyn til særlige epidemiologiske situationer eller data i forbindelse med blodovervågning.

6 — Artikel 5 og 8 i direktiv 2002/98.

7 — Jf. henholdsvis artikel 14, 20 og 21 i direktiv 2002/98 samt bilag IV hertil.

8 — EUT L 91, s. 25.

9 — Jf. artikel 29 i direktiv 2002/98.

10 — Dvs. donorer, der afgiver blod til andre mennesker og ikke til sig selv, hvilket er den eneste form for donation, der er relevant i den foreliggende sag (jf. punkt 2 i bilag I til direktiv 2004/33).

11 — JORF af 18.1.2009, s. 1067.

12 — Spørgeskemaet kan ses på følgende adresse: http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr%E9-don_pour_la_m%E9tropole.pdf

10. Bilag II til den ministerielle bekendtgørelse indeholder tabeller over kontraindikationer. Tabel B opregner specifikke kontraindikationer, der udgør en risiko for modtageren. Den del af tabel B, der omhandler risikoen for overførsel af en virusinfektion, ser således ud:

## II – **Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål**

11. Den 29. april 2009 afviste en læge ved Établissement français du sang (det franske blodcenter, herefter »EFS«) Geoffrey Léger som bloddonor, fordi han havde oplyst, at han var homoseksuel.

12. Lægen ved EFS baserede sin beslutning på den ministerielle bekendtgørelse, hvori den omstændighed, at en potentiel donor har haft seksuel kontakt med en mand, anses for en permanent kontraindikation.

13. Geoffrey Léger har indbragt sagen for den forelæggende ret med påstand om annullation af denne beslutning. Han har bl.a. anført, at den ministerielle bekendtgørelse som følge af den nævnte permanente kontraindikation strider mod direktiv 2004/33 og navnlig mod dette direktivs bilag II, del B [13], og dets bilag III, punkt 2.1. Han har videre anført, at den ministerielle bekendtgørelse også strider mod artikel 3, 8 og 14 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, der blev underskrevet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«), og mod lighedsprincippet.

14. Da tribunal administratif de Strasbourg er i tvivl om EU-rettens fortolkning, har den besluttet at udsætte sagen og ved forelæggelsesafgørelse indleveret til Domstolens Justitskontor den 8. oktober 2013 forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 267 TEUF:

»Udgør den omstændighed, at en mand har haft seksuel kontakt med en anden mand, henset til bilag III til direktiv [2004/33] i sig selv en seksuel adfærd, som medfører risiko for, at han påfører sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres med blodet, hvilket berettiger, at personer, der har udvist denne seksuelle adfærd, permanent udelukkes fra at donere blod, eller er det blot en seksuel adfærd, som ud fra omstændighederne i den konkrete sag medfører risiko for, at den pågældende påfører sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres med blodet, hvilket berettiger, at denne midlertidigt udelukkes fra at donere blod i en periode, der fastsættes efter risikoadfærdens ophør?«

## III – **Retsforhandlingerne for Domstolen**

15. Den franske regering og Europa-Kommissionen har som de eneste indgivet skriftlige indlæg til Domstolen.

## IV – **Retlig vurdering**

### A – *Sammenfatning af den franske regerings standpunkt*

16. Den franske regering mener ikke, at direktiv 2004/33 er til hinder for, at en medlemsstat betragter den omstændighed, at en mand har seksuel kontakt med en anden mand (MSM) [14], som en seksuel adfærd, som medfører risiko for, at han pådrager sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres med blodet, hvilket berettiger, at han permanent udelukkes fra at afgive blod.

13 — Bilag II, del B, til direktiv 2004/33 vedrører de oplysninger, som blodcentrene skal indhente fra donorer ved hver tapning.

14 — MSM er en forkortelse for »men having sex with men« (mænd, der har sex med mænd), som blev opfundet af epidemiologer i 1990'erne, og som anvendes om mænd, der har seksuel kontakt med andre mænd, uanset om de har seksuel kontakt med kvinder, er biseksuelle eller bøsser på det personlige eller sociale plan (kilde: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, ajourført udgave, oktober 2011, s. 19).

17. For det første er den seksuelle adfærd, der består i, at en mand har seksuel kontakt med en anden mand, i sig selv en seksuel adfærd, der berettiger, at han permanent udelukkes fra at afgive blod. Set i et større perspektiv indgår direktiv 2002/98 i gennemførelsen af en fælles sundhedspolitik og har til formål at fastsætte høje kvalitets- og sikkerhedsstandarder – hvilket afspejles gennem hele dette direktiv – baseret på en samordnet strategi med hensyn til sikkerheden af blod, som er foranlediget af en række tilfælde af infektion i forbindelse med blodtransfusioner. Direktiv 2002/98 blev således vedtaget med hjemmel i artikel 152, stk. 4, litra a), EF. Det overordnede formål er desuden at beskytte modtagere af blod, og det understreges derfor i direktivet, at blodet bør tappes fra personer, der er i en sådan helbredstilstand, at afgivelse af blod ikke giver anledning til skadelige virkninger, og således at risikoen for overførsel af infektionssygdomme begrænses mest muligt [15]. Denne risiko kan begrænses på tre måder, bl.a. i forbindelse med udvælgelse af donorer [16].

18. Direktiv 2004/33 bestemmer ganske vist, at personer, som på grund af deres seksuelle adfærd er udsat for risiko for at påføre sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres med blodet, skal udelukkes permanent fra at donere blod, men indeholder ingen definition af dette begreb. Det er i øvrigt denne risikoeksponering, der er tale om i dette direktivs bilag III, punkt 2.2.2 for så vidt angår kriterier for midlertidig udelukkelse. Der er desuden uoverensstemmelser mellem de øvrige sprogversioner. I et sådant tilfælde skal der i henhold til Domstolens faste praksis tages udgangspunkt i direktivets almindelige opbygning og dets formål, som ifølge den franske regering er at begrænse risikoen mest muligt og at fastsætte høje sikkerheds- og kvalitetsstandarder. Når den pågældende risiko er forbigående, bør der træffes afgørelse om midlertidig udelukkelse, men hvis risikoen er større, kan der være behov for en strengere foranstaltning i form af permanent udelukkelse. Eftersom EU's indsats på dette område supplerer medlemsstaternes indsats og ikke berører deres ansvar [17], er det medlemsstaterne, der skal vurdere risikoen i forhold til deres egen epidemiologiske situation.

19. Den franske regering har i den forbindelse henvist til statistiske oplysninger, der viser, at andelen af personer, der lever med hiv [18], er 65 gange større i MSM-gruppen end i resten af befolkningen. Hvad angår forekomsten af hiv-smittede [19] blev der i 2008 registreret 6 940 nye smittetilfælde, og 3 320 af de smittede personer tilhørte MSM-gruppen. Denne situation er særlig problematisk i forbindelse med bloddonation, eftersom der vil være en vinduesperiode på henholdsvis 12 og 22 dage, hvor det ikke er muligt at påvise hiv 1- og hiv 2-virus i forbindelse med screening. Europarådet har i øvrigt i sin resolution af 27. marts 2013 [20] bekræftet, at MSM-gruppen har større risiko for at pådrage sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres med blodet, og dermed også større risiko for at overføre disse sygdomme.

20. For det andet mener den franske regering, at det på denne baggrund ikke vil være muligt kun at gøre brug af midlertidig udelukkelse. Europarådet anbefaler således, at der kun anvendes midlertidig kontraindikation, hvis det er fastslået, at den pågældende adfærd ikke medfører en stor risiko. Europarådet har imidlertid undersøgt, hvordan donorblod fra MSM-gruppen påvirker sikkerheden ved blodtransfusion, og konkluderet, at det øger risikoen for overførsel af hiv [21]. Den franske regering mener, at »MSM-adfærd« medfører en stor risiko, som ikke er midlertidig, hvilket ses af de nævnte statistiske data. Den har tilføjet, at den tilbageværende risiko for hiv-smitte – dvs. forholdet mellem antallet af inficerede tapninger og det samlede antal tapninger – svarer til 1 potentielt inficeret tapning ud af 2 900 000 tapninger, og at halvdelen af alle hiv-inficerede tapninger stammer fra

15 — 24. betragtning til direktiv 2002/98.

16 — Desuden testes alt donorblod, og det behandles for at svække eventuelle vira.

17 — Den franske regering har herved nævnt artikel 168, stk. 7, TEUF.

18 — Dvs. forekomsten, der traditionelt defineres som den andel af befolkningen, der lever med hiv på et givet tidspunkt (kilde: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, s. 23).

19 — Dvs. antallet af nye personer, der smittes med hiv i en given periode og en given population (kilde: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, s. 16).

20 — Europarådets Ministerkomités resolution CM/Res(2013)3 af 27.3.2013 om seksuel adfærd hos bloddonorer, som påvirker sikkerheden ved blodtransfusion.

21 — Den franske regering har på dette punkt henvist til resolution CM/Res(2013)3.

MSM-gruppen, som i stigende grad afgiver blod til trods for den permanente kontraindikation. Den franske regering mener, at man ved at gå fra permanent udelukkelse til midlertidig udelukkelse vil sende et forkert signal til MSM-gruppen, der i de fleste tilfælde stadig holder afstand til blodtransfusionskæden, og at man både risikerer at gøre bloddonation til en ny form for hiv-screening og at lægge en dæmper på den generelle debat om forebyggelse af hiv.

21. Den franske regering har også anført, at punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33 vil miste sin effektive virkning, hvis det fastslås, at den permanente udelukkelse af MSM-gruppen strider mod dette direktiv. Der findes andre seksuelle aktiviteter, som indebærer en smitterisiko [22], men – som det ses af ovennævnte statistiske data – indebærer de alle en mindre risiko for at påføre sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres med blodet, end MSM-gruppen. Den franske regering har vanskeligt ved at se, hvad der kan henføres til det tilfælde, der er nævnt i bilag III, punkt 2.1, hvis MSM-gruppens adfærd ikke kan. Regeringen har heraf konkluderet, at den eneste mulighed er at udelukke MSM-gruppen permanent.

22. Den franske regering har for det tredje gjort gældende, at selv om punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33 fortolkes således, at den eneste mulighed er at udelukke MSM-gruppen midlertidigt, vil en medlemsstat alligevel kunne anvende strengere beskyttelsesforanstaltninger og kræve permanent udelukkelse på grund af den høje smitterisiko. Den franske regering har henholdt sig til artikel 6, litra a), TEUF og artikel 168, stk. 4, litra a), TEUF. Ifølge den sidstnævnte bestemmelse kan medlemsstaterne opretholde eller indføre sådanne foranstaltninger, hvilket understreges såvel i 22. betragtning til direktiv 2002/98 som i artikel 4, stk. 2, deri, hvorefter dette direktiv ikke er til hinder for, at medlemsstaterne opretholder eller indfører strengere beskyttelsesforanstaltninger, som er i overensstemmelse med traktaten. Beskyttelse af menneskers liv og sundhed står ifølge fast retspraksis øverst blandt de goder og de interesser, der beskyttes af Unionen, og medlemsstaterne kan frit træffe bestemmelse om beskyttelsesniveauet og om, hvordan dette niveau skal nås. Der er derfor intet til hinder for, at en medlemsstat bestemmer, at MSM-gruppen skal udelukkes permanent fra at afgive blod på grund af den store risiko, som donorer i denne gruppe udsættes for. Den franske regering har fremlagt epidemiologiske data, som understøtter denne risiko. Den strengere foranstaltning, der består i en sådan endegyldig udelukkelse, står således i et rimeligt forhold til det legitime formål, der forfølges.

B – *Bedømmelse*

23. Det skal først undersøges, om den omstændighed, at en mand har seksuel kontakt med en anden mand, kan anses for en »seksuel adfærd«, der udsætter ham for stor risiko for at påføre sig alvorlige smitsomme sygdomme som omhandlet i punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33.

24. Hvis det ikke er tilfældet, skal det dernæst undersøges, om en medlemsstat ved udøvelsen af det skøn, som den traditionelt har på folkesundhedsområdet, kan træffe en strengere foranstaltning for at beskytte folkesundheden, f.eks. ved at udelukke MSM-gruppen permanent fra at afgive blod.

22 — Som f.eks. at have haft ubeskyttet seksuel kontakt med en tilfældig partner eller en ny partner inden for de sidste to måneder, at have haft seksuel kontakt med mere end en partner inden for de sidste fire måneder eller at have haft seksuel kontakt med en partner, der har haft mere end en partner inden for de sidste fire måneder.

1. Fortolkningen af punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33

a) Punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33 kan kun bringes i anvendelse, hvis de pågældende har stor risiko for at påføre sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres med blodet.

25. Som den franske regering har påpeget, gør det ikke fortolkningen af den pågældende udelukkelsesgrund i punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33 lettere, at en af de grunde til midlertidig udelukkelse, der er opregnet i punkt 2.2.2 i dette bilag, i næsten samme vendinger nævner »[p]ersoner, som på grund af deres adfærd eller aktivitet *er udsat for risiko* for at påføre sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres gennem blodet«[23]. Det har selvfølgelig ikke været lovgivers hensigt, at en adfærd, der beskrives på samme måde, både kan føre til permanent og midlertidig udelukkelse. Den franske regering og Kommissionen har i den forbindelse påpeget, at der er uoverensstemmelser mellem de forskellige sprogversioner af bilag III til direktiv 2004/33.

26. I en række sprogversioner fører det kun til midlertidig udelukkelse, hvis der foreligger en almindelig risiko, hvorimod det fører til permanent udelukkelse, hvis der foreligger en stor risiko[24]. I andre versioner tales der om en stor risiko i begge tilfælde i bilag III[25], eller også henviser bilaget – som i den franske version – i begge tilfælde blot til begrebet »risiko« uden nærmere præcisering[26]. Eftersom det er nødvendigt at fortolke EU-retten ensartet, kan en bestemmelses ordlyd i tvivlstilfælde ikke betragtes isoleret. Bestemmelsen skal også fortolkes i lyset af de versioner, der foreligger på de andre officielle sprog – selv om denne sammenligning ikke er til megen hjælp her – og på baggrund af den almindelige opbygning af og formålet med den ordning, som den er led i[27]. Med andre ord er den omstændighed, at punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33 i den franske version kun omfatter personer, som på grund af deres seksuelle adfærd er udsat for en »almindelig« risiko for at påføre sig alvorlige smitsomme sygdomme, ikke tilstrækkelig i sig selv til, at det kan fastslås, at den permanente nationale udelukkelse er forenelig med direktivet.

27. Direktiv 2004/33 præciserer de tekniske krav, der er knyttet til direktiv 2002/98, og forfølger det samme formål som dette direktiv. Som den franske regering har fremhævet, lagde lovgiver i direktiv 2002/98 særlig vægt på at forbedre kvaliteten og sikkerheden i forbindelse med blodtransfusionskæden.

28. Direktiv 2002/98 blev vedtaget, efter at medlemsstaterne havde oplevet problemer med deres systemer til overvågning og sikring af blodtransfusionskæden. Det resulterede i, at overnationale myndigheder som Europarådet[28] og EU satte fokus på dette spørgsmål. Det var dog først med direktiv 2002/98, der har hjemmel i artikel 152, stk. 4, litra a), EF – hvorefter der skulle vedtages »foranstaltninger til fastsættelse af en høj standard for kvaliteten og sikkerheden af […] blod« – at EU fik sin første bindende retsakt på området[29]. Formålet om at højne kvaliteten og sikkerheden afspejles gennem hele direktivet[30]. Direktivet skal gøre det muligt at undgå overførsel af sygdomme[31] ved at sikre, at blodet tappes fra personer, som er i en sådan helbredstilstand, at blodafgivelse ikke giver

23 — Min fremhævelse.

24 — Jf. f.eks. den italienske, den græske, den engelske og den portugisiske version.

25 — Jf. f.eks. den spanske og den tyske version.

26 — Ordlyden af punkt 2.2.2 i bilag III til direktiv 2004/33 er lige så upræcis. Hvis man ser på visse sprogversioner af direktiv 2004/33, vedrører den franske version seksuel adfærd eller erhvervsaktivitet, den spanske og den italienske version omhandler kun seksuel adfærd eller aktivitet, og i den portugisiske version tales der kun om adfærd eller aktivitet uden nærmere præcisering.

27 — Jf. blandt mange andre domme Haasová (C-22/12, EU:C:2013:692, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis) og Drozdovs (C-277/12, EU:C:2013:685, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

28 — Her kan f.eks. nævnes Europarådets Ministerkomités henstilling R(95) 14 af 12.10.1995 vedrørende beskyttelse af donorers og modtageres sundhed i forbindelse med blodtransfusion.

29 — Jf. tredje betragtning til direktiv 2002/98. Institutionernes ikke-bindende tiltag er nævnt i sjette til niende betragtning til dette direktiv.

30 — Jf. første, tredje og femte betragtning til og artikel 1 i direktiv 2002/98.

31 — Første og anden betragtning til direktiv 2002/98.

anledning til skadelige virkninger, og således at risikoen for overførsel af sygdomme begrænses mest muligt [32], og samtidig skabe øget tillid i befolkningen [33]. Disse tanker kommer også til udtryk i direktiv 2004/33 [34], hvis erklærede formål er at sikre et højt beskyttelsesniveau for menneskers sundhed [35].

29. Det er derfor klart, at bilagene til direktiv 2004/33 skal fortolkes i lyset af dette formål. Jeg mener også, at punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33 – hvilket den franske regering i øvrigt har anført i sit skriftlige indlæg – skal fortolkes således, at personer, som på grund af deres seksuelle adfærd er udsat for *stor* risiko for at påføre sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres med blodet, permanent udelukkes fra at donere blod. Denne fortolkning er både hensigtsmæssig for at sikre, at EU-lovgivers sondring mellem grunde til midlertidig udelukkelse og grunde til permanent udelukkelse stadig er fuldt relevant, og i tråd med direktivets idé om også at begrænse enhver risiko for overførsel af sygdomme mest muligt. En stor risiko fører således til permanent udelukkelse, hvorimod en mindre, mere begrænset risiko kun fører til midlertidig udelukkelse.

b) Skal den omstændighed, at en mand har haft [36] eller har seksuel kontakt med en anden mand, betragtes som en »seksuel adfærd« som omhandlet i punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33?

30. Efter ovenstående belysning af forskellen mellem midlertidig udelukkelse og permanent udelukkelse er det også nødvendigt at undersøge, hvad der menes med en »seksuel adfærd«, der medfører stor smitterisiko.

31. De sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, indeholder ikke oplysninger om forarbejderne til direktiv 2004/33, hvoraf det kan udledes, hvad lovgiver forstod ved udtrykket »seksuel adfærd«, og det defineres heller ikke direktivet. En gennemgang af dokumenterne fra Europarådet er heller ikke til megen hjælp, idet Ministerkomitéen blot har defineret risikobetonet seksuel adfærd som en »seksuel adfærd, som udsætter de pågældende personer for risiko eller stor risiko for at påføre sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres med blodet« [37]. Det er derfor nødvendigt at se på den almindelige betydning af dette udtryk.

32. Rent ordlydsmæssigt defineres adfærd som den måde, hvorpå en person optræder eller opfører sig. Der er tale om hele den måde, denne person reagerer på, dvs. hans opførsel [38]. Begrebet adfærd beror umiddelbart på en subjektiv vurdering, og den seksuelle adfærd defineres derfor ud fra den pågældende persons seksuelle vaner og handlinger, med andre ord de konkrete omstændigheder, hvorunder den pågældende seksuelle kontakt har fundet sted.

33. Det rejser spørgsmålet om, hvorvidt den permanente udelukkelse af MSM-gruppen er rettet mod en bestemt seksuel orientering eller mod en konkret adfærd?

34. Det udelukkelseskriterium, der er anvendt i den ministerielle bekendtgørelse, er således den omstændighed, at en mand har udøvet eller udøver en seksuel aktivitet, der består i en seksuel kontakt med en mand, uanset omstændighederne for denne kontakt, dens hyppighed eller de pågældende handlinger. Kriteriet er selvfølgelig ikke udtrykkeligt og direkte baseret på seksuel orientering, eftersom MSM-kategorien ikke officielt defineres i forhold til seksuel orientering [39]. Det

32 — 24. betragtning til direktiv 2002/98.

33 — Tredje og sjette betragtning til direktiv 2002/98.

34 — Jf. bl.a. anden og fjerde betragtning til og artikel 4 og 6 i direktiv 2004/33.

35 — Første betragtning til direktiv 2004/33.

36 — Ifølge spørgeskemaets ordlyd.

37 — Jf. bilag 1 til resolution CM/Res(2013)3.

38 — Ifølge definitionen i *Le petit Larousse illustré*, udgave 2011, Larousse, Paris.

39 — Jf. definitionen af forkortelsen MSM i fodnote 16 til dette forslag til afgørelse og i tredje betragtning til resolution CM/Res(2013)3.

bygger imidlertid på en uigendrivelig formodning om, at et forhold mellem to mænd nødvendigvis og systematisk medfører stor smitterisiko. I praksis er næsten hele den homoseksuelle og biseksuelle mandlige befolkning [40] for altid udelukket fra at afgive blod, alene fordi disse mænd har haft eller stadig har seksuel kontakt med andre mænd.

35. Efter min opfattelse er det valgte nationale kriterium formuleret for bredt og for generelt, hvorimod begrebet »seksuel adfærd«, som EU-lovgiver anvender, kræver, at der foreligger en bestemt opførsel og væremåde, som udsætter den potentielle donor for stor smitterisiko. Kommissionen har i øvrigt allerede påpeget, at den »seksuelle adfærd«, der er nævnt i direktiv 2004/33, ikke skal opfattes som et synonym til »seksuel orientering« [41].

36. At konkludere, at punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33 kræver, at personer, der har udvist en bestemt adfærd, som medfører, at de har været eller er udsat for en stor risiko, for altid udelukkes fra at afgive blod, og at denne bestemmelse ikke kan danne grundlag for en så generel udelukkelse som den, der er fastsat i den ministerielle bekendtgørelse, indebærer ikke i modsætning til det af den franske regering anførte, at punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33 vil miste sin effektive virkning. Der er imidlertid behov for en nærmere afklaring af kriterierne for permanent udelukkelse. Man kunne f.eks. overveje permanent udelukkelse af sexarbejdere [42], som efter min opfattelse opfylder betingelserne i det nævnte bilags punkt 2.1.

37. Det følger af det ovenfor anførte, at punkt 2.1 i bilag III til direktiv 2004/33 skal fortolkes således, at den omstændighed, at en mand har haft eller har seksuel kontakt med en anden mand, ikke som sådan og i sig selv udgør en seksuel adfærd, som medfører stor risiko for, at han påfører sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres med blodet.

2. Det skøn, som medlemsstaterne indrømmes i direktiv 2004/33, og deres mulighed for at opretholde eller indføre strengere beskyttelsesforanstaltninger

a) Kravet om overholdelse af traktatens bestemmelser ved udøvelsen af nationale kompetencer

38. Direktiv 2002/98, hvis tekniske krav er fastsat i direktiv 2004/33, blev som nævnt vedtaget med hjemmel i artikel 152, stk. 4, litra a), EF, der fastsatte betingelserne for, at Rådet kunne bidrage til virkeliggørelse af visse mål, herunder målet om at vedtage »foranstaltninger til fastsættelse af en høj standard for kvaliteten og sikkerheden af […] blod og blodprodukter«. Det fremgik desuden af stk. 4, litra a), at »disse foranstaltninger […] ikke [er] til hinder for, at den enkelte medlemsstat opretholder eller indfører strengere beskyttelsesforanstaltninger« [43]. Artikel 152, stk. 5, EF fastslog, at Fællesskabets indsats på folkesundhedsområdet fuldt ud skulle respektere medlemsstaternes ansvar, og navnlig at »de i stk. 4, litra a), omhandlede foranstaltninger ikke [berørte] nationale bestemmelser om donation […] af […] blod« [44].

39. Det følger ganske vist af det ovenstående, at det tidligere Fællesskabs og det nuværende EU's indsats kun er af ledsagende, tilskyndende eller samordnende karakter og i hvert fald ikke af harmoniserende karakter, men Domstolen har aldrig fortolket disse bestemmelser således, at nationale foranstaltninger kan unddrages enhver kontrol af deres forenelighed med EU-retten.

40 — Kommissionen har i sit skriftlige indlæg anført, at nogle homoseksuelle eller biseksuelle mænd ikke er seksuelt aktive og derfor er egnede som donorer. Jeg mener dog, at denne gruppe er så beskeden, at det ikke er nødvendigt at tage hensyn til den her.

41 — Jf. Kommissionens svar af 17.8.2011 på en parlamentarisk forespørgsel til skriftlig besvarelse af 1.7.2011 (E-006484/2011).

42 — Dette har i øvrigt været nævnt af Rådet for Den Europæiske Union i henstilling af 29.6.1998 om blod- og plasmadonorers egnethed og screening af donorblod i Det Europæiske Fællesskab (EFT L 203, s. 14; jf. nærmere bestemt afsnit C, punkt 1, i bilag II til denne henstilling) og af Europarådets Ministerkomité, bl.a. i tredje betragtning til resolution CM/Res(2013)3.

43 — Nu artikel 168, stk. 4, litra a), TEUF.

44 — Jf. i samme ånd nu artikel 168, stk. 7, TEUF.

40. På socialsikringsområdet har Domstolen således fastslået, at »[d]et […] ganske vist [er] ubestridt, at EU-retten ikke griber ind i medlemsstaternes kompetence til selv at udforme deres sociale sikringsordninger, og at det i mangel af en harmonisering på EU-plan følgelig tilkommer hver medlemsstat i sin lovgivning at fastsætte betingelserne for tildeling af ydelser på området for social sikring […]. Det bemærkes endvidere, at ifølge ordlyden af artikel 152, stk. 5, EF respekterer Unionens indsats på folkesundhedsområdet fuldt ud medlemsstaternes ansvar for organisation og levering af sundhedsydelser og medicinsk behandling. Det forholder sig ikke desto mindre således, at medlemsstaterne ved udøvelsen af denne kompetence skal overholde EU-retten, bl.a. bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser […]. Domstolen har således udtalt, at artikel 152, stk. 5, EF ikke udelukker, at medlemsstaterne er forpligtet til i henhold til andre af traktatens bestemmelser […] at foretage tilpasninger af deres sociale sikringsordninger, *uden at det dog er ensbetydende med, at der derved gøres indgreb i deres enekompetence på dette område*« [45].

41. Domstolen bør tilsvarende fastslå, at kravet om, at medlemsstaterne skal overholde traktatens bestemmelser ved udøvelsen af de andre nationale kompetencer, der er nævnt i artikel 152, stk. 5, EF, ikke griber ind i deres enekompetence på området. Den afsluttende præcisering i denne artikel, der specifikt vedrører donation af blod, synes ikke at være til hinder herfor.

42. I en sag vedrørende nationale regler, der skulle sikre frivillig og vederlagsfri afgivelse af blod, og som syntes at være strengere end forskrifterne i direktiv 2002/98 [46], begrænsede Domstolen således ikke sin prøvelse, fordi de nationale regler faldt ind under anvendelsesområdet for artikel 152, stk. 5, EF. Den undersøgte tværtimod, om disse regler var forenelige med andre traktatbestemmelser, nærmere bestemt bestemmelserne om de frie varebevægelser. Den fastslog desuden, at artikel 28 EF, sammenholdt med artikel 30 EF, var til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser, hvorefter indførsel af blod eller blodkomponenter fra en anden medlemsstat kun var tilladt på den betingelse – som også fandt anvendelse på nationale produkter – at bloddonationerne, som disse produkter stammede fra, var givet, uden at donorerne havde modtaget nogen form for vederlag, og uden at de havde opnået en godtgørelse af de udgifter, som de havde afholdt i forbindelse med afgivelsen af disse donationer [47].

43. Jeg vil endelig bemærke, at den omstændighed, at bestemmelserne i traktaten sætter en naturlig grænse for udøvelsen af de nationale kompetencer, bekræftes af artikel 4, stk. 2, første afsnit, i direktiv 2002/98, hvorefter »[d]ette direktiv […] ikke [er] til hinder for, at de enkelte medlemsstater på deres område opretholder eller indfører strengere beskyttelsesforanstaltninger, *som er i overensstemmelse med traktaten*« [48], hvilket hverken bestrides af den franske regering [49] eller af Kommissionen [50].

45 — Dom Kommissionen mod Portugal (C-255/09, EU:C:2011:695, præmis 47-49 og den deri nævnte retspraksis); min fremhævelse. Domstolen valgte således at rette sig efter generaladvokaten i denne sag, som på dette punkt havde anført, at »Den Portugisiske Republik […] ikke [kunne] påberåbe sig sit oprindelige ansvar for organisation og levering af sundhedstjenesteydelser og medicinsk behandling inden for sit territorium for at unddrage sig de forpligtelser, som Unionens øvrige primære ret […] [pålagde] den« (jf. punkt 64 i generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse (EU:C:2011:246)).

46 — En sådan strengere beskyttelsesforanstaltning er tilladt ifølge artikel 4, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2002/98.

47 — Dom Humanplasma (C-421/09, EU:C:2010:760, præmis 46).

48 — Min fremhævelse.

49 — Jf. punkt 90 i dens skriftlige indlæg.

50 — Jf. Kommissionens svar af 1.4.2009 på den parlamentariske forespørgsel nr. E-0910/2009 (hvori der henvises til overholdelse af proportionalitetsprincippet) og af 17.8.2011 på den parlamentariske forespørgsel nr. E-006484/2011 (hvori der bl.a. henvises til artikel 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) (EUT 2007 C 303, s. 1)).

b) Den ministerielle bekendtgørelse fører til indirekte forskelsbehandling på grund af både køn og seksuel orientering

44. Eftersom medlemsstaternes frihed ophører, når overholdelsen af den primære EU-ret er truet, er det efter min opfattelse klart, at den ministerielle bekendtgørelse ved endegyldigt at udelukke enhver mand, der har haft eller har seksuel kontakt med en anden mand, har ført til indirekte forskelsbehandling [51] i systemet for udvælgelse af donorer i form af ulige behandling på grund af køn – fordi det pågældende kriterium kun gælder for mænd – og på grund af seksuel orientering – fordi det pågældende kriterium næsten udelukkende gælder for homoseksuelle og biseksuelle mænd.

45. Selv om det understreges i henstilling R(95) 14, at donorerne skal udvælges på en passende måde for at undgå enhver mulighed for forskelsbehandling, erkendes det dog i resolution CM/Res(2013)3, at det var berettiget at udelukke MSM-gruppen, dvs. en hel befolkningsgruppe, når det ikke var muligt at udarbejde mere detaljerede statistiske data om individuelle risici. I statistisk sammenhæng holdes MSM-gruppen ofte op mod den heteroseksuelle gruppe, og begrebet MSM er både i almindelig tale og i fagkredse blevet synonymt med »homoseksuel« eller »biseksuel« [52]. Homoseksuelle og biseksuelle mænd er endegyldigt udelukket fra at afgive blod og dermed genstand for forskelsbehandling. EU tilstræber imidlertid at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn og seksuel orientering, hvilket både fremgår af den tidligere artikel 13 EF og den nuværende artikel 19 TEUF samt af chartrets artikel 21 [53].

46. Det kan selvfølgelig indvendes, at enhver form for udvælgelse pr. definition er diskriminerende. Det er imidlertid vigtigt at sørge for, at en sådan forskelsbehandling er velbegrundet og forholdsmæssig.

c) Er forskelsbehandlingen begrundet og forholdsmæssig?

47. Domstolen har flere gange bemærket, at »[m]enneskers liv og sundhed står […] øverst blandt de goder og de interesser, som er beskyttet ved [traktaten]« [54]. Den ministerielle bekendtgørelse, der kategorisk og permanent udelukker MSM-gruppen fra at donere blod, er en strengere beskyttelsesforanstaltning som omhandlet i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2002/98, og det er derfor ubestridt, at den forfølger et legitimt formål, nemlig formålet om at mindske smitterisikoen mest muligt for modtagerne og dermed bidrage til det overordnede formål om at sikre et højt sundhedsbeskyttelsesniveau, der er fastsat i den nugældende artikel 168, stk. 1, TEUF og i chartrets artikel 35.

51 — Denne kvalificering fortjener efter min opfattelse en vis opmærksomhed. Domstolen har mindst to gange fastslået, at der forelå direkte forskelsbehandling på grund af seksuel orientering. Det skete i sagerne Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) og Hay (C-267/12, EU:C:2013:823). I den første sag var der i det væsentlige tale om en national ordning, hvorefter der kun kunne tildeles efterladtepension til enker og enkemænd, eftersom det kun var en ægtefælle, der kunne påberåbe sig denne status, og det ikke var muligt for personer af samme køn at indgå ægteskab. I den anden sag var der tale om en kollektiv overenskomst, hvorefter der kunne opnås særlig ferie og tillæg ved indgåelse af ægteskab, men ikke ved indgåelse af civilt partnerskab, som var den eneste form for partnerskab, der var mulig for personer af samme køn. I begge disse sager vedrørte den mindre fordelagtige behandling imidlertid alle homoseksuelle mænd og kvinder, hvilket ikke er tilfældet for den i hovedsagen omhandlede udelukkelse.

52 — Jf. ud over de data, som den franske regering har fremlagt, også »VIH/sida en France: données de surveillance et études«, *Bulletin épidémiologique hebdomadaire* af 1.12.2012, nr. 46 og 47, s. 523 (kan downloades på www.invs.sante.fr), og et diagram udarbejdet af Institut français de veille sanitaire (det franske overvågningsorgan på sundhedsområdet), som viser antallet af konstaterede tilfælde af hiv fordelt på smitteveje og oprindelseslande for årene 2003-2011 (findes på adressen http://www.invs.sante.fr/Dossiers-thematiques/Maladies-infectieuses/VIH-sida-IST/Infection-a-VIH-et-sida/Donnees/Donnees-epidemiologiques-sur-l-infection-a-VIH-et-les-IST).

53 — Det skal også påpeges, at generaladvokat Jääskinen i sit forslag til afgørelse Römer (C-147/08, EU:C:2010:425) efter en vurdering, som jeg er fuldstændig enig i, foreslog Domstolen at gøre det klart, at forbuddet mod forskelsbehandling på grund af seksuel orientering skal anses for et almindeligt retsprincip (punkt 122 ff.). I dommen (C-147/08, EU:C:2011:286) kunne Domstolen imidlertid besvare de forelagte præjudicielle spørgsmål uden at tage stilling til dette punkt. Måske er tiden kommet til at tage stilling til det i betragtning af, at den bekendtgørelse, der er omhandlet i hovedsagen, blev vedtaget i januar 2009, dvs. før Lissabontraktaten trådte i kraft, og før chartret fik bindende virkning.

54 — Dom Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis). Jf. ligeledes dom Humanplasma (EU:C:2010:760, præmis 32).

48. Selv om den ordning, der er omhandlet i hovedsagen, forfølger et legitimt formål, skal det også efterprøves, om den i øvrigt overholder proportionalitetsprincippet, dvs. om den er passende og nødvendig for gennemførelsen af det tilsigtede formål, hvorved det forudsættes, at såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, og byrderne må herved ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål [55].

49. For det første sigter den permanente udelukkelse af MSM-gruppen faktisk mod at opfylde det legitime formål, der forfølges.

50. Hvad for det andet angår byrderne må de anses for relativt overkommelige i betragtning af, hvad der står på spil, eftersom de potentielle donorers følelse af at blive udelukket af private årsager skal afvejes mod det overordnede hensyn til beskyttelsen af modtagernes sundhed. Jeg kan desuden godt forstå, at afvisningen af den generøse og uegennyttige gestus, som det er at afgive blod, kan virke uforståelig for de personer, der afvises, men det er også vigtigt at pointere, at der ikke foreligger en egentlig ret til at afgive blod og slet ikke en universel ret, eftersom donorerne udvælges og i den forbindelse skal opfylde en række betingelser, og det under alle omstændigheder er sundhedsmyndighederne, der har det sidste ord, og som har det fulde og direkte ansvar for deres beslutninger [56].

51. For det tredje skal der ved undersøgelsen af, om proportionalitetsprincippet er overholdt på folkesundhedsområdet, »tages hensyn til, at medlemsstaten kan bestemme det niveau for beskyttelsen af den offentlige sundhed, som den ønsker at sikre, og hvorledes dette niveau skal nås. Da dette niveau kan veksle fra den ene medlemsstat til den anden, må der anerkendes en skønsbeføjelse for medlemsstaterne« [57]. Den omstændighed, at en medlemsstat har udstedt mindre strenge regler end dem, der finder anvendelse i en anden medlemsstat, indebærer derfor ikke, at de sidstnævnte regler er uforholdsmæssige [58].

52. Det betyder rent konkret, at der ikke skal tages hensyn til den omstændighed, at Spanien, Italien, Slovakiet, Finland og Det Forenede Kongerige ikke systematisk eller endegyldigt udelukker MSM-gruppen fra at afgive blod [59], når det vurderes, om den franske regering vil kunne træffe en foranstaltning, der er til mindre skade for ligebehandlingsprincippet, men gør det muligt at opnå det samme resultat. Det gælder så meget desto mere, som risikoniveauet ikke er ens i alle medlemsstater, eftersom de epidemiologiske forhold, bl.a. med hensyn til hiv-smitte, er meget forskellige, og det er ubestridt, at der er en særlig høj forekomst af hiv i MSM-gruppen i Frankrig [60].

55 — Jf. dom Müller Fleisch (EU:C:2010:93, præmis 43).

56 — Jf. punkt 4.1 i Europarådets Ministerkomités resolution CM/Res(2008)5 om donorernes ansvar og om begrænsning af afgivelse af blod og blodkomponenter, hvorefter det bør sikres, at blodcentrene bærer det endelige ansvar for blodets kvalitet, og at de »skal træffe den endelige beslutning om at godkende eller udelukke donorer ud fra en risikovurdering baseret på regelmæssigt ajourførte epidemiologiske data og under hensyn til modtagernes ret til sundhedsbeskyttelse og den heraf følgende forpligtelse til at mindske risikoen for overførsel af smitsomme sygdomme. Disse rettigheder og forpligtelser går forud for alle andre hensyn, *herunder den enkeltes ønske om at donere blod*« (min fremhævelse).

57 — Domme Humanplasma (EU:C:2010:760, præmis 39) og Venturini m.fl. (C-159/12 – C-161/12, EU:C:2013:791, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis).

58 — Domme Müller Fleisch (EU:C:2010:93, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis) og Humanplasma (EU:C:2010:760, præmis 40).

59 — I Spanien og Italien fører det kun til midlertidig udelukkelse, hvis den potentielle donor har flere partnere eller har skiftet partner, uanset hvilken kontakt der er tale om (den lovændring, der blev vedtaget, mens der verserede en sag for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, indebar i øvrigt, at denne domstol ikke behøvede at efterprøve, om det var i strid med EMRK at udelukke homoseksuelle fra at donere blod: jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 15.10.2002 i sag 49821/99, Tosto mod Italien). Slovakiet har (som det fremgår af den parlamentariske forespørgsel nr. E-0910/09 af 17.2.2009) valgt at stille krav om afholdenhed i 12 måneder for mænd, der oplyser, at de har haft seksuel kontakt med en anden mand. Finland og Det Forenede Kongerige har for nylig valgt samme løsning.

60 — De data, som den franske regering har fremlagt, bekræftes øjensynligt af særrapporten »Thematic report: Men who have sex with men (MSM) – Monitoring implementation of the Dublin Declaration on Partnership to fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia: 2012 progress« (jf. navnlig s. 4 og 5 og bilag 2) fra Det Europæiske Center for Forebyggelse af og Kontrol med Sygdomme, der er oprettet ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 851/2004 af 21.4.2004 (EUT L 142, s. 1).

53. For at afgøre, om den permanente udelukkelse, der kræves i den ministerielle bekendtgørelse, går ud over, hvad der er nødvendigt, skal den forelæggende ret imidlertid undersøge en række spørgsmål, hvilket Domstolen ikke er i stand til ud fra de sagsakter, der er forelagt for denne.

54. Den forelæggende ret skal derfor for det første tage hensyn til den epidemiologiske situation i Frankrig og sikre sig, at de fremlagte statistiske data er aktuelle [61], repræsentative og pålidelige.

55. Den skal for det andet undersøge visse sundhedstekniske spørgsmål.

56. Den franske regerings argumenter fokuserer næsten udelukkende på MSM-gruppens risiko for at pådrage sig hiv. Den permanente udelukkelse skyldes især den risiko, som modtageren udsættes for på grund af »vinduesperioden«, men den franske regering har oplyst, at den længste periode – der vedrører VIH 2-virus – er på ca. 22 dage. Hvis jeg ikke tager fejl, kan blodet dog opbevares i op til 45 dage. Det kunne objektivt set være en løsning, som gør det muligt at opnå det tilsigtede mål, hvis blod, der afgives af MSM-gruppen, systematisk sættes i karantæne i 22 dage, før det testes.

57. Den forelæggende ret bør derfor undersøge, om en sådan karantæne er økonomisk acceptabel og videnskabeligt gennemførlig for alle eller visse blodkomponenter. Den bør bl.a. sikre sig, at denne løsning ikke forringer blodtransfusionskædens funktion. Til dette formål kan den eksempelvis basere sig på konklusionerne i den rapport om blodsektoren, som det franske parlamentsmedlem Olivier Véran fremlagde for social- og sundhedsministeren i 2013 (herefter »Véran-rapporten«), og hvoraf det fremgår, at »eksperterne er enige om, at en systematisk karantæne for plasma kombineret med virusscreening vil gøre det muligt at undgå enhver risiko for overførsel af virus« [62]. Med hensyn til beskyttelsen af modtagernes sundhed virker denne løsning optimal. Den gør det muligt at overvinde problemer med, at medlemmer af MSM-gruppen føler sig forskelsbehandlet – hvilket måske kan få dem til ikke at være ærlige, når de udfylder spørgeskemaet – og den medfører også, at alt donorblod behandles ens, eftersom det først testes efter udløbet af den periode, hvor det ikke er muligt at påvise virus, hvilket betyder, at risikoen kommer tæt på nul. Det skal påpeges, at den franske regering ikke har nævnt denne rapport i sine bemærkninger, selv om den allerede var fremlagt på det pågældende tidspunkt.

58. Den permanente udelukkelse virker heller ikke særlig gennemtænkt. Ifølge den permanente kontraindikation, der er fastsat i den ministerielle bekendtgørelse, sammenholdt med det ovenfor nævnte spørgeskema [63], udelukkes en mand endegyldigt fra at afgive blod, hvis han bare én gang – uanset om det er for ti år siden – har haft seksuel kontakt med en anden mand. Det har således ingen betydning, om risikoadfærden har fundet sted for nylig, selv om det i praksis – eftersom alt donorblod testes for hiv – er vinduesperioden, der er den mest problematiske periode, og som udsætter modtagerne for den største risiko [64]. Hvis vinduesperioden spiller den største rolle, ville det imidlertid være mere hensigtsmæssigt at anvende en midlertidig udelukkelse, der fastsættes ud fra tidspunktet for den seneste kontakt.

59. Man kan i samme forbindelse undre sig over, at der ikke findes nogen særlig kontraindikation for kvinder, hvis partnere tilhører MSM-gruppen. En person, hvis partner er hiv-positiv, er i øvrigt omfattet af en midlertidig udelukkelse på fire måneder. Det er på den ene side muligt, at et sådant par udviser større forsigtighed, men det kan på den anden side også tænkes, at der foreligger en reel risikoeksponering i et sådant tilfælde. For MSM-gruppen er dette mere usikkert, hvis der ikke foretages en individuel undersøgelse af de pågældende handlinger. Det er også nødvendigt at se på

61 — Dom Frankrig mod Kommissionen (C-601/11 P, EU:C:2013:465, præmis 136).

62 — Jf. s. 35 i denne rapport.

63 — Jf. punkt 9 i dette forslag til afgørelse.

64 — Det fremgår af artikel 20 i Europarådets Ministerkomités henstilling R(95) 14, at »[p]ersoner, som tilhører grupper, der på grund af deres sygehistorie eller deres nuværende aktiviteter og adfærd udgør en risiko for overførsel af smitsomme sygdomme, bør udelukkes (midlertidigt eller endegyldigt)« (min fremhævelse).

situationen for en mand, som kun én gang eller lejlighedsvis har haft beskyttet sex med en anden mand – og som udelukkes endegyldigt – og situationen for en heteroseksuel person, som ofte har ubeskyttet sex, men som kun omfattes af en midlertidig kontraindikation. Er den omstændighed, at en mand tilhører MSM-gruppen, i dette tilfælde tilstrækkeligt til, at han bør udelukkes endegyldigt?

60. For at vende tilbage til statistikken skal det påpeges, at 2 400 personer i MSM-gruppen blev testet hiv-positive i 2011. Samme år blev 3 500 personer smittet ved heteroseksuel kontakt. Af disse heteroseksuelle personer var 2 400 født i udlandet [65]. Den forelæggende ret bør forsøge at klarlægge, hvorfor denne kategori af donorer ikke er omfattet af nogen kontraindikation i henhold til den ministerielle bekendtgørelse, der er omhandlet i tvisten i hovedsagen [66].

61. Endelig og nok så vigtigt vil spørgeskemaet kunne omformuleres, så det bliver muligt at identificere risikoadfærd i MSM-gruppen, ligesom det sker for resten af donorpopulationen og med tilfredsstillende resultat. Der kan også stilles mere målrettede spørgsmål – om tidspunktet for den seneste kontakt, antallet af partnere, kontaktens karakter, anvendelse af prævention samt frekventering af natklubber og lignende – ikke for at identificere den seksuelle orientering, men for at vurdere, hvor stor en risiko den enkelte donor udgør som følge af sin seksuelle adfærd [67].

62. Det følger af det ovenfor anførte, at det tilkommer den forelæggende ret at sikre sig, at den franske regering ved permanent at udelukke mænd, der har haft eller har seksuel kontakt med mænd, fra at afgive blod har udøvet det skøn, som medlemsstaterne traditionelt har på området for beskyttelse af folkesundheden, på en måde, der er forenelig med princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af seksuel orientering og især med proportionalitetsprincippet. Den forelæggende ret skal ved undersøgelsen af, om bestemmelsen om endegyldig udelukkelse går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde det legitime formål om at beskytte modtagernes sundhed, bl.a. sikre sig for det første, at den beskrivelse af den særlige epidemiologiske situation i Frankrig, der er fremlagt for Domstolen, bygger på pålidelige, repræsentative og aktuelle statistikker, og for det andet, at det med den nuværende videnskabelige viden ikke er muligt at træffe foranstaltninger til at sætte donorblod i karantæne indtil vinduesperiodens udløb, uden at det udsætter blodtransfusionskæden for et urimeligt pres. Det tilkommer endelig den forelæggende ret at forsøge at klarlægge, hvorfor en individuel risikovurdering baseret på et eventuelt omformuleret spørgeskema og en personlig samtale med det sundhedspersonale, der skal afgøre, om den potentielle donor udviser en »risikobetonet« seksuel adfærd, ikke skulle være tilstrækkelig til på tilfredsstillende vis at beskytte modtagere af blod fra mænd, som har eller har haft seksuel kontakt med mænd, når dette er muligt for den øvrige befolkning.

## V – **Forslag til afgørelse**

63. Jeg foreslår på baggrund heraf, at Domstolen besvarer det præjudicielle spørgsmål, som tribunal administratif de Strasbourg har forelagt, således:

»Punkt 2.1 i bilag III til Kommissionens direktiv 2004/33/EF af 22. marts 2004 om gennemførelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/98/EF med hensyn til visse tekniske krav til blod og blodkomponenter skal fortolkes således, at den omstændighed, at en mand har haft eller stadig har seksuel kontakt med en mand, ikke som sådan og i sig selv udgør en seksuel adfærd, som medfører stor risiko for, at han påfører sig alvorlige smitsomme sygdomme, der kan overføres med blodet.

65 — Kilde: Institut français de veille sanitaires diagram om antallet af konstaterede tilfælde af hiv fordelt på smitteveje og oprindelseslande for årene 2003-2011. Der er primært tale om personer født i Afrika syd for Sahara (77%) og kvinder (58%).

66 — Det er klart, at MSM-gruppen er langt mindre end den heteroseksuelle gruppe, og at der derfor er en forholdsvis større andel af smittede i denne gruppe. Det kan der slet ikke herske tvivl om. Det kan dog heller ikke nægtes, at heteroseksuelle personer, der er født i udlandet, relativt set er en kategori, som er udsat for stor risiko for at pådrage sig hiv, men som ikke er genstand for særlige forholdsregler i henhold til den ministerielle bekendtgørelse.

67 — Det skal indskydes, at denne anbefaling også fandtes i Véran-rapporten: jf. s. 36 i denne rapport.

Det tilkommer den forelæggende ret at sikre sig, at den franske regering ved permanent at udelukke mænd, der har haft eller har seksuel kontakt med mænd, fra at afgive blod har udøvet det skøn, som medlemsstaterne traditionelt har på området for beskyttelse af folkesundheden, på en måde, der er forenelig med princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af seksuel orientering og især med proportionalitetsprincippet.

Den forelæggende ret skal ved undersøgelsen af, om bestemmelsen om endegyldig udelukkelse går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde det legitime formål om at beskytte modtagernes sundhed, bl.a. sikre sig for det første, at den beskrivelse af den særlige epidemiologiske situation i Frankrig, der er fremlagt for Domstolen, bygger på pålidelige, repræsentative og aktuelle statistikker, og for det andet, at det med den nuværende videnskabelige viden ikke er muligt at træffe foranstaltninger til at sætte donorblod i karantæne indtil vinduesperiodens udløb, uden at det udsætter blodtransfusionskæden for et urimeligt pres. Det tilkommer endelig den forelæggende ret at forsøge at klarlægge, hvorfor en individuel risikovurdering baseret på et eventuelt omformuleret spørgeskema og en personlig samtale med det sundhedspersonale, der skal afgøre, om den potentielle donor udviser en »risikobetonet« seksuel adfærd, ikke skulle være tilstrækkelig til på tilfredsstillende vis at beskytte modtagere af blod fra mænd, som har eller har haft seksuel kontakt med mænd, når dette er muligt for den øvrige befolkning.«