CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 17 juli 2014[1]

Zaak C-528/13

Geoffrey Léger
tegen
Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes
en
Établissement français du sang

[verzoek van het Tribunal administratif de Strasbourg (Frankrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Volksgezondheid — Bloeddonatie — Toelatingscriteria voor bloeddonoren — Criteria voor permanente of tijdelijke uitsluiting — Definitieve uitsluiting van mannen die seksuele contacten hebben gehad met een andere man — Beginsel van non-discriminatie op grond van seksuele gerichtheid — Evenredigheid”

Inhoud

I – Toepasselijke bepalingen . . . 2

A – Unierecht . . . 2

B – Frans recht . . . 3

II – Hoofdgeding en prejudiciële vraag . . . 4

III – Procesverloop voor het Hof . . . 5

IV – Juridische analyse . . . 5

A – Samenvatting van het standpunt van de Franse regering . . . 5

B – Beoordeling . . . 7

1. Uitlegging van punt 2.1 van bijlage III bij richtlijn 2004/33 . . . 7

a) Punt 2.1 van bijlage III bij richtlijn 2004/33 kan slechts worden toegepast bij een hoog risico op het oplopen van ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten . . . 7

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

b) Vormt het feit dat een man seksuele contacten heeft gehad of heeft met een andere man „seksueel gedrag” in de zin van punt 2.1 van bijlage III bij richtlijn 2004/33? . . 9

2. De beoordelingsmarge van de lidstaten onder richtlijn 2004/33 en de aan hen geboden mogelijkheid strengere beschermingsmaatregelen te handhaven of te treffen 10

a) Eerbiediging van de Verdragsbepalingen als begrenzing van de uitoefening van nationale bevoegdheden 10

b) Het ministerieel besluit discrimineert indirect naar geslacht in combinatie met seksuele gerichtheid 12

c) Is het verschil in behandeling gerechtvaardigd en proportioneel? 13

V – Conclusie 16

1. Deze prejudiciële verwijzing werpt een gevoelige vraag op, namelijk of een nationale maatregel die mannen die seksuele contacten hebben gehad of hebben met andere mannen permanent uitsluit van bloeddonatie, verenigbaar is met het Unierecht.

I – **Toepasselijke bepalingen**

A – *Unierecht*

2. De toepasselijke bepalingen van Unierecht kunnen als volgt worden samengevat.

3. Richtlijn 2002/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het inzamelen, testen, bewerken, opslaan en distribueren van bloed en bloedbestanddelen van menselijke oorsprong en tot wijziging van richtlijn 2001/83/EG van de Raad[2], is vastgesteld op grond van artikel 152, lid 4, sub a, EG (thans artikel 168, lid 4, sub a, VWEU). Het was gebleken, aldus de Uniewetgever, dat er voor „de kwaliteit en de veiligheid [van volbloed, plasma en bloedcellen van menselijke oorsprong], voor zover zij voor transfusie bestemd en niet verder verwerkt zijn, geen bindende communautaire voorschriften bestaan”[3]. De Uniewetgever heeft daarom besloten bepalingen vast te stellen om te waarborgen „dat de kwaliteit en veiligheid van bloed en bloedbestanddelen, ongeacht het beoogde gebruik, in de hele bloedtransfusieketen in alle lidstaten op een vergelijkbaar peil staan”, waarbij de vaststelling van hoge kwaliteits- en veiligheidsnormen ertoe moet bijdragen dat bij de bevolking het vertrouwen zal groeien[4]. Richtlijn 2002/98 heeft aldus als doel normen vast te leggen voor de kwaliteit en de veiligheid van bloed en bloedbestanddelen van menselijke oorsprong teneinde een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van de mens te waarborgen.[5] In het bijzonder draagt de richtlijn de lidstaten op ervoor te zorgen dat het inzamelen, testen, bewerken, opslaan en distribueren van bloed en bloedbestanddelen

2 — PB L 33, blz. 30.

3 — Punt 3 van de considerans van richtlijn 2002/98.

4 — Punt 3 van de considerans van richtlijn 2002/98.

5 — Artikel 1 van richtlijn 2002/98.

uitsluitend wordt verricht door instellingen die regulier zijn aangewezen of erkend, en dat bij deze instellingen inspecties en controles worden verricht.[6] Ook is in deze richtlijn bepaald dat het bloed moet kunnen worden getraceerd en dat donatie om niet en op vrijwillige basis moet geschieden, alsmede dat iedere bloeddonatie verplicht moet worden getest.[7]

4. De eisen voor de toelating van bloed- en plasmadonoren, dat wil zeggen in het bijzonder de criteria voor tijdelijke en voor permanente uitsluiting, zijn daarentegen niet vastgelegd in richtlijn 2002/98, maar in richtlijn 2004/33/EG van de Commissie van 22 maart 2004 tot uitvoering van richtlijn 2002/98 met betrekking tot bepaalde technische voorschriften voor bloed en bloedbestanddelen[8], vastgesteld volgens de in artikel 28 van richtlijn 2002/98 bedoelde comitologieprocedure[9].

5. Deze eisen zijn dus vastgelegd in richtlijn 2004/33. Bijlage III bij die richtlijn bevat de criteria voor donoren van volbloed en bloedbestanddelen. In punt 2 van bijlage III zijn uitsluitingscriteria voor deze donoren bepaald.

6. In punt 2.1 van bijlage III worden de criteria voor permanente uitsluiting van donoren van allogene donaties opgesomd in een tabel.[10] Het seksuele gedrag zoals bedoeld in de tabel, wordt als volgt omschreven: „Personen die als gevolg van hun seksueel gedrag een groot risico hebben om ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen”.

7. In punt 2.2 van bijlage III worden de criteria voor tijdelijke uitsluiting van donoren van allogene donaties opgesomd, en punt 2.2.2 van deze bijlage ziet in het bijzonder op uitsluitingscriteria die verband houden met de blootstelling aan het risico van een via transfusie overdraagbare infectie. Voor de rubriek „Personen die als gevolg van hun gedrag of activiteit een risico hebben een bloedoverdraagbare infectieziekte op te lopen” is in de tabel de volgende uitsluiting vastgelegd: „Uitgesloten gedurende een bepaalde periode na beëindiging van het risicogedrag, afhankelijk van de betrokken ziekte en de beschikbaarheid van geschikte tests”.

B – *Frans recht*

8. Het Franse ministerie van Volksgezondheid en Sport heeft op 12 januari 2009 een besluit genomen waarin de selectiecriteria voor bloeddonoren worden vastgelegd (hierna: „ministerieel besluit”)[11].

9. In artikel 1 van het ministerieel besluit worden de voorwaarden voor bloeddonatie vastgelegd. Volgens artikel 1, onderdeel V, punt 1, betreffende de klinische kenmerken van de donor, beoordeelt de persoon die bevoegd is donoren te selecteren, aan de hand van de contra-indicaties en de duur, de prioriteit en de ontwikkeling daarvan of iemand bloed mag geven, en wel door middel van aanvullende vragen bij de voorafgaand aan de donatie in te vullen vragenlijst[12]. Deze vragen worden zo nodig gesteld tijdens het gesprek dat stelselmatig plaatsvindt voorafgaand aan de donatie. Verder wordt in deze bepaling gesteld dat de kandidaat-donor geen bloed mag doneren wanneer er sprake is van een

6 — Artikelen 5 en 8 van richtlijn 2002/98.

7 — Respectievelijk de artikelen 14, 20 en 21 van en bijlage IV bij richtlijn 2002/98.

8 — PB L 91, blz. 25.

9 — Zie artikel 29 van richtlijn 2002/98.

10 — Dat wil zeggen bloeddonaties bestemd voor andere personen en niet voor de donor zelf, de enige situatie die in het kader van deze zaak van belang is (zie punt 2 van bijlage I bij richtlijn 2004/33).

11 — JORF van 18 januari 2009, blz. 1067.

12 — De vragenlijst kan worden geraadpleegd op: http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr %E9-don_pour_la_m % E9tropole.pdf.

contra-indicatie genoemd in een van de tabellen in bijlage II bij het ministerieel besluit. Bepaald is dat de gezondheidsautoriteiten contra-indicaties voor bloeddonatie kunnen wijzigen, toevoegen of schrappen vanwege bijzondere epidemiologische situaties of gegevens met betrekking tot hemovigilantie.

10. In bijlage II bij het ministerieel besluit staan tabellen met contra-indicaties. Meer specifiek zijn in tabel B de contra-indicaties vermeld met een risico voor de ontvanger. Het gedeelte van tabel B dat het risico betreft van de overdracht van een virusinfectie, luidt als volgt:

Overdracht van een virusinfectie	Risico van de kandidaat-donor op blootstelling aan een seksueel overdraagbare infectieziekte	Onbeschermd(e) seksue(e)l(e) contact(en) met een gelegenheidspartner	CI[*] van vier maanden na het laatste onbeschermde seksuele contact
		Meervoudige seksuele contacten: meer dan één partner in de afgelopen vier maanden	CI van vier maanden na het einde van de situatie van meervoudige seksuele contacten
		Man die seksueel contact heeft gehad met een man	Permanente CI
		Onbeschermde seksuele contacten met een nieuwe partner sinds minder dan twee maanden	CI van vier maanden na het laatste onbeschermde seksuele contact
	Risico van de seksuele partner van de kandidaat-donor op blootstelling aan een seksueel overdraagbare infectieziekte	Partner die de laatste vier maanden zelf meer dan één partner heeft gehad	CI van vier maanden
		Partner die parenteraal drugs of stimulerende middelen heeft gebruikt en van wie niet bekend is of hij een hiv-[**] of HBV-serologie heeft	CI van vier maanden na het laatste seksuele contact
		Partner met een positieve serologie voor hiv, HTLV, HCV, HBV (HBs Ag positief)	CI van vier maanden na het laatste seksuele contact [...]
		Partner die een seksueel overdraagbare infectie heeft gehad of daarvoor in behandeling is	CI van vier maanden na genezing van de partner
[*] CI: contra-indicatie [**] Hiv: humaan immunodeficiëntievirus			

II – **Hoofdgeding en prejudiciële vraag**

11. Op 29 april 2009 heeft de arts van het Établissement français du sang (EFS) de bloeddonatie die G. Léger wilde geven, geweigerd omdat Léger aangaf dat hij homoseksueel is.

12. Met zijn weigeringsbesluit heeft de arts van het EFS het ministerieel besluit toegepast, waarin het feit dat een kandidaat-donor seksuele contacten met een man heeft gehad wordt beschouwd als een permanente contra-indicatie voor donatie.

13. Léger heeft bij de verwijzende rechter beroep tot nietigverklaring van dit besluit ingesteld. Hij voert onder meer aan dat het ministerieel besluit, door de bovengenoemde permanente contra-indicatie vast te leggen, niet in overeenstemming is met richtlijn 2004/33, meer in het bijzonder met bijlage II, deel B [13], en bijlage III, punt 2.1. Het ministerieel besluit zou voor het overige tevens in strijd zijn met de artikelen 3, 8 en 14 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM") en met het gelijkheidsbeginsel.

14. Daar het Tribunal administratif de Strasbourg twijfelde over de uitlegging van het Unierecht, heeft het de behandeling van de zaak geschorst en bij verwijzingsbeslissing, ingekomen ter griffie van het Hof op 8 oktober 2013, het Hof krachtens artikel 267 VWEU de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

„Vormt de omstandigheid dat een man seksuele contacten heeft met een andere man, in het licht van bijlage III bij richtlijn [2004/33], als zodanig seksueel gedrag dat blootstelt aan het risico een bloedoverdraagbare infectieziekte op te lopen en rechtvaardigt dit een permanente uitsluiting van bloeddonatie ten aanzien van personen die dergelijk seksueel gedrag hebben gehad, of zijn deze contacten, naargelang van de omstandigheden van het geval, louter geschikt om seksueel gedrag op te leveren dat blootstelt aan het risico op een bloedoverdraagbare infectieziekte en een tijdelijke uitsluiting van bloeddonatie rechtvaardigt gedurende een bepaalde periode na de beëindiging van het risicogedrag?"

III – **Procesverloop voor het Hof**

15. Alleen de Franse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend bij het Hof.

IV – **Juridische analyse**

A – *Samenvatting van het standpunt van de Franse regering*

16. De Franse regering stelt zich op het standpunt dat richtlijn 2004/33 zich er niet tegen verzet dat een lidstaat meent dat het feit dat een man seksuele contacten heeft met een andere man (MSM) [14] seksueel gedrag vormt dat blootstelt aan het risico op ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten en een permanente uitsluiting van donatie rechtvaardigt.

17. Ten eerste zou seksueel gedrag van een man bestaande in het hebben van seksuele contacten met een andere man, als zodanig seksueel gedrag vormen dat een permanente uitsluiting van donatie rechtvaardigt. Richtlijn 2002/98 valt binnen de bredere kaders van het opstellen van een gemeenschappelijk gezondheidsbeleid en is, als reactie op verschillende gevallen van infectie via bloedtransfusie, gericht op de totstandkoming van hoge kwaliteits- en veiligheidseisen – doelstellingen die alom tegenwoordig zijn in de richtlijn – door een gecoördineerde benadering van de veiligheid van bloed. Dienovereenkomstig is richtlijn 2002/98 vastgesteld op de grondslag van artikel 152, lid 4, sub a, EG. Bovendien is de belangrijkste doelstelling de bescherming van de ontvanger van de donatie, en

13 — Deel B van bijlage II bij richtlijn 2004/33 betreft de gegevens die de bloedinstellingen bij iedere bloeddonatie van de donoren moeten krijgen.

14 — De afkorting MSM staat voor „mannen die seks hebben met mannen", een uitdrukking die in de jaren negentig door epidemiologen is bedacht om mannen aan te duiden die seksuele contacten hebben met andere mannen, los van de vraag of zij eventueel seksuele contacten hebben met vrouwen, en los van hun biseksuele of homoseksuele geaardheid op het persoonlijke of maatschappelijke vlak (bron: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, herziene versie, oktober 2011, blz. 19).

dienaangaande benadrukt de richtlijn dat donaties afkomstig moeten zijn van personen met een zodanige gezondheidstoestand dat de donatie geen schadelijke gevolgen heeft en dat elk gevaar van overdracht van besmettelijke ziekten tot een minimum wordt beperkt.[15] In het bijzonder de selectie van donoren is een van de drie middelen om dit risico te verkleinen.[16]

18. Ook al bepaalt de richtlijn dat personen die als gevolg van hun seksueel gedrag een risico hebben om ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen, permanent moeten worden uitgesloten van bloeddonatie, dit begrip wordt in de richtlijn niet gedefinieerd, aldus de Franse regering verder. Overigens is dit dezelfde risicoblootstelling als bedoeld is in punt 2.2.2 van bijlage III, waarin de criteria voor tijdelijke uitsluiting zijn opgenomen. Bovendien zijn er verschillen in de andere taalversies. In een dergelijk geval moet volgens vaste rechtspraak van het Hof de algemene opzet en de doelstelling van de richtlijn in aanmerking worden genomen, die volgens de Franse regering erin bestaat het risico zo veel mogelijk te beperken en hoge veiligheids- en kwaliteitsnormen in te voeren. In deze context zou een risico van voorbijgaande aard een tijdelijke uitsluiting rechtvaardigen, terwijl een hoger risico dat een strengere maatregel kan rechtvaardigen, een reden zou moeten zijn voor permanente uitsluiting. Nu het optreden van de Unie in dit verband dat van de lidstaten aanvult en hun verantwoordelijkheid eerbiedigt[17], is het aan de lidstaten het risico te beoordelen in het licht van de epidemiologische situatie in hun land.

19. Op dit punt noemt de Franse regering statistische gegevens die aantonen dat het aandeel van de personen met hiv[18] in de MSM-populatie 65 maal zo hoog is als bij de rest van de bevolking. In 2008 was de incidentie van hiv[19] 6 940 geïnventariseerde nieuwe infecties, waarvan 3 320 personen behoorden tot de MSM-populatie. Rekening houdend met de incubatietijd waarin de virustypen hiv-1 en hiv-2 tijdens de diagnostische tests niet kunnen worden gedetecteerd – respectievelijk 12 en 22 dagen – zou een dergelijke situatie bijzonder problematisch zijn voor bloeddonaties. In zijn resolutie van 27 maart 2013[20] heeft de Raad van Europa overigens bevestigd dat de MSM-populatie een hoog risico heeft op het oplopen en dus ook overdragen van ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten.

20. Ten tweede stelt de Franse regering dat in het licht van deze informatie een tijdelijk uitsluiting niet mogelijk is. De Raad van Europa beveelt dan ook aan een tijdelijke contra-indicatie slechts toe te passen nadat is vastgesteld dat het betrokken gedrag geen hoog risico met zich brengt. De Raad van Europa heeft echter, na de gevolgen voor de veiligheid bij transfusie van bloeddonaties van personen uit de MSM-populatie te hebben beoordeeld, vastgesteld dat het risico van hiv-overdracht bij deze personen hoger is.[21] De Franse regering stelt zich op het standpunt dat personen uit de MSM-populatie door hun „gedrag” zijn blootgesteld aan een hoger, niet tijdelijk risico, zoals blijkt uit de eerder genoemde statistische gegevens. Zij voegt hieraan toe dat het restrisico op hiv – dat wil zeggen de proportie geïnfecteerde donaties ten opzichte van het totale aantal donaties – 1 potentieel besmette donatie op 2 900 000 donaties is en dat de helft van de hiv-geïnfecteerde donaties afkomstig is van personen uit de MSM-populatie, die ondanks de permanente contra-indicatie steeds vaker bloed willen doneren. De Franse regering stelt zich op het standpunt dat de overgang van een permanente uitsluiting naar een tijdelijke uitsluiting een verkeerd signaal aan de MSM-populatie zou zijn, die, ondanks alles, zichzelf op dit moment lijkt uit te sluiten van de bloedtransfusieketen, en dat die overgang zowel van bloeddonatie een extra middel zou maken om hiv te diagnosticeren als het publieke debat over hiv-preventie zou minimaliseren.

15 — Punt 24 van de considerans van richtlijn 2002/98.

16 — Naast het feit dat iedere bloeddonatie wordt getest en een virusverzwakkende behandeling krijgt.

17 — De Franse regering noemt hier artikel 168, lid 7, VWEU.

18 — Dat wil zeggen de prevalentie, die gewoonlijk wordt uitgedrukt in het aandeel van de personen met hiv in een bepaalde populatie op een bepaald moment (bron: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, reeds aangehaald, blz. 23).

19 — Dat wil zeggen het aantal mensen dat gedurende een bepaalde periode in een bepaalde populatie nieuw is geïnfecteerd met hiv (bron: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, reeds aangehaald, blz. 16).

20 — Resolutie CM/Res(2013)3 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa op 27 maart 2013 inzake seksueel gedrag van bloeddonoren dat gevolgen heeft voor de veiligheid bij transfusie.

21 — De Franse regering baseert zich hierbij op resolutie CM/Res(2013)3.

21. De Franse regering stelt verder dat wanneer permanente uitsluiting van de MSM-populatie in strijd met richtlijn 2004/33 wordt verklaard, punt 2.1 van bijlage III bij deze richtlijn ieder nuttig effect zou verliezen. Ook al bestaan er andere vormen van seksueel gedrag die leiden tot blootstelling aan een besmettingsrisico [22], het risico op het oplopen van ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten zou daarbij lager zijn dan bij de MSM-populatie, zoals blijkt uit de bovengenoemde statistische gegevens. Wanneer een dergelijk risico niet valt onder het in punt 2.1 van bijlage III bedoelde risico, vraagt de Franse regering zich af wat hier wel onder zou kunnen vallen. Zij concludeert hieruit dat de MSM-populatie wel permanent moet worden uitgesloten.

22. Ten derde zou een lidstaat, zelfs wanneer punt 2.1 van bijlage III bij richtlijn 2004/33 aldus moet worden uitgelegd dat de MSM-populatie alleen tijdelijk kan worden uitgesloten, altijd meer beschermende maatregelen kunnen toepassen en zich op het standpunt kunnen stellen dat een zo hoog risico op besmetting permanente uitsluiting rechtvaardigt. De Franse regering beroept zich op artikel 6, sub a, VWEU en artikel 168, lid 4, sub a, VWEU. Dit laatste artikel bepaalt dat de lidstaten dergelijke maatregelen kunnen handhaven of treffen, wat niet alleen wordt gememoreerd in punt 22 van de considerans, maar ook in artikel 4, lid 2, van richtlijn 2002/98, waarin staat dat deze richtlijn lidstaten niet belet strengere beschermende maatregelen te handhaven of te treffen die in overeenstemming zijn met het Verdrag. Nu de bescherming van de gezondheid van de mens en van het leven van de personen volgens de vaste rechtspraak de eerste plaats inneemt onder de goederen en belangen die worden beschermd door de Unie en de lidstaten – die vrij zijn te beslissen over de mate van bescherming en de wijze waarop die bereikt wordt – verzet niets zich ertegen dat een lidstaat zich op het standpunt stelt dat de MSM-populatie permanent moet worden uitgesloten van bloeddonatie vanwege het hoge risico waaraan deze populatie de donoren zou blootstellen, een risico dat wordt bevestigd door epidemiologische gegevens die door de Franse regering zijn aangeleverd. De strengere beschermingsmaatregel die een dergelijke definitieve uitsluiting vormt, zou dan ook evenredig zijn aan het nagestreefde legitieme doel.

B – *Beoordeling*

23. Als eerste moet worden bepaald of het feit dat een man seksuele contacten heeft met een andere man „seksueel gedrag” vormt dat leidt tot blootstelling aan een hoog risico op het oplopen van ernstige infectieziekten in de zin van punt 2.1 van bijlage III bij richtlijn 2004/33.

24. Wanneer dat niet het geval is, moet als tweede worden onderzocht of een lidstaat, in de uitoefening van de gebruikelijke beoordelingsmarge met betrekking tot de volksgezondheid, een maatregel kan vaststellen die de volksgezondheid sterker beschermt, zoals de permanente uitsluiting van de MSM-populatie van bloeddonatie.

1. Uitlegging van punt 2.1 van bijlage III bij richtlijn 2004/33

a) Punt 2.1 van bijlage III bij richtlijn 2004/33 kan slechts worden toegepast bij een hoog risico op het oplopen van ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten

25. De uitlegging die moet worden gegeven aan de in punt 2.1 van bijlage III bij richtlijn 2004/33 bedoelde uitsluitingsgrond is omstreden, temeer omdat, zoals de Franse regering heeft onderstreept, een van de in punt 2.2.2 van deze bijlage opgesomde tijdelijke uitsluitingsgronden op dezelfde wijze verwoord is; er is immers sprake van „[p]ersonen die als gevolg van hun gedrag of activiteit *een risico*

22 — Zoals onbeschermde seksuele contacten met een gelegenheidspartner of een nieuwe partner sinds minder dan twee maanden, seksuele contacten met meer dan één partner in de afgelopen vier maanden of seksuele contacten met een gelegenheidspartner of een partner die zelf meer dan één partner heeft gehad in de afgelopen vier maanden.

hebben een bloedoverdraagbare infectieziekte op te lopen”[23]. Het kan duidelijk niet de intentie van de wetgever zijn geweest te bepalen dat gedrag dat in dezelfde bewoordingen is omschreven het voorwerp kan zijn van én permanente én tijdelijke uitsluiting. Zowel de Franse regering als de Commissie heeft duidelijk gemaakt dat er op dit punt verschillen bestaan tussen de beschikbare taalversies van bijlage III bij richtlijn 2004/33.

26. In de bedoelde taalversies gaat het namelijk ofwel om tijdelijke uitsluiting alleen bij het bestaan van een eenvoudig risico en permanente uitsluiting bij een hoog risico[24], ofwel wordt er in bijlage III in beide gevallen gesproken van een hoog risico[25] dan wel, zoals in de Franse versie, van „risico” zonder nadere kwalificatie.[26] Gezien de noodzaak het Unierecht uniform uit te leggen is het niet mogelijk de tekst van een bepaling in geval van twijfel geïsoleerd te bekijken, maar moet de tekst eveneens wordt uitgelegd in het licht van de versies in de andere officiële talen – een vergelijking die zoals is gebleken niet meer verheldering brengt – en van de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarvan deze bepaling een onderdeel vormt.[27] Met andere woorden, het enkele feit dat punt 2.1 van bijlage III bij richtlijn 2004/33 in de Franse versie uitsluitend spreekt van personen die als gevolg van hun seksueel gedrag een „eenvoudig” risico hebben om ernstige infectieziekten op te lopen, is als zodanig niet voldoende om vast te stellen dat de nationale permanente uitsluiting in overeenstemming is met de richtlijn.

27. Aangezien richtlijn 2004/33 de technische vereisten van richtlijn 2002/98 nader omschrijft, hebben beide richtlijnen dezelfde doelstelling. Zoals de Franse regering heeft opgemerkt, heeft de wetgever de verbetering van de kwaliteit en de veiligheid van de bloedtransfusieketen tot een van de prioriteiten van richtlijn 2002/98 gemaakt.

28. Bij de vaststelling van deze richtlijn speelde mee dat de lidstaten al waren geconfronteerd met tekortkomingen in hun stelsels van toezicht op en beveiliging van de bloedtransfusieketen. Vervolgens hebben supranationale overheden zich de problematiek aangetrokken, zowel de Raad van Europa[28] als de Unie. Maar pas met de komst van richtlijn 2002/98, die als rechtsgrondslag artikel 152, lid 4, sub a, EG heeft – waarin wordt voorzien in de vaststelling van maatregelen met „hoge kwaliteits- en veiligheidsnormen” voor bloed – was er voor het eerst een tekst van de Unie met bindende bepalingen op dit gebied.[29] De doelstelling van kwaliteit en veiligheid is hierin alom aanwezig.[30] Het gaat erom de overdracht van ziekten te voorkomen[31] door te waarborgen dat de donaties afkomstig zijn van personen met een zodanige gezondheidstoestand dat de donatie geen schadelijke gevolgen

23 — Cursivering van mij.

24 — Zie bijvoorbeeld de Italiaanse, de Griekse, de Engelse en de Portugese versie.

25 — Zie bijvoorbeeld de Spaanse en de Duitse versie.

26 — In de formulering van punt 2.2.2 van bijlage III bij richtlijn 2004/33 bestaat eenzelfde onduidelijkheid. Waar de Franse versie uitsluitend ziet op seksueel gedrag of beroepsactiviteit, beperken de Spaanse en de Italiaanse versie zich tot het benoemen van gedrag of seksuele activiteit, terwijl de Portugese versie het slechts heeft over gedrag of activiteit, zonder de aard daarvan te benoemen – en dan heb ik het alleen nog maar over deze taalversies van richtlijn 2004/33.

27 — Zie onder meer arresten Haasová (C-22/12, EU:C:2013:692, punt 48 en de aldaar aangehaalde rechtspraak) en Drozdovs (C-277/12, EU:C:2013:685, punt 39 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

28 — Bijvoorbeeld aanbeveling nr. R(95)14 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 12 oktober 1995 inzake de bescherming van de gezondheid van donoren en ontvangers in het kader van bloedtransfusies.

29 — Zie punt 3 van de considerans van richtlijn 2002/98. Zie voor niet-bindend optreden van de instellingen de punten 6-9 van de considerans van richtlijn 2002/98.

30 — Zie punten 1, 3 en 5 van de considerans en artikel 1 van richtlijn 2002/98.

31 — Punten 1 en 2 van de considerans van richtlijn 2002/98.

heeft en dat elk gevaar van overdracht tot een minimum wordt beperkt [32], teneinde het vertrouwen van de bevolking te versterken [33]. Deze aandachtspunten zijn ook te vinden in richtlijn 2004/33 [34], waarin als doelstelling is geformuleerd een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van de mens te waarborgen [35].

29. Het is dan ook duidelijk dat de bijlagen bij richtlijn 2004/33 moeten worden uitgelegd in het licht van deze doelstelling. Ik ben ook van oordeel dat punt 2.1 van bijlage III bij richtlijn 2004/33, zoals de Franse regering overigens erkent in haar schriftelijke opmerkingen, aldus moet worden uitgelegd dat personen die als gevolg van hun seksueel gedrag een *groot* risico hebben om ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen definitief moeten worden uitgesloten van bloeddonatie. Een dergelijke uitlegging lijkt niet alleen passend om ervoor te zorgen dat het door de Uniewetgever aangebrachte onderscheid tussen tijdelijke en permanente uitsluitingsgronden zijn relevantie behoudt, maar tevens in overeenstemming met de eveneens uit de richtlijn naar voren komende gedachte, elk gevaar van overdracht tot een minimum te beperken. Aldus leidt een hoog risico tot permanente uitsluiting en een minder hoog, meer beperkt risico slechts tot tijdelijke uitsluiting.

b) Vormt het feit dat een man seksuele contacten heeft gehad [36] of heeft met een andere man „seksueel gedrag" in de zin van punt 2.1 van bijlage III bij richtlijn 2004/33?

30. Ook al lijkt, gezien het voorgaande, de grens tussen tijdelijke en permanente uitsluiting duidelijker, er moet nog worden bepaald wat „seksueel gedrag" met een hoog besmettingsrisico kan zijn.

31. Op dit punt bevat het aan het Hof overgelegde dossier geen informatie uit de ontwerpteksten van richtlijn 2004/33 waaruit zou kunnen worden afgeleid wat de wetgever heeft bedoeld met „seksueel gedrag", en de richtlijn bevat geen enkele definitie ter zake. Onderzoek van de documenten van de Raad van Europa is evenmin verhelderend, omdat het Comité van Ministers zich uitsluitend heeft beperkt tot het omschrijven van seksueel risicogedrag als seksueel gedrag dat leidt tot blootstelling van de betrokken personen aan een risico of een hoog risico op het oplopen van ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten. [37] Het is dus noodzakelijk te kijken naar de algemene betekenis ervan.

32. Puur letterlijk gezien omschrijft „gedrag" de wijze waarop iemand zich gedraagt, zijn manier van doen en laten; het gaat daarbij om het geheel van reacties, zijn wijze van handelen. [38] Het begrip gedrag houdt allereerst een subjectieve beoordeling in, en seksueel gedrag zou dan worden gekenmerkt door de seksuele gewoonten en praktijken van de betrokken persoon, anders gezegd, door de concrete omstandigheden waarin het (de) betrokken seksuele contact(en) heeft (hebben) plaatsgehad.

33. Derhalve doet zich een vraag voor: is de permanente uitsluiting van personen uit de MSM-populatie bedoeld om een bepaalde seksuele gerichtheid te treffen of eerder een daadwerkelijk gedrag in eigenlijke zin?

32 — Punt 24 van de considerans van richtlijn 2002/98.

33 — Punten 3 en 6 van de considerans van richtlijn 2002/98.

34 — Zie in het bijzonder de punten 2 en 4 van de considerans en de artikelen 4 en 6 van richtlijn 2004/33.

35 — Punt 1 van de considerans van richtlijn 2004/33.

36 — Overeenkomstig de bewoordingen van de vragenlijst.

37 — Zie bijlage 1 bij resolutie CM/Res(2013)3, reeds aangehaald.

38 — Aldus de definitie in *Le petit Larousse illustré*, uitgave 2011, Larousse, Parijs.

34. Het criterium op grond waarvan de uitsluiting plaatsvindt in het ministerieel besluit is immers het feit dat een man seksueel actief is of is geweest door seksueel contact te hebben met een man, ongeacht de omstandigheden van dit contact/deze contacten, de frequentie of de toegepaste praktijken. Het criterium is natuurlijk niet expliciet en direct geformuleerd op grond van seksuele gerichtheid, omdat de categorie MSM niet officieel is gedefinieerd naar de seksuele gerichtheid.[39] Maar het gaat wel uit van een soort onweerlegbaar vermoeden dat een MSM-relatie noodzakelijkerwijs en stelselmatig leidt tot blootstelling aan een hoog besmettingsrisico. En in de praktijk is het in belangrijke mate, of zelfs uitsluitend[40], de totale mannelijke homoseksuele en biseksuele populatie die in feite blijvend wordt uitgesloten van bloeddonatie, enkel omdat deze mannen seksuele contacten hebben gehad of op dit moment hebben met een andere man.

35. Naar mijn mening is dit nationale criterium zowel te ruim als te algemeen geformuleerd, terwijl het door de Uniewetgever gebruikte begrip „seksueel gedrag" een nauwkeurig omschreven handelen en houding vereist dat de kandidaat-donor blootstelt aan een hoog besmettingsrisico. Overigens heeft de Commissie er reeds op gewezen dat het in richtlijn 2004/33 bedoelde begrip „seksueel gedrag" niet moet worden beschouwd als synoniem met „seksuele gerichtheid".[41]

36. In tegenstelling tot wat de Franse regering stelt, betekent de vaststelling dat punt 2.1 van de bijlage III bij richtlijn 2004/33 vereist dat mensen van wie een exact en gedetailleerd gedrag is geconcretiseerd dat hen heeft blootgesteld of blootstelt aan een hoog risico blijvend moeten worden uitgesloten van bloeddonatie, en dat deze bepaling een zo algemene uitsluiting als die in het ministerieel besluit niet toelaat, niet dat punt 2.1 van de bijlage III bij richtlijn 2004/33 zijn nuttig effect wordt ontnomen. Het schept echter inderdaad wel de verplichting de criteria voor permanente uitsluiting te verfijnen. Maar nu al kan worden gedacht aan sekswerkers[42], die mijns inziens zouden voldoen aan de voorwaarden om permanent te worden uitgesloten op grond van dit punt 2.1 van de genoemde bijlage.

37. Uit het voorgaande volgt dat punt 2.1 van de bijlage III bij richtlijn 2004/33 aldus moet worden uitgelegd dat het enkele feit dat een man seksuele contacten heeft gehad of heeft met een andere man, op zich geen seksueel gedrag vormt dat blootstelt aan een hoog risico op het oplopen van ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten.

2. De beoordelingsmarge van de lidstaten onder richtlijn 2004/33 en de aan hen geboden mogelijkheid strengere beschermingsmaatregelen te handhaven of te treffen

a) Eerbiediging van de Verdragsbepalingen als begrenzing van de uitoefening van nationale bevoegdheden

38. Zoals ik reeds heb onderstreept, heeft richtlijn 2002/98, waarvan de technische vereisten zijn vastgelegd in richtlijn 2004/33, als rechtsgrondslag artikel 152, lid 4, sub a, EG, waarin de voorwaarden zijn bepaald waaronder de Raad kan bijdragen aan de verwezenlijking van bepaalde doelstellingen, en meer in het bijzonder aan de vaststelling van „maatregelen [...] waarbij hoge

39 — Zie de definitie van de afkorting MSM in voetnoot 14 van deze conclusie, alsmede het derde punt van de considerans van resolutie CM/Res(2013)3, reeds aangehaald.

40 — De door de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen naar voren gebrachte vooronderstelling dat een deel van de mannelijke homoseksuele of biseksuele populatie zich volledig onthoudt van seksuele contacten en dus bloed zou mogen doneren lijkt mij alles bij elkaar genomen zo marginaal dat er hier geen rekening mee hoeft te worden gehouden.

41 — Zie het antwoord van de Commissie van 17 augustus 2011 op de parlementaire vraag met verzoek om een schriftelijk antwoord van 1 juli 2011 (E-006484/2011).

42 — Dit was overigens door de Raad al voorzien in zijn aanbeveling van 29 juni 1998 inzake de geschiktheid van bloed- en plasmadonors en de screening van donorbloed in de Europese Gemeenschap (PB L 203, blz. 14: meer nauwkeurig punt C, sub 1, van bijlage II bij deze aanbeveling) en door het Comité van Ministers van de Raad van Europa, in het bijzonder in het derde punt van de considerans van zijn resolutie CM/Res(2013)3, reeds aangehaald.

kwaliteits- en veiligheidseisen worden gesteld aan [...] bloed en bloedderivaten". Sub a van dit artikel preciseert nog dat „deze maatregelen [niet] beletten [...] dat een lidstaat maatregelen voor een hogere graad van bescherming handhaaft of treft". [43] Artikel 152, lid 5, EG bevestigt dat bij het optreden van de Gemeenschap op het gebied van de volksgezondheid de verantwoordelijkheden van de lidstaten volledig worden geëerbiedigd en met name dat „de in lid 4, sub a, bedoelde maatregelen geen afbreuk [doen] aan de nationale voorschriften inzake donatie [...] van [...] bloed" [44].

39. Ook al moet uit het voorgaande worden afgeleid dat het optreden van de Gemeenschap in het verleden en dat van de Unie vandaag slechts kan bestaan in begeleidende, stimulerende of coördinerende maatregelen, maar zeker niet in harmonisatiemaatregelen, het Hof heeft deze bepalingen nooit zodanig uitgelegd dat nationale maatregelen buiten alle toezicht op de verenigbaarheid met het Unierecht vallen.

40. Zo heeft het Hof op het gebied van de sociale zekerheid geoordeeld dat „[w]el [...] vast[staat] dat het Unierecht de bevoegdheid van de lidstaten om hun stelsels van sociale zekerheid in te richten onverlet laat en dat het, bij gebreke van harmonisatie op het niveau van de Europese Unie, elke lidstaat vrijstaat in zijn wetgeving de voorwaarden vast te stellen voor verstrekkingen op het gebied van sociale zekerheid [...]. Tevens zij opgemerkt dat naar luid van artikel 152, lid 5, EG, bij het optreden van de Unie op het gebied van de volksgezondheid de verantwoordelijkheden van de lidstaten voor de organisatie en verstrekking van gezondheidsdiensten en geneeskundige verzorging volledig worden geëerbiedigd [...]. De lidstaten moeten echter bij de uitoefening van deze bevoegdheid het Unierecht, in het bijzonder de bepalingen inzake de vrijheid van dienstverrichting, eerbiedigen [...]. Zo heeft het Hof geoordeeld dat artikel 152, lid 5, EG niet uitsluit dat de lidstaten op grond van andere Verdragsbepalingen [...] verplicht zijn hun nationale socialezekerheidsstelsel aan te passen, *zonder dat echter kan worden gezegd dat daardoor hun soevereine bevoegdheid ter zake wordt aangetast*". [45]

41. Mutatis mutandis zou het Hof ook moeten beslissen dat het feit dat de uitoefening van de andere in artikel 152, lid 5, EG bedoelde nationale bevoegdheden zijn onderworpen aan de bepalingen van het Verdrag hun soevereine bevoegdheid ter zake niet aantast. De precisering aan het eind van dit artikel, die specifiek de donatie van bloed betreft, blijkt hiermee niet in tegenspraak te hoeven zijn.

42. In het geval van een nationale regeling die het vrijwillige en onbetaalde karakter van donatie beoogde te waarborgen en strenger bleek te zijn dan richtlijn 2002/98 [46], heeft het Hof zijn toezicht niet ingeperkt omdat de nationale regeling binnen de werkingssfeer van artikel 152, lid 5, EG viel. Het Hof heeft daarentegen wel getoetst of zij verenigbaar was met andere bepalingen van het Verdrag, in casu met die betreffende het vrije verkeer van goederen. Bovendien heeft het Hof geconcludeerd dat artikel 28 EG juncto artikel 30 EG zich verzet tegen de nationale regeling die erin voorziet dat de invoer van uit een andere lidstaat afkomstig bloed of bloedbestanddelen, slechts geoorloofd is indien voldaan is aan de voorwaarde, die ook geldt voor nationale producten, dat de bloeddonaties die aan deze producten ten grondslag liggen zijn geschied zonder dat de donoren daarvoor een vergoeding hebben ontvangen, en zonder dat hun de onkosten in verband met de verrichting van die donaties zijn vergoed. [47]

43 — Het huidige artikel 168, lid 4, sub a, VWEU.

44 — Evenzo het huidige artikel 168, lid 7, VWEU.

45 — Arrest Commissie/Portugal (C-255/09, EU:C:2011:695, punten 47-49 en de aldaar aangehaalde rechtspraak), cursivering van mij. Het Hof heeft zodoende het advies van de advocaat-generaal in deze zaak gevolgd, die zich op het standpunt had gesteld dat „de Portugese Republiek zich dus niet met succes [kon] beroepen op haar originaire bevoegdheid tot organisatie van het gezondheidswezen en de geneeskundige verzorging op haar grondgebied, om zich te onttrekken aan de verplichtingen die haar door het overige primaire Unierecht [werden] opgelegd" [zie punt 64 van de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak (EU:C:2011:246)].

46 — Een dergelijke strengere maatregel is toegestaan op grond van artikel 4, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2002/98.

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

43. Tot slot merk ik op dat het feit dat de eerbiediging van de Verdragsbepalingen de natuurlijke begrenzing vormt voor de uitoefening van nationale bevoegdheden wordt bekrachtigd door artikel 4, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2002/98, bepalende dat „[d]eze richtlijn [niet] belet [...] dat een lidstaat op zijn grondgebied strengere beschermende maatregelen handhaaft of treft *die in overeenstemming zijn met het Verdrag*" [48], en noch door de Franse regering [49] noch door de Commissie wordt betwist [50].

b) Het ministerieel besluit discrimineert indirect naar geslacht in combinatie met seksuele gerichtheid

44. Omdat de vrijheid van de lidstaten ophoudt zodra de eerbiediging van het primaire Unierecht wordt bedreigd, merk ik dienaangaande slechts op dat het ministerieel besluit, door iedere man die seksuele contacten heeft gehad of heeft met een andere man definitief uit te sluiten, een duidelijke indirecte discriminatie invoert in het systeem van selectie van bloeddonoren [51], bestaande in een verschillende behandeling op grond van geslacht – omdat het gebruikte criterium uitsluitend mannen treft – in combinatie met de seksuele gerichtheid – omdat het gebruikte criterium bijna uitsluitend homoseksuele en biseksuele mannen treft.

45. Ook al heeft aanbeveling R(95)14 in herinnering geroepen hoe belangrijk het is een passende selectie van bloeddonoren op te zetten waarin iedere mogelijkheid van discriminatie wordt vermeden, resolutie CM/Res(2013)3 heeft de uitsluiting van de MSM-populatie, dat wil zeggen van een hele groep van de bevolking, toegestaan omdat de beschikbare statistische gegevens niet konden worden verfijnd voor de individuele risico's. In de statistieken wordt nu juist regelmatig de MSM-populatie tegenover de heteroseksuele populatie geplaatst: de uitdrukking MSM is zowel in het algemeen als in de wetenschap synoniem geworden met „homoseksueel" of „biseksueel". [52] De mannelijke homoseksuele en biseksuele gemeenschap wordt uitgesloten van bloeddonatie, en wel definitief: deze gemeenschap is dus het voorwerp van discriminatie. De Unie wil deze vormen van discriminatie op grond van geslacht en van seksuele gerichtheid bestrijden, zoals blijkt uit zowel het oude artikel 13 EG als het huidige artikel 19 VWEU en artikel 21 van het Handvest. [53]

46. Hier kan zeker tegenin gebracht worden dat ieder selectiemechanisme uit de aard der zaak discriminerend is. Toch is het van belang ervoor te zorgen dat dergelijke verschillen in behandeling gerechtvaardigd en proportioneel zijn.

48 — Cursivering van mij.

49 — Zie punt 90 van de schriftelijke opmerkingen.

50 — Zie de antwoorden van de Commissie van 1 april 2009 op parlementaire vraag nr. E-0910/2009 (waarin wordt verwezen naar de eerbiediging van het proportionaliteitsbeginsel) en van 17 augustus 2011 op parlementaire vraag nr. E-006484/2011 [waarin in het bijzonder wordt verwezen naar artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") (PB 2007, C 303, blz. 1)].

51 — Mijns inziens kan aan deze kwalificatie worden getwijfeld. Het Hof heeft ten minste tweemaal geconcludeerd dat er sprake was van directe discriminatie op grond van seksuele gerichtheid, in de zaken Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) en Hay (C-267/12, EU:C:2013:823). In het eerste geval ging het in wezen om een nationale regeling die bepaalde dat het recht op uitbetaling van nabestaandenpensioen uitsluitend was voorbehouden aan weduwen, met dien verstande dat alleen een gehuwde zich op deze hoedanigheid kon beroepen, terwijl het huwelijk niet openstond voor mensen van hetzelfde geslacht. In het tweede geval ging het om een collectieve overeenkomst waarin het recht op verlof en betaling van een premie in geval van huwelijk werd geregeld, zonder dat in vergelijkbare rechten was voorzien voor gevallen waarin de betrokken personen een geregistreerd partnerschap waren aangegaan, de enige vorm van partnerschap die openstond voor mensen van hetzelfde geslacht. In beide gevallen betrof de minder gunstige behandeling de gehele homoseksuele gemeenschap, zowel mannen als vrouwen – dit in tegenstelling tot de in het hoofdgeding aan de orde zijnde uitsluiting.

52 — Zie naast de door de Franse regering aangeleverde gegevens ook „VIH/sida en France: données de surveillance et études", *Bulletin épidémiologique hebdomadaire* van 1 december 2012, nr. 46-47, blz. 523 (te downloaden via www.invs.sante.fr), of de grafiek van het Institut français de veille sanitaire, die het aantal gevallen van hiv-seropositiviteit laat zien per wijze van besmetting en per land van geboorte voor de jaren 2003 tot 2011 (beschikbaar op 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 — Ik merk op advocaat-generaal Jääskinen in zijn conclusie in de zaak Römer (C-147/08, EU:C:2010:425) aan het einde van een analyse die ik volledig onderschrijf, het Hof heeft gevraagd het verbod van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid te beschouwen als een algemeen rechtsbeginsel (zie punt 122 e.v.). In zijn arrest (C-147/08, EU:C:2011:286) heeft het Hof echter de gestelde prejudiciële vragen kunnen beantwoorden zonder over dit punt een standpunt in te nemen. Misschien is het moment voor een dergelijke uitspraak nu gekomen, gezien het feit dat het betrokken besluit is vastgesteld in januari 2009, dus voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon en dus voordat het Handvest bindende kracht kreeg.

c) Is het verschil in behandeling gerechtvaardigd en proportioneel?

47. Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat „de gezondheid en het leven van personen de eerste plaats [innemen] onder de goederen en belangen die door [het Verdrag] worden beschermd”. [54] Het ministerieel besluit dat voorziet in totale en permanente uitsluiting van de MSM-populatie van bloeddonatie vormt weliswaar een strengere beschermingsmaatregel in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2002/98, maar niet kan worden betwist dat het een legitiem doel nastreeft, namelijk het tot een minimum beperken van de besmettingsrisico's voor de ontvangers, om op deze wijze bij te dragen aan de algemene doelstelling een hoge bescherming van de volksgezondheid te waarborgen, die thans is neergelegd in artikel 168, lid 1, VWEU en artikel 35 van het Handvest.

48. Ook al streeft de regeling die aan de orde is in het hoofdgeding een legitiem doel na, er moet nog wel worden nagegaan of zij het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt, dat wil zeggen of de regeling passend is en noodzakelijk voor het verwezenlijken van het nagestreefde doel, met dien verstande dat, wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel. [55]

49. In de eerste plaats is de permanente uitsluiting van de MSM-populatie inderdaad gericht op verwezenlijking van het nagestreefde legitieme doel.

50. In de tweede plaats moeten de veroorzaakte nadelen, in het licht van de belangen waarom het gaat, worden beschouwd als relatief draagbaar, waarbij het gevoel te worden uitgesloten om redenen die te maken hebben met het privéleven moeten worden afgewogen tegen het hogere belang van bescherming van de gezondheid van de ontvangers van bloed. Ik kan mij voorstellen dat het afwijzen van een gebaar van belangeloze generositeit en solidariteit dat de bloeddonatie is, bij de personen die worden afgewezen een reactie van onbegrip veroorzaakt, maar erkend moet worden dat bloeddonatie op zichzelf geen recht is, dat nooit is erkend dat dit universeel is, aangezien donoren worden geselecteerd en dus moeten voldoen aan bepaalde voorwaarden, en dat het laatste woord in alle gevallen aan de medische autoriteiten is, omdat uitsluitend zij de volledige directe verantwoordelijkheid dragen voor hun beslissingen. [56]

51. In de derde plaats vereist het toezicht op de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel op het gebied van de volksgezondheid dat „rekening [wordt] gehouden met de omstandigheid dat het aan de lidstaat staat, te beslissen op welk niveau hij de bescherming van de volksgezondheid wenst te verzekeren, en hoe dit dient te gebeuren. Aangezien dit niveau per lidstaat kan verschillen, beschikken de lidstaten over een beoordelingsmarge”. [57] Daaruit volgt dat het feit dat in de ene lidstaat minder strenge regels gelden dan in een andere lidstaat, op zich niet betekent dat deze laatste disproportioneel zijn. [58]

54 — Arrest Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93, punt 32 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arrest Humanplasma (EU:C:2010:760, punt 32).

55 — Zie arrest Müller Fleisch (EU:C:2010:93, punt 43).

56 — Zie punt 4.1 van resolutie CM/Res(2008)5 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa inzake de verantwoordelijkheid van de bloeddonoren en de beperkingen aangaande de donatie van bloed en bloedbestanddelen, waarin wordt aanbevolen ervoor te zorgen dat bloedbanken de eindverantwoordelijkheid hebben voor de kwaliteit van het bloed en dat zij verantwoordelijk zijn voor de uiteindelijke beslissing donoren te accepteren of uit te sluiten op grond van een risicoanalyse die is gebaseerd op epidemiologische gegevens die regelmatig worden bijgewerkt, en waarbij het recht van de ontvangers op bescherming van hun gezondheid en de daaruit voortvloeiende verplichting het risico op overdracht van infectieziekten te verkleinen in gedachten worden gehouden. Deze rechten en verplichtingen hebben prioriteit boven iedere andere overweging, *met inbegrip van de wens van personen om bloed te doneren* (cursivering van mij).

57 — Arresten Humanplasma (EU:C:2010:760, punt 39) en Venturini e.a. (C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, punt 59 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

58 — Arresten Müller Fleisch (EU:C:2010:93, punt 45 en de aldaar aangehaalde rechtspraak) en Humanplasma (EU:C:2010:760, punt 40).

52. Concreet betekent dit dat met het feit dat Spanje, Italië, Slowakije, Finland en het Verenigd Koninkrijk de MSM-populatie noch stelselmatig noch definitief uitsluiten van bloeddonatie[59], geen rekening mag worden gehouden bij de beslissing of de Franse regering een maatregel zou kunnen treffen die minder inbreuk maakt op het beginsel van gelijke behandeling, maar die wel hetzelfde resultaat kan hebben. Dit geldt des te meer omdat de hoogte van het risico in de verschillende lidstaten niet gelijk is, omdat hun epidemiologische situatie, in het bijzonder ten aanzien van hiv-infectie, zeer uiteenloopt, en vaststaat dat Frankrijk binnen de MSM-populatie een bijzonder hoge hiv-prevalentie heeft.[60]

53. Om te kunnen bepalen of de in het ministerieel besluit opgenomen permanente uitsluiting niet verder gaat dan noodzakelijk is, zal de verwijzende rechter echter moeten overgaan tot het verifiëren van bepaalde zaken, waartoe het Hof niet in staat is gezien de stand van het overgelegde dossier.

54. Zo zal hij ten eerste rekening moeten houden met de epidemiologische situatie in Frankrijk en zich ervan moeten vergewissen dat de overgelegde gegevens recent[61], representatief en betrouwbaar zijn.

55. Ten tweede dienen enkele aspecten van de sanitaire techniek te worden geverifieerd.

56. Het betoog van de Franse regering is vrijwel uitsluitend gericht op het risico dat de MSM-populatie heeft om hiv op te lopen. Ook al wordt permanente uitsluiting grotendeels gerechtvaardigd door het risico voor de ontvanger vanwege de „incubatietijd", ik merk op dat de Franse regering heeft aangegeven dat de langste periode – die voor het virustype hiv-2 – op 22 dagen wordt geschat. Als ik mij niet vergis, kan bloed maximaal ongeveer 45 dagen worden bewaard. Het stelselmatig in quarantaine plaatsen van bloeddonaties van personen uit de MSM-populatie voor een dergelijke periode alvorens de donaties worden getest, zou dus objectief gezien een oplossing kunnen zijn waarmee het nagestreefde doel zo goed mogelijk zou kunnen worden gerealiseerd.

57. De verwijzende rechter zou zich dus moeten afvragen of een dergelijke quarantaine economisch verantwoord en wetenschappelijk realiseerbaar zou zijn voor alle of een deel van de bloedbestanddelen. In het bijzonder zou de verwijzende rechter moeten nagaan of dat geen afbreuk doet aan de goede werking van de bloedtransfusieketen. Hiervoor zou hij zich bijvoorbeeld kunnen baseren op de conclusies van het rapport over de bloedtransfusieketen dat in 2013 is uitgebracht aan de minister van Sociale zaken en Volksgezondheid door de Franse afgevaardigde Olivier Véran (hierna: „Véran-rapport"). Volgens dit rapport zijn de deskundigen het erover eens dat het stelselmatig in quarantaine plaatsen van plasma in combinatie met een virologische screening het mogelijk zou maken ieder risico op virusoverdracht uit te sluiten.[62] In het kader van de bescherming van de gezondheid van de ontvangers lijkt een dergelijke oplossing optimaal: enerzijds kunnen hierdoor de problemen worden overwonnen die te maken hebben met een gevoel van discriminatie bij de personen uit de MSM-populatie – een gevoel dat hen ertoe zou kunnen brengen de vragenlijst niet naar waarheid in te vullen – en anderzijds worden alle bloeddonaties hierdoor op dezelfde wijze behandeld, door ze pas te testen nadat de periode voorbij is waarin het virus niet detecteerbaar is, zodat er bijna geen risico meer is. In de opmerkingen van de Franse regering wordt hiervan geen melding gemaakt, ook al zijn ze ingediend na de verschijning van dit rapport.

59 — In Spanje en Italië is slechts een tijdelijke uitsluiting voorzien voor gevallen van meervoudig partnerschap of het veranderen van partner, ongeacht de aard van de betrokken relatie (wegens een wetswijziging tijdens de procedure bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hoefde het niet te toetsen of de uitsluiting van homoseksuelen van bloeddonatie verenigbaar was met het EVRM: zie arrest EHRM van 15 oktober 2002, Tosto/Italië, verzoekschrift nr. 49821/99); Slowakije (volgens parlementaire vraag nr. E-0910/09 van 17 februari 2009) en, recent, Finland en het Verenigd Koninkrijk hebben gekozen voor een onthoudingsvereiste van 12 maanden voor mannen die hebben verklaard seksueel contact met een andere man te hebben gehad.

60 — Op grond van de gegevens van de Franse regering, die lijken te worden bevestigd door het speciale verslag „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" (zie in het bijzonder de blz. 4 en 5 en bijlage 2) van het bij verordening (EG) nr. 851/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 (PB L 142, blz. 1) opgerichte Europees Centrum voor ziektepreventie en -bestrijding.

61 — Arrest Frankrijk/Commissie (C-601/11 P, EU:C:2013:465, punt 136).

62 — Zie bladzijde 35 van dit rapport.

58. Bovendien bestaat er een zekere twijfel ten aanzien van de coherentie van de permanente uitsluiting. De toepassing van de contra-indicatie die in het ministerieel besluit is bepaald, en van het besluit in samenhang met de bovengenoemde vragenlijst [63] leidt ertoe dat het feit dat een man ten minste eenmaal in zijn leven – ook al is dat tien jaar geleden – seksueel contact heeft gehad met een andere man, definitief wordt uitgesloten van bloeddonatie. Hieruit moet worden afgeleid dat het actuele karakter van het risicogedrag er niet toe doet, terwijl in feite, omdat alle bloeddonaties worden getest op hiv, de incubatietijd de meest kritieke periode is waarin de ontvangers aan het grootste risico blootstaan. [64] Nogmaals, wanneer de belangrijkste reden de incubatietijd is, zou een tijdelijke uitsluiting, vastgesteld aan de hand van de datum van het laatste seksuele contact, passender kunnen zijn.

59. Evenzo kan men zich afvragen waarom er geen specifieke contra-indicatie bestaat voor een vrouw van wie de man tot de MSM-populatie behoort. Overigens geldt voor iemand van wie de partner seropositief is, een tijdelijke contra-indicatie van vier maanden. Enerzijds is bij een dergelijk paar een verscherpte waakzaamheid goed denkbaar, maar anderzijds kan men ook de blootstelling aan het risico als reëel beschouwen in geval van een seropositieve partner is, terwijl dit voor de MSM-populatie zonder individueel onderzoek naar de toegepaste praktijken minder zeker lijkt. Ook moet worden gekeken naar de situatie van mannen die eenmaal in hun leven of af en toe beschermd homoseksueel contact hebben gehad – en die definitief zijn uitgesloten – in vergelijking met die van heteroseksuele personen die regelmatig onbeschermde contacten hebben, maar die toch slechts een tijdelijke contra-indicatie krijgen: rechtvaardigt het enkele feit dat iemand behoort tot de MSM-populatie in een dergelijk geval een definitieve uitsluiting?

60. Om weer terug te gaan naar de statistieken: in 2011 is van 2 400 personen van de MSM-populatie ontdekt dat zij seropositief zijn. In hetzelfde jaar zijn 3 500 mensen besmet door heteroseksuele contacten, waarvan 2 400 in het buitenland geboren heteroseksuelen waren. [65] De verwijzende rechter zou moeten proberen op te helderen waarom voor deze categorie donoren volgens de bewoordingen van het ministerieel besluit dat ten grondslag ligt aan de hoofdzaak geen enkele contra-indicatie geldt. [66]

61. Tot slot, en dit is misschien wel het belangrijkste, zou de vragenlijst zodanig kunnen worden aangepast dat hiermee risicogedrag binnen de MSM-populatie kan worden geïdentificeerd, zoals dit nu, naar het lijkt voldoende, het geval is voor de overige donoren. Door gerichtere vragen – over de tijd sinds het laatste seksuele contact, het aantal partners, de aard van de contacten, het beschermde karakter van de contacten, de frequentie van het bezoek van nachtclubs – zou niet langer een seksuele gerichtheid worden geïdentificeerd, maar zou kunnen worden beoordeeld hoe hoog het risico is dat iedere donor individueel vertegenwoordigt door zijn seksuele gedrag. [67]

62. Uit het voorgaande volgt dat de verwijzende rechter zich ervan dient te verzekeren dat de Franse regering, door mannen die seksuele contacten hebben gehad of hebben met een man permanent uit te sluiten van bloeddonatie, de gebruikelijke beoordelingsmarge waarover de lidstaten beschikken met betrekking tot de bescherming van de volksgezondheid, heeft gebruikt op een wijze die in overeenstemming is met de eisen van het beginsel van non-discriminatie op grond van seksuele gerichtheid, en meer in het bijzonder van het evenredigheidsbeginsel. Bij de beoordeling of de

63 — Zie punt 9 van de onderhavige conclusie.

64 — Artikel 20 van aanbeveling nr. R(95)14 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa vermeldt dat (al naargelang de situatie, tijdelijke of definitieve) uitsluiting moet worden opgelegd aan mensen die behoren tot categorieën die door hun medische voorgeschiedenis of hun *huidige* activiteiten en gedragingen een risico hebben op overdracht van infectieziekten (cursivering van mij).

65 — Bron: grafiek van het Institut français de veille sanitaire, die het aantal gevallen van hiv-seropositiviteit laat zien per wijze van besmetting en per land van geboorte voor de jaren 2003 tot 2011, reeds aangehaald. Het gaat voornamelijk om personen die geboren zijn in Afrika ten zuiden van de Sahara (77 %) en om vrouwen (58 %).

66 — Het is duidelijk dat aangezien de MSM-populatie in aantal veel kleiner is dan de heteroseksuele populatie, het aantal besmettingen bij deze populatie proportioneel gezien hoger is; dat wil ik hier niet ter discussie stellen. Maar het valt ook niet te ontkennen dat in het buitenland geboren heteroseksuele personen een categorie vormen die proportioneel gezien in het bijzonder is blootgesteld aan het risico van besmetting met hiv, zonder dat voor deze categorie in het ministerieel besluit een bijzondere voorzorgsmaatregel is genomen.

67 — Dienaangaande merk ik op dat het ook hier gaat om een aanbeveling in het Véran-rapport: zie blz. 36 van dit rapport.

maatregel van definitieve uitsluiting niet verder gaat dan wat nodig is voor de verwezenlijking van het legitieme doel van de bescherming van de gezondheid van de ontvangers, dient hij zich er onder meer van te vergewissen, in de eerste plaats dat de epidemiologische situatie in Frankrijk zoals die aan het Hof is voorgelegd is gebaseerd op betrouwbare, representatieve en recente statistieken, en in de tweede plaats dat het bij de huidige stand van de wetenschappelijke kennis niet mogelijk is in afwachting van het verstrijken van de incubatietijd maatregelen te nemen om donaties in quarantaine te plaatsen zonder de transfusieketen buitensporig te belasten. Tot slot dient de verwijzende rechter ook de eventuele redenen te onderzoeken waarom de beoordeling van individuele risico's, door middel van een eventueel aangepaste vragenlijst en een individueel gesprek met een geneeskundige om te bepalen of de kandidaat-donor zogenoemd „riskant" seksueel gedrag heeft, niet geschikt zou zijn om de ontvangers van donaties van mannen die seksuele contacten met een man hebben gehad of hebben voldoende te beschermen, terwijl dit wel mogelijk is voor de rest van de bevolking.

V – **Conclusie**

63. Gelet op al het voorgaande geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vraag van het Tribunal administratif de Strasbourg te beantwoorden als volgt:

„Punt 2.1 van bijlage III bij richtlijn 2004/33/EG van de Commissie van 22 maart 2004 tot uitvoering van richtlijn 2002/98/EG van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot bepaalde technische voorschriften voor bloed en bloedbestanddelen moet aldus worden uitgelegd dat het enkele feit dat een man seksuele contacten met een man heeft gehad of op dit moment heeft, op zich geen seksueel gedrag vormt dat blootstelt aan een hoog risico op het oplopen van ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten.

De verwijzende rechter dient zich ervan te verzekeren dat de Franse regering, door mannen die seksuele contacten hebben gehad of hebben met een man permanent uit te sluiten van bloeddonatie, de gebruikelijke beoordelingsmarge waarover lidstaten beschikken met betrekking tot de bescherming van de volksgezondheid heeft gebruikt op een wijze die in overeenstemming is met de eisen van het beginsel van non-discriminatie op grond van seksuele gerichtheid, en meer in het bijzonder van het evenredigheidsbeginsel.

Bij de beoordeling of de maatregel van definitieve uitsluiting niet verder gaat dan wat nodig is voor de verwezenlijking van het legitieme doel van de bescherming van de gezondheid van de ontvangers, dient hij zich onder meer ervan te vergewissen, in de eerste plaats dat de epidemiologische situatie in Frankrijk zoals die aan het Hof is voorgelegd gebaseerd is op betrouwbare, representatieve en recente statistieken, en in de tweede plaats dat het bij de huidige stand van de wetenschappelijke kennis niet mogelijk is in afwachting van het verstrijken van de incubatietijd maatregelen te nemen om donaties in quarantaine te plaatsen zonder de transfusieketen buitensporig te belasten. Tot slot dient de verwijzende rechter ook de eventuele redenen te onderzoeken waarom de beoordeling van individuele risico's, door middel van een eventueel aangepaste vragenlijst en een individueel gesprek met een geneeskundige om te bepalen of de kandidaat-donor zogenoemd ‚riskant' seksueel gedrag heeft, niet geschikt zou zijn om de ontvangers van donaties van mannen die seksuele contacten met een man hebben gehad of hebben voldoende te beschermen, terwijl dit wel mogelijk is voor de rest van de bevolking."