Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PAOLO MENGOZZI
föredraget den 17 juli 2014[1]

Mål C-528/13

Geoffrey Léger
mot
Ministre des affaires sociales et de la santé
mot
Établissement français du sang

(begäran om förhandsavgörande från Tribunal administratif de Strasbourg (Frankrike))

”Folkhälsa — Blodgivning — Lämplighetskrav för givare — Kriterier för permanent eller tillfällig avstängning — Slutgiltig avstängning av män som har haft sexuellt umgänge med en annan man — Principen om förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning — Proportionalitet”

Innehållsförteckning

I – Tillämpliga bestämmelser 2

A – Unionsrätt 2

B – Fransk rätt 3

II – Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan 4

III – Förfarandet vid domstolen 5

IV – Bedömning 5

A – Sammanfattning av den franska regeringens argumentering 5

B – Bedömning 7

1. Tolkningen av punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33 7

a) Punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33 är tillämplig endast vid en hög risk för allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod 7

1 — Originalspråk: franska.

b) Utgör den omständigheten att en man har haft eller har sexuellt umgänge med en annan man ett ”sexuellt riskbeteende” i den mening som avses i punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33? 9

2. Medlemsstaternas utrymme för skönsmässiga bedömningar enligt direktiv 2004/33 och deras möjlighet att upprätthålla eller införa strängare skyddsåtgärder 10

a) Iakttagandet av fördragets bestämmelser som en gräns för utövandet av de nationella befogenheterna 10

b) Ministerbeslutet innebär indirekt diskriminering på grund av såväl kön som sexuell läggning 11

c) Är skillnaden i behandling motiverad och proportionerlig? 12

V – Förslag till avgörande 15

1. Begäran om förhandsavgörande i förevarande mål avser en svår fråga, nämligen huruvida en nationell åtgärd genom vilken män som har haft sexuellt umgänge med andra män avstängs permanent från blodgivning är förenlig med unionsrätten.

I – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Unionsrätt*

2. De tillämpliga unionsrättsliga bestämmelserna kan sammanfattas på följande sätt.

3. Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/98/EG av den 27 januari 2003 om fastställande av kvalitets- och säkerhetsnormer för insamling, kontroll, framställning, förvaring och distribution av humanblod och blodkomponenter och om ändring av direktiv 2001/83/EG,[2] vilket antogs på grundval av artikel 152.4 a EG (nu artikel 168.4 a FEUF) utarbetades sedan unionslagstiftaren hade konstaterat att det rådde en situation där ”kvalitet och säkerhet för [helblod, plasma och blodceller från människor] som är avsedda för transfusion och som inte framställs inte omfattas av någon bindande gemenskapslagstiftning”.[3] Lagstiftarens avsikt var att anta bestämmelser som garanterar att ”blod och blodkomponenter, oavsett vad de skall användas till, har en jämförbar kvalitets- och säkerhetsnivå genom hela blodtransfusionskedjan i alla medlemsstater”, eftersom införandet av höga kvalitets- och säkerhetsnormer bör bidra till att stärka allmänhetens tilltro.[4] Direktiv 2002/98 syftar således till att införa kvalitets- och säkerhetsnormer för humanblod och blodkomponenter i syfte att garantera en hög hälsoskyddsnivå för människor.[5] Genom direktivet åläggs medlemsstaterna bland annat att säkerställa att endast vederbörligen designerade och ackrediterade inrättningar kan utföra insamling, kontroll, framställning, förvaring och distribution av blod och blodkomponenter samt att de underställs olika inspektioner och kontroller.[6] I direktivet fastställs även principerna om blodets spårbarhet, frivillig och obetald blodgivning och obligatorisk kontroll av varje blodgivning.[7]

2 — EGT L 33, 2003, s. 30.

3 — Skäl 3 i direktiv 2002/98.

4 — Skäl 3 i direktiv 2002/98.

5 — Artikel 1 i direktiv 2002/98.

6 — Artiklarna 5 och 8 i direktiv 2002/98.

7 — Artiklarna 14, 20 och 21 samt bilaga IV till direktiv 2002/98.

4. Kraven avseende blod- och plasmagivares lämplighet, det vill säga bland annat kriterierna för permanent eller tillfällig avstängning från blodgivning, fastställs dock inte i direktiv 2002/98 utan har antagits genom kommissionens direktiv 2004/33/EG av den 22 mars 2004 om genomförande av direktiv 2002/98 i fråga om vissa tekniska krav på blod och blodkomponenter,[8] genom tillämpning av det kommittéförfarande som anges i artikel 28 i direktiv 2002/98.[9]

5. Det är således i direktiv 2004/33 som dessa krav fastställs. I bilaga III fastställs lämplighetskrav för givare av helblod och blodkomponenter. I punkt 2 i bilaga III fastställs kriterier för avstängning från blodgivning av nämnda givare.

6. I tabellen i punkt 2.1 i bilaga III förtecknas kriterierna för permanent avstängning från blodgivning för allogena givare.[10] Det sexuella riskbeteende som anges i tabellen beskrivs på följande sätt: ”Personer vars sexuella beteende utsätter dem för en hög risk för allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod”.

7. I punkt 2.2 i bilaga III förtecknas kriterierna för tillfällig avstängning från blodgivning av allogena givare och i punkt 2.2.2 i samma bilaga anges kriterierna för avstängning till följd av exponering för risker för att få en infektion som kan överföras genom transfusion. På den rad i tabellen som avser ”[p]ersoner vars beteende eller verksamhet utsätter dem för en risk för att få allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod” anges följande vad gäller avstängning: ”Avstängning efter upphörande av riskbeteendet under en period vars längd beror på sjukdomen i fråga och tillgång till lämpliga test”.

B – *Fransk rätt*

8. Ministre de la santé et des sports (ministern för hälsa och sport) antog den 12 januari 2009 ett beslut om fastställande av urvalskriterier för blodgivare[11] (nedan kallat ministerbeslutet).

9. I artikel 1 i ministerbeslutet fastställs de förhållanden under vilka blodgivning får ske. Enligt artikel 1, avsnitt V punkt 1, som avser givarens kliniska egenskaper, ankommer det på den person som är behörig att välja ut givare att, med hjälp av kompletterande frågor till det frågeformulär som ska fyllas i före blodgivningen, bedöma huruvida blodgivning är möjlig med beaktande av kontraindikationer samt deras varaktighet, prioritet och utveckling.[12] Frågorna ställs vid behov under det samtal som systematiskt föregår blodgivningen. Enligt samma bestämmelse får blodgivning inte ske om givaren omfattas av någon av de kontraindikationer som anges i tabellerna i bilaga II till ministerbeslutet. Det föreskrivs att hälsomyndigheterna får ändra, lägga till eller stryka kontraindikationer för blodgivning till följd av särskilda epidemiologiska situationer eller hemovigilansdata.

8 — EUT L 91, s. 25.

9 — Se artikel 29 i direktiv 2002/98.

10 — Det vill säga blodgivning som är avsedd för andra personer än en själv, vilket är den situation som uteslutande avses i förevarande mål (se punkt 2 i bilaga I till direktiv 2004/33).

11 — Republiken Frankrikes officiella tidning av den 18 januari 2009, s. 1067.

12 — Frågeformuläret finns på följande internetadress: http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr %E9-don_pour_la_m % E9tropole.pdf.

10. Bilaga II till ministerbeslutet innehåller tabeller med kontraindikationer. I tabell B förtecknas kontraindikationer som innebär risk för mottagaren. Den del i tabell B som ägnas åt risken för överföring av en virusinfektion ser ut på följande sätt:

Överföring av en virusinfektion	Blodgivaren har utsatts för risk för virussjukdom som överförs via sexuellt umgänge	Oskyddat sexuellt umgänge med en tillfällig partner	KI [*] under fyra månader efter det senaste oskyddade sexuella umgänget
		Flera sexpartner: mer än en partner under de senaste fyra månaderna	KI under fyra månader efter det att situationen med flera partner har avslutats
		Man som har haft sexuellt umgänge med en man	Permanent KI
		Oskyddat sexuellt umgänge med en ny partner under de senaste två månaderna	KI under fyra månader efter det senaste oskyddade sexuella umgänget
	Blodgivarens sexpartner har utsatts för risk för virussjukdom som överförs via sexuellt umgänge	Partnern har haft fler än en partner under de senaste fyra månaderna	KI under fyra månader
		Partnern har injicerat narkotika eller dopingpreparat men har ingen känd serologisk status för hiv [**] och HBV	KI under fyra månader efter det senaste sexuella umgänget
		Partnern har en positiv serologi för hiv, HTLV, HCV eller HBV (HBsAg+)	KI under fyra månader efter det senaste sexuella umgänget. …
		Partnern har nyligen haft en sexuellt överförbar sjukdom eller behandlas för en sådan	KI under fyra månader efter det att partnern tillfrisknat
[*] KI = Kontraindikation [**] Hiv: Humant immunbristvirus			

II – **Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan**

11. Den 29 april 2009 nekades Geoffrey Léger av en läkare vid Établissement français du sang (EFS) att lämna blod, med motiveringen att han hade uppgett att han var homosexuell.

12. Läkaren vid EFS stödde sitt beslut på ministerbeslutet, i vilket den omständigheten att en man har haft sexuellt umgänge med en man anges som en permanent kontraindikation för blodgivning.

13. Geoffrey Léger väckte talan vid den hänskjutande domstolen om ogiltigförklaring av läkarens beslut. Han hävdade bland annat att ministerbeslutet, i den del ovannämnda permanenta kontraindikation fastställs där, utgör en överträdelse av direktiv 2004/33, särskilt bilaga II del B[13] och bilaga III.2.1. Ministerbeslutet strider även mot artiklarna 3, 8 och 14 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, vilken undertecknades i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen) och principen om likabehandling.

14. På grund av svårigheter att tolka unionsrätten beslutade Tribunal administratif de Strasbourg att vilandeförklara målet och att genom beslut om hänskjutande, som inkom till domstolens kansli den 8 oktober 2013, ställa följande tolkningsfråga till domstolen med stöd av artikel 267 FEUF:

”Utgör det förhållandet att en man haft sexuellt umgänge med en annan man, med avseende på bilaga III i direktiv [2004/33], i sig ett sexuellt beteende som utsätter vederbörande för en risk att få allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod och som därmed motiverar att avstänga en person med ett sådant sexuellt beteende permanent från blodgivning, eller förhåller det sig så, att ett sådant beteende endast kan utgöra – beroende på omständigheterna i det enskilda fallet – ett sexuellt beteende som utsätter vederbörande för en risk att få allvarliga virussjukdomar som kan överföras via blod och som därmed motiverar att tillfälligt avstänga en sådan person från blodgivning, under en tidsbestämd period efter det att riskbeteendet har upphört?”

III – **Förfarandet vid domstolen**

15. Endast den franska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden till domstolen.

IV – **Bedömning**

A – *Sammanfattning av den franska regeringens argumentering*

16. Enligt den franska regeringen utgör direktiv 2004/33 inte hinder för att en medlemsstat anser att den omständigheten att en man har sexuellt umgänge med en annan man (MSM)[14] utgör ett sexuellt beteende som utsätter vederbörande för en risk att få allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod och som motiverar att vederbörande avstängs permanent från blodgivning.

17. Den franska regeringen har hävdat, för det första, att ett sexuellt beteende som består i att en man har sexuellt umgänge med en annan man i sig utgör ett sexuellt beteende som kan motivera permanent avstängning från blodgivning. Direktiv 2002/98 utgör mer allmänt ett bidrag till inrättandet av en gemensam folkhälsopolitik. Det antogs till följd av att infektionssjukdomar i ett antal fall hade överförts vid blodtransfusioner och syftar till att fastställa höga kvalitets- och säkerhetsnormer genom en samordnad strategi för säkerheten hos blod, vilket är mål som flera gånger upprepas i direktivet. Direktiv 2002/98 antogs på grundval av artikel 152.4 a EG. Dess främsta mål är att skydda

13 — I del B i bilaga II till direktiv 2004/33 anges vilken information blodgivaren ska lämna till inrättningen för blodverksamhet vid varje blodgivning.

14 — Akronymen MSM kommer från det engelska uttrycket ”men having sex with men” (MSM), som började användas av epidemiologer på 1990-talet för att beteckna män som har sexuellt umgänge med andra män, oberoende av deras eventuella sexuella umgänge med kvinnor eller deras bisexuella eller homosexuella identitet på det personliga eller sociala planet (källa: *Guide de terminologie de l’ONUSIDA*, reviderad version, oktober 2011, s. 19).

blodmottagarna och i direktivet betonas därför den omständigheten att donerat blod bör komma från personer vars hälsotillstånd är sådant att de inte skadas till följd av blodgivningen och att risken för överföring av smittsamma sjukdomar minimeras.[15] Urval av blodgivare är ett av de tre sätt på vilka denna risk kan minimeras.[16]

18. I direktiv 2004/33 föreskrivs att personer vars sexuella beteende utsätter dem för en hög risk för allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod ska avstängas permanent från blodgivning, men definieras inte vad som avses med detta begrepp. Samma riskexponering nämns i punkt 2.2.2 i bilaga III i nämnda direktiv, där kriterierna för tillfällig avstängning anges. Överensstämmelsen mellan de olika språkversionerna är bristande. I ett sådant fall ska enligt domstolens fasta rättspraxis direktivets systematik och ändamål beaktas, vilket enligt den franska regeringen är att minimera risken och införa höga säkerhets- och kvalitetsnormer. Mot denna bakgrund bör en övergående risk leda till tillfällig avstängning, medan en högre risk som kan motivera en strängare åtgärd bör leda till permanent avstängning. Eftersom unionens insatser på området ska komplettera medlemsstaternas åtgärder samtidigt som medlemsstaternas ansvar respekteras,[17] ankommer det på medlemsstaterna att bedöma risken mot bakgrund av den epidemiologiska situationen i respektive land.

19. Den franska regeringen har hänvisat till statistikuppgifter som visar att andelen individer med hiv[18] är 65 gånger större i MSM-populationen än i resten av populationen. När det gäller incidensen av hivinfektioner[19] har den angett att av de totalt 6 940 nya fall av infektioner som upptäcktes 2008 återfanns 3 320 i MSM-populationen. Med beaktande av den period under vilken hiv 1- och hiv 2-virus inte kan upptäckas vid screening – 12 respektive 22 dagar – är denna situation mycket problematisk med avseende på blodgivningen. Europarådet bekräftade i sin resolution av den 27 mars 2013[20] att det inom MSM-populationen finns en hög risk att få, och således även att överföra, allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod.

20. Den franska regeringen har hävdat, för det andra, att det mot bakgrund av det ovanstående inte är möjligt att endast tillämpa tillfällig avstängning. Den har påpekat att Europarådet har rekommenderat att en tillfällig kontraindikation ska tillämpas endast när det har fastställts att beteendet i fråga inte innebär en hög risk. Europarådet har vidare gjort en bedömning av hur användning av blod från MSM-populationen inverkar på transfusionssäkerheten och har konstaterat att det innebär en ökad risk för överföring av hiv.[21] Den franska regeringen anser att ”MSM-beteendet” innebär en hög risk som inte är tillfällig, såsom det framgår av ovan angivna statistik. Den har tillagt att den kvarstående risken för hivinfektion – det vill säga förhållandet mellan infekterade blodgivningar och det totala antalet blodgivningar – är 1 potentiellt infekterad blodgivning av 2 900 000 och att hälften av de blodgivningar som är infekterade med hiv kommer från MSM-populationen, inom vilken blodgivningen tenderar att öka trots den permanenta kontraindikationen. Den franska regeringen anser att en övergång från permanent avstängning till tillfällig avstängning skulle sända en felaktig signal till MSM-populationen, vilken för närvarande trots allt till största delen avstänger sig själv från blodtransfusionskedjan, och skulle riskera att göra blodgivningen till ytterligare ett sätt att upptäcka hiv och minska den allmänna debatten om förebyggande av hiv.

15 — Skäl 24 i direktiv 2002/98.

16 — Övriga sätt är testning av blodet från varje blodgivning och behandling av blodet för att inaktivera virus.

17 — Den franska regeringen har hänvisat till artikel 168.7 FEUF.

18 — Det vill säga prevalensen, vilken vanligen definieras som den andel individer som lever med hiv i en population vid en given tidpunkt (källa: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, s. 23).

19 — Det vill säga antalet nya personer i en given population som smittats med hiv under en given tid (källa: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, s. 16).

20 — Resolution CM/Res(2013)3 om blodgivares sexuella beteende som påverkar säkerheten vid transfusioner, vilken antogs av Europarådets ministerkommitté den 27 mars 2013.

21 — Den franska regeringen har på denna punkt hänvisat till den ovannämnda resolutionen CM/Res(2013)3.

21. Den franska regeringen har även hävdat att ett konstaterande om att permanent avstängning av MSM strider mot direktiv 2004/33 skulle frånta punkt 2.1 i bilaga III till direktivet dess ändamålsenliga verkan. Det finns andra sexuella beteenden som innebär en smittorisk,[22] men alla dessa utgör en mindre risk för allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod än MSM-beteendet, såsom det framgår av ovan angivna statistik. Om MSM-beteendet inte uppfyller kraven i punkt 2.1 i bilaga III undrar den franska regeringen vad som behövs för att uppfylla dem. Den franska regeringen har av detta slutit sig till att det enda möjliga är permanent avstängning av MSM-populationen.

22. Den franska regeringen har gjort gällande, för det tredje, att även om punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33 ska tolkas så, att MSM-populationen endast kan omfattas av tillfällig avstängning, kan en medlemsstat alltid tillämpa strängare skyddsåtgärder och fastställa att en så hög smittorisk motiverar permanent avstängning. Den franska regeringen har hänvisat till artiklarna 6 a FEUF och 168.4 a FEUF. I sistnämnda artikel föreskrivs att medlemsstaterna får upprätthålla eller införa strängare skyddsåtgärder, vilket det också erinras om inte endast i skäl 22 utan också i artikel 4.2 i direktiv 2002/98, där det anges att nämnda direktiv inte ska hindra medlemsstaterna från att upprätthålla eller införa strängare skyddsåtgärder som är förenliga med fördraget. Skyddet av människors hälsa och liv ges enligt fast rättspraxis högsta prioritet bland de värden och intressen som skyddas av unionen, och eftersom medlemsstaterna fritt får besluta om skyddsnivån och hur den ska uppnås finns det inget som hindrar att en medlemsstat anser att MSM-populationen ska omfattas av permanent avstängning från blodgivning på grund av den höga risk som givare inom denna population innebär, vilken bekräftas av de epidemiologiska uppgifter som den franska regeringen har lagt fram. En strängare skyddsåtgärd i form av en slutgiltig avstängning är således proportionerlig i förhållande till det legitima mål som eftersträvas.

B – *Bedömning*

23. Det ska först avgöras om den omständigheten att en man har sexuellt umgänge med en annan man utgör ett ”sexuellt riskbeteende” som innebär en hög risk för allvarliga infektionssjukdomar i den mening som avses i punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33.

24. Om så inte är fallet, ska det prövas om en medlemsstat inom ramen för det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna traditionellt tillerkänns inom folkhälsoområdet kan vidta en strängare skyddsåtgärd för att permanent avstänga MSM-populationen från blodgivning.

1. Tolkningen av punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33

a) Punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33 är tillämplig endast vid en hög risk för allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod

25. Tolkningen av det skäl till avstängning som anges i punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33 kan diskuteras desto mer, eftersom, som den franska regeringen har betonat, ett av de skäl till tillfällig avstängning som anges i punkt 2.2.2 i samma bilaga har samma lydelse: ”[p]ersoner vars beteende eller verksamhet *utsätter dem för en risk* för att få allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod”.[23] Lagstiftarens avsikt kan naturligtvis inte ha varit att ett beteende som beskrivs i samma ordalag samtidigt kan leda till både permanent och tillfällig avstängning. Den franska regeringen liksom kommissionen har på denna punkt påpekat den bristande överensstämmelsen mellan de olika språkversionerna av bilaga III till direktiv 2004/33.

22 — Såsom att ha haft oskyddat sexuellt umgänge med en tillfällig partner eller en ny partner under de senaste två månaderna, att ha haft sexuellt umgänge med mer än en partner under de senaste fyra månaderna eller att ha haft sexuellt umgänge med en partner som har haft mer än en partner under de senaste fyra månaderna.

23 — Min kursivering.

26. Enligt de olika språkversionerna ska en risk leda till tillfällig avstängning medan en hög risk ska leda till permanent avstängning, [24] eller också krävs enligt bilaga III att det föreligger en hög risk i båda fallen, [25] eller slutligen, såsom är fallet i den franska versionen av bilagan, anges i båda fallen endast att det ska föreligga en ”risk”, utan närmare preciseringar. [26] Nödvändigheten att tolka unionsrätten enhetligt hindrar att en bestämmelse vid tveksamhet betraktas isolerat. Det krävs tvärtom att bestämmelsen i fråga tolkas mot bakgrund av de olika versionerna på andra officiella språk – en jämförelse som i förevarande fall inte heller är klargörande, såsom det framgår ovan – samt mot bakgrund av den allmänna systematiken i och ändamålet med de föreskrifter i vilka den ingår. [27] Enbart den omständigheten att punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33 i den franska versionen avser personer vilkas sexuella beteende endast utsätter dem för en ”risk” för allvarliga infektionssjukdomar är således inte i sig en tillräcklig faktor för att slutsatsen ska kunna dras att den nationella permanenta avstängningen är förenlig med direktivet.

27. Eftersom direktiv 2004/33 innehåller preciseringar av de tekniska kraven i direktiv 2002/98, har det samma ändamål som det direktivet. Som den franska regeringen har påpekat var ett av lagstiftarens främsta syften med direktiv 2002/98 att förbättra kvaliteten och säkerheten i blodtransfusionskedjan.

28. Direktivet i fråga antogs till följd av att medlemsstaterna hade upptäckt brister i sina system för övervakning av och säkerhet i blodtransfusionskedjan. De överstatliga myndigheterna tog sig därför an frågan både i Europarådet [28] och på unionsnivå. Det var emellertid inte förrän genom direktiv 2002/98, vars rättsliga grund utgörs av artikel 152.4 a EG, i vilken det föreskrivs att det ska beslutas om ”åtgärder för att fastställa höga kvalitets- och säkerhetsstandarder i fråga om … blod”, som unionen fick sin första bindande rättsakt på området. [29] Målet att uppnå kvalitet och säkerhet upprepas flera gånger i direktivet. [30] Det handlar om att förhindra överföring av sjukdomar [31] genom att se till att donerat blod kommer från personer vars hälsotillstånd är sådant att de inte skadas till följd av blodgivningen och att risken för överföring av sjukdomar minimeras, [32] och detta i syfte att stärka allmänhetens tilltro. [33] Samma mål framgår vid en läsning av direktiv 2004/33, [34] vars syfte enligt vad som anges i det direktivet är att garantera en hög hälsoskyddsnivå för människor. [35]

29. Det står således klart att bilagorna till direktiv 2004/33 ska tolkas mot bakgrund av detta syfte. Jag anser vidare att punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33 ska tolkas så, vilket den franska regeringen även har ansett i sina skriftliga inlagor, att personer vars sexuella beteende utsätter dem för en *hög* risk för allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod ska avstängas slutgiltigt från blodgivning. Denna tolkning är lämplig inte endast för att den åtskillnad som unionslagstiftaren gjort mellan, å ena sidan, skälen till tillfällig avstängning och, å andra sidan, skälen till permanent avstängning ska behålla hela sin relevans, men överensstämmer också med målet i direktivet att minimera varje risk för överföring. En hög risk ska således leda till permanent avstängning, medan en mindre, mer begränsad risk endast ska leda till tillfällig avstängning.

24 — Se till exempel den italienska, den grekiska, den engelska och den portugisiska versionen.

25 — Se till exempel den spanska och den tyska versionen.

26 — Ordalydelsen i punkt 2.2.2 i bilaga III till direktiv 2004/33 är oklar på ytterligare en punkt. Medan det i den franska versionen talas om *sexuellt beteende eller yrkesverksamhet*, talas i den spanska och den italienska versionen om *beteende eller sexuell verksamhet*, medan det i den portugisiska versionen endast talas om *beteende eller verksamhet*, utan att det preciseras vilket slag av beteende eller verksamhet som avses, för att endast nämna några av språkversionerna av direktiv 2004/33.

27 — Se den omfattande rättspraxisen, till exempel dom Haasová (C-22/12, EU:C:2013:692, punkt 48 och där angiven rättspraxis) och Drozdovs (C-277/12, EU:C:2013:685, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

28 — Till exempel kan nämnas rekommendation nr R(95) 14 om skydd av blodgivares och blodmottagares hälsa vid blodtransfusion, vilken antogs av Europarådets ministerkommitté den 12 oktober 1995.

29 — Se skäl 3 i direktiv 2002/98. Vad gäller de icke-bindande åtgärder som institutionerna kan vidta, se skälen 6–9 i direktivet i fråga.

30 — Se skälen 1, 3 och 5 samt artikel 1 i direktiv 2002/98.

31 — Skälen 1 och 2 i direktiv 2002/98.

32 — Skäl 24 i direktiv 2002/98.

33 — Skälen 3 och 6 i direktiv 2002/98.

34 — Se bland annat skälen 2 och 4 samt artiklarna 4 och 6 i direktiv 2004/33.

35 — Skäl 1 i direktiv 2004/33.

b) Utgör den omständigheten att en man har haft [36] eller har sexuellt umgänge med en annan man ett ”sexuellt riskbeteende” i den mening som avses i punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33?

30. Även om gränsen mellan tillfällig avstängning och permanent avstängning är lättare att urskilja mot bakgrund av det ovanstående, återstår att avgöra vad som avses med ett ”sexuellt riskbeteende” som innebär en hög smittorisk.

31. De handlingar i målet som har lämnats in till domstolen innehåller inga uppgifter om förarbetena till direktiv 2004/33 som skulle kunna ge en anvisning om vad lagstiftaren avsåg med ”sexuellt riskbeteende” och begreppet definieras inte heller i direktivet. En granskning av dokument från Europarådet ger inte heller någon vägledning, eftersom ministerkommittén begränsat sig till att endast definiera sexuellt riskbeteende som ett ”sexuellt beteende som utsätter de berörda personerna för en risk eller en hög risk för allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod”. [37] Här måste således sunt förnuft användas.

32. Rent bokstavligt är ett beteende det sätt på vilket en person beter sig, hans sätt att uppföra sig; det rör sig om en persons samtliga reaktioner, det vill säga hans uppförande. [38] Begreppet beteende föranleder i princip en subjektiv bedömning, och det sexuella beteendet definieras därför mot bakgrund av den berörda personens sexuella vanor, med andra ord de konkreta omständigheter under vilka det sexuella umgänget i fråga har förekommit.

33. Detta föranleder följande fråga: Är den permanenta avstängningen av MSM-populationen riktad mot en viss sexuell läggning eller är den riktad mot ett faktiskt beteende i egentlig mening?

34. Kriteriet för avstängning utgörs enligt ministerbeslutet av den omständigheten att en man har utövat eller utövar sexuell verksamhet som består i sexuellt umgänge med en man, oberoende av omständigheterna för umgänget, frekvens eller vanor. Kriteriet har naturligtvis inte uttryckligen och direkt utformats på grundval av sexuell läggning, eftersom MSM-kategorin inte officiellt definieras utifrån en sexuell läggning. [39] Men detta kriterium uppställer ändå en sorts presumtion som inte kan motbevisas, nämligen att ett MSM-förhållande nödvändigtvis och systematiskt innebär en hög smittorisk. I praktiken avstängs så gott som hela den manliga homosexuella och bisexuella populationen från blodgivning för all framtid enbart på grund av det skälet att dessa män har haft eller har sexuellt umgänge med en annan man. [40]

35. Enligt min mening är det nationella kriteriet alltför brett och allmänt utformat, medan begreppet ”sexuellt riskbeteende” som använts av unionslagstiftaren däremot förutsätter att det identifieras ett uppförande och ett visst förhållningssätt som utsätter blodgivaren för en hög smittorisk. Kommissionen har dessutom redan tidigare betonat att begreppet ”sexuellt beteende” i direktiv 2004/33 inte ska förstås som en synonym till ”sexuell läggning”. [41]

36. Att konstatera att punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33 kräver att personer vilka närmare har fastställts ha ett visst beteende som har utsatt dem eller utsätter dem för en hög risk ska avstängas från blodgivning för all framtid, men att den inte föranleder en så allmän avstängning som den som föreskrivs i ministerbeslutet, innebär tvärtemot vad den franska regeringen har hävdat inte att

36 — Enligt ordalydelsen i frågeformuläret.

37 — Se bilaga 1 till den ovannämnda resolutionen CM/Res(2013) 3.

38 — Enligt definitionen i *Le petit Larousse illustré*, utgiven 2011, Larousse, Paris.

39 — Se definitionen av akronymen MSM ovan i fotnot 16 och tredje skälet i den ovannämnda resolutionen CM/Res(2013)3.

40 — Hypotesen i kommissionens skriftliga inlagor att en del av den manliga homosexuella eller bisexuella populationen avstår helt från sex och således bör tillåtas ge blod är enligt min mening av så marginell betydelse att den inte behöver beaktas inom ramen för detta resonemang.

41 — Se kommissionens svar av den 17 augusti 2011 på parlamentets fråga för skriftligt besvarande av den 1 juli 2011 (E-006484/2011).

punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33 fråntas sin ändamålsenliga verka. Det är förvisso riktigt att ett sådant konstaterande förutsätter att kriterierna för permanent avstängning anges närmare. Till exempel skulle permanent avstängning av sexarbetare [42] kunna övervägas, vilka enligt min mening uppfyller villkoren i punkt 2.1 i bilagan.

37. Av det ovanstående följer att punkt 2.1 i bilaga III till direktiv 2004/33 ska tolkas så, att enbart den omständigheten att en man har haft eller har sexuellt umgänge med en annan man inte i sig ensam utgör ett sexuellt beteende som utsätter honom för en hög risk för allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod.

2. Medlemsstaternas utrymme för skönsmässiga bedömningar enligt direktiv 2004/33 och deras möjlighet att upprätthålla eller införa strängare skyddsåtgärder

a) Iakttagandet av fördragets bestämmelser som en gräns för utövandet av de nationella befogenheterna

38. Som jag har angett ovan antogs direktiv 2002/98, avseende vilket de tekniska kraven fastställs i direktiv 2004/33, med artikel 152.4 a EG som rättslig grund, i vilken det anges på vilka villkor rådet får bidra till uppnåendet av vissa mål, framför allt målet att besluta om ”åtgärder för att fastställa höga kvalitets- och säkerhetsstandarder … för blod och blodderivat”. I led a i nämnda artikel anges att ”dessa åtgärder skall inte hindra någon medlemsstat från att upprätthålla eller införa strängare skyddsåtgärder”. [43] I artikel 152.5 EG bekräftas att gemenskapens åtgärder inom området folkhälsa fullt ut ska respektera medlemsstaternas ansvar och att särskilt ”får inte de åtgärder som avses i punkt 4 a påverka nationella bestämmelser om donation … av blod”. [44]

39. Även om man av det ovanstående måste dra slutsatsen att gemenskapens respektive unionens åtgärder endast får vara kompletterande, stimulerande eller samordnande, men absolut inte får vara harmoniserande, ska det påpekas att domstolen aldrig har tolkat dessa bestämmelser så, att nationella åtgärder kan undgå all prövning av huruvida de är förenliga med unionsrätten.

40. På området för social trygghet har domstolen konstaterat att ”[d]et är visserligen fastslaget att unionsrätten inte inkräktar på medlemsstaternas befogenhet att utforma sina system för social trygghet. I avsaknad av harmonisering på unionsnivå ankommer det följaktligen på lagstiftaren i varje medlemsstat att bestämma villkoren för beviljande av sociala trygghetsförmåner … I artikel 152.5 EG anges dessutom att när unionen handlar på folkhälsoområdet ska den fullt ut respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård. Medlemsstaterna är vid utövandet av denna befogenhet emellertid skyldiga att iaktta unionsrätten, bland annat bestämmelserna om frihet att tillhandahålla tjänster … Domstolen har redan fastställt att artikel 152.5 EG inte utesluter att medlemsstaterna har en skyldighet enligt andra bestämmelser i fördraget … att anpassa sina nationella system för social trygghet, *utan att det för den skull kan anses att deras suveräna befogenhet på området träds förnär.*” [45]

42 — Permanent avstängning av sexarbetare har redan övervägts av Europeiska unionens råd i dess rekommendation av den 29 juni 1998 om blod- och plasmagivares lämplighet och screening av donerat blod inom Europeiska gemenskapen (EGT L 203, s. 14: se särskilt bilaga II, punkt C, 1, till nämnda rekommendation) och av Europarådets ministerkommitté, bland annat i tredje skälet i den ovannämnda resolutionen CM/Res(2013)3.

43 — Nu artikel 168.4 a FEUF.

44 — För motsvarande bestämmelse se nuvarande artikel 168.7 FEUF.

45 — Dom kommissionen/Portugal (C-255/09, EU:C:2011:695, punkterna 47–49 och där angiven rättspraxis). Min kursivering. Domstolen instämde således i generaladvokatens synsätt i förslaget i det målet att ”Republiken Portugal inte med framgång [kunde] åberopa sin behörighet enligt fördraget att organisera och tillhandahålla hälso- och sjukvård inom landets territorium för att undandra sig de skyldigheter som nämnda stat [hade] ålagts enligt unionens övriga primärrätt”. Se punkt 64 i generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande (EU:C:2011:246).

41. Domstolen bör även, med nödvändiga anpassningar, slå fast att den omständigheten att medlemsstaterna måste iaktta fördragets bestämmelser vid utövandet av de andra nationella befogenheter som avses i artikel 152.5 EG inte inkräktar på medlemsstaternas suveräna befogenhet på området. Den avslutande preciseringen i nämnda artikel som särskilt avser blodgivning förefaller inte utgöra något hinder för detta.

42. I fråga om nationell lagstiftning som syftade till att säkerställa en frivillig och obetald blodgivning och som föreföll innehålla strängare skyddsåtgärder än föreskrifterna i direktiv 2002/98 [46] begränsade domstolen således inte sin prövning med anledning av att den nationella lagstiftningen omfattades av tillämpningsområdet för artikel 152.5 EG. Domstolen prövade tvärtom huruvida nämnda lagstiftning var förenlig med andra bestämmelser i fördraget, i förevarande fall bestämmelserna om fri rörlighet för varor. Den slog dessutom fast att artikel 28 EG jämförd med artikel 30 EG utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken import av blod eller blodkomponenter från en annan medlemsstat endast är tillåten under den förutsättningen, som även gäller för inhemska produkter, att den blodgivning som dessa produkter härrör från har varit obetald och att blodgivarna inte har fått någon ersättning för sina utlägg för blodgivningen. [47]

43. Det ska slutligen påpekas att den omständigheten att iakttagandet av bestämmelserna i fördraget utgör en naturlig gräns för utövandet av de nationella befogenheterna bekräftas av artikel 4.2 första stycket i direktiv 2002/98, där det anges att ”[d]etta direktiv skall inte hindra någon medlemsstat från att inom sitt territorium upprätthålla eller införa strängare skyddsåtgärder *som är förenliga med fördraget*”, [48] och har inte heller bestritts av vare sig den franska regeringen [49] eller kommissionen [50].

b) Ministerbeslutet innebär indirekt diskriminering på grund av såväl kön som sexuell läggning

44. Eftersom medlemsstaternas frihet upphör när iakttagandet av unionens primärrätt hotas, ska jag endast påpeka att det genom ministerbeslutet, i vilket det föreskrivs att alla män som har haft eller har sexuellt umgänge med en annan man ska avstängas slutgiltigt från blodgivning, har införts en uppbenbar indirekt diskriminering [51] i systemet för urval av blodgivare, vilken innebär olika behandling dels på grund av kön, eftersom kriteriet i fråga endast avser män, dels på grund av sexuell läggning, eftersom kriteriet i fråga nästan uteslutande avser homosexuella och bisexuella män.

45. Även om det i rekommendation R(95)14 erinras om betydelsen av att ett lämpligt system för urval av givare införs som inte ger någon möjlighet till diskriminering, erkänns i den ovannämnda resolutionen CM/Res(2013)3 att avstängning av MSM-populationen, det vill säga en hel befolkningskategori, måste godtas, eftersom de tillgängliga statistikuppgifterna inte kan göras mer detaljerade så att de visar individuellt risktagande. I statistiken ställs vanligen MSM-populationen mot den heterosexuella populationen. Begreppet MSM har såväl hos allmänheten som i forskarvärlden

46 — Strängare skyddsåtgärder tillåts enligt artikel 4.2 andra stycket i direktiv 2002/98.

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

48 — Min kursivering.

49 — Se punkt 90 i dess skriftliga yttranden.

50 — Se kommissionens svar av den 1 april 2009 på parlamentets fråga nr E-910/2009 (i vilket det hänvisas till proportionalitetsprincipen) och av den 17 augusti 2011 på parlamentets fråga nr E-006484/2011 (där det bland annat hänvisas till artikel 21 i Europeiska unionens stadga för de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) (EUT 2007, C 303, s. 1)).

51 — Det är litet tveksamt om detta är rätt kvalificering. Domstolen har åtminstone två gånger konstaterat att det förelåg direkt diskriminering på grund av sexuell läggning, se dom Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) och dom Hay (C-267/12, EU:C:2013:823). I det förstnämnda fallet rörde det sig om nationell lagstiftning enligt vilken efterlevandepension endast kunde utbetalas till änkor/änklingar, vilket innebar att endast gifta personer hade rätt till denna pension, eftersom personer av samma kön inte hade rätt att gifta sig. I det andra fallet rörde det sig om ett kollektivavtal som gav rätt till ledighet och utbetalning av ett engångsbelopp vid ingående av äktenskap, men som inte innehöll motsvarande rättigheter för personer som ingick ett registrerat partnerskap, vilket var den enda möjliga formen av partnerskap för personer av samma kön. I båda dessa fall avsåg emellertid den mindre förmånliga behandlingen, till skillnad från den avstängning som avses i målet vid den nationella domstolen, hela det homosexuella samfundet, såväl män som kvinnor.

blivit synonymt med ”homosexuell” eller ”bisexuell”.[52] Gruppen homosexuella och bisexuella män är slutgiltigt avstängd från blodgivning: den utsätts således för diskriminering. Unionen eftersträvar emellertid att bekämpa diskriminering på grund av kön och sexuell läggning, såsom det framgår av både före detta artikel 13 EG och nuvarande artikel 19 FEUF samt av artikel 21 i stadgan.[53]

46. Det skulle kunna invändas att varje urvalsmekanism är diskriminerande till sin natur. Emellertid är det viktigt att försäkra sig om att alla skillnader i behandling är väl motiverade och proportionerliga.

c) Är skillnaden i behandling motiverad och proportionerlig?

47. Domstolen har upprepade gånger konstaterat att ”människors hälsa och liv ges högsta prioritet bland de värden och intressen som åtnjuter skydd enligt fördraget”.[54] Eftersom ministerbeslutet, genom vilket MSM-populationen fullständigt och permanent avstängs från blodgivning, utgör en strängare skyddsåtgärd i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 2002/98, kan det inte bestridas att det syftar till att uppnå ett legitimt mål, det vill säga att minimera smittoriskerna för blodmottagarna och därigenom bidra till det allmänna målet att säkerställa en hög hälsoskyddsnivå för människor, vilket föreskrivs i både artikel 168.1 FEUF och artikel 35 i stadgan.

48. Även om de föreskrifter som avses i målet vid den nationella domstolen syftar till att uppnå ett legitimt mål, måste det också prövas om proportionalitetsprincipen har iakttagits, det vill säga om föreskrifterna är ändamålsenliga och nödvändiga för att uppnå det eftersträvade målet. När det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan ska den åtgärd väljas som är minst ingripande och de vållade olägenheterna får inte vara orimliga i förhållande till de eftersträvade målen.[55]

49. Det ska för det första påpekas att den permanenta avstängningen av MSM-populationen faktiskt syftar till att uppnå det legitima mål som eftersträvas.

50. När det, för det andra, gäller de vållade olägenheterna, bör dessa anses vara relativt uthärdliga mot bakgrund av det som står på spel, eftersom känslan av att utestängas av skäl som rör privatlivet måste vägas mot det överordnade intresset att skydda blodmottagarnas hälsa. Jag kan förstå att avvisandet av den gest av generositet och solidaritet som blodgivning utgör kan mötas av oförståelse hos de personer som avvisas, men man måste inse att blodgivning i sig inte är en rättighet och att dess universalitet aldrig har erkänts, eftersom blodgivarna är föremål för ett urval och därvid måste uppfylla ett antal villkor, samt att det i alla händelser är hälsomyndigheterna som har sista ordet, eftersom dessa ensamma tar hela det omedelbara ansvaret för sina beslut.[56]

52 — Förutom de uppgifter som har lämnats av den franska regeringen, se även ”VIH/sida en France: données de surveillance et études”, *Bulletin épidémiologique hebdomadaire* av den 1 december 2012, nr 46–47, s. 523 (kan laddas ner från www.invs.sante.fr) eller grafiken från Institut français de veille sanitaire över antalet upptäckta fall av hivseropositiva personer per smittosätt och födelseland åren 2003–2011 (finns på internetadressen 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 — EUT C 303, 2007, s. 1. Det ska även påpekas att generaladvokaten Jääskinen i sitt förslag till avgörande i målet Römer (C-147/08, EU:C:2010:425) efter en bedömning som jag delar fullständigt föreslog att domstolen skulle slå fast att förbudet mot diskriminering på grund av sexuell läggning utgör en allmän rättsprincip (se punkt 122 och följande punkter). I domen (C-147/08, EU:C:2011:286) kunde domstolen emellertid besvara tolkningsfrågorna utan att ta ställning i denna fråga. Kanske är det nu rätt tid att ta ställning, med beaktande av att det ministerbeslut som avses i målet vid den nationella domstolen antogs i januari 2009, det vill säga innan Lissabonfördraget trädde i kraft och således innan stadgan blev bindande.

54 — Dom Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93, punkt 32 och där angiven rättspraxis). Se även dom Humanplasma (EU:C:2010:760, punkt 32).

55 — Se dom Müller Fleisch (EU:C:2010:93, punkt 43).

56 — Se punkt 4.1 i resolution CM/Res(2008)5 om blodgivares ansvar och om begränsning vad gäller blodgivning och blodkomponenter, vilken har antagits av Europarådets ministerkommitté och där det rekommenderas att det ska säkerställas att inrättningarna för blodverksamhet utövar sitt slutliga ansvar för blodkvaliteten och att de ”ska vara ansvariga för det slutliga beslutet att godkänna eller avstänga blodgivare på grundval av en riskbedömning som baserar sig på regelbundet uppdaterade epidemiologiska data och med hänsyn till blodmottagarnas rätt till skydd för hälsan och den därav följande skyldigheten att minska risken för överföring av infektionssjukdomar. Dessa rättigheter och skyldigheter har prioritet framom alla andra hänsyn, *inbegripet individens önskan att lämna blod*” (min kursivering).

51. Vid bedömning av om proportionalitetsprincipen har iakttagits på folkhälsoområdet ska, för det tredje, ”hänsyn tas till att varje medlemsstat kan bestämma på vilken nivå den önskar säkerställa skyddet för folkhälsan och hur denna nivå ska uppnås. Eftersom denna nivå kan variera mellan medlemsstaterna har dessa ett utrymme för skönsmässig bedömning härvidlag”. [57] Det förhållandet att en medlemsstat tillämpar bestämmelser som är mindre stränga än dem som tillämpas av en annan medlemsstat innebär inte att de sistnämnda är oproportionerliga. [58]

52. Rent konkret innebär detta att den omständigheten att Spanien, Italien, Slovakien, Finland och Förenade kungariket inte systematiskt eller slutgiltigt avstänger MSM-populationen från blodgivning [59] inte ska beaktas när det gäller att avgöra huruvida den franska regeringen bör anta en åtgärd som inte i lika stor utsträckning åsidosätter principen om likabehandling, men genom vilken samma resultat kan uppnås. Detta gäller desto mer eftersom risknivån mellan medlemsstaterna inte är enhetlig. Medlemsstaternas epidemiologiska situation bland annat vad gäller hivinfektioner skiljer sig mycket från varandra och Frankrike har en särskilt hög prevalens för hiv i sin MSM-population. [60]

53. För att avgöra huruvida den permanenta avstängning som föreskrivs i ministerbeslutet går utöver vad som är nödvändigt måste den hänskjutande domstolen pröva ett antal frågor som domstolen inte kan pröva på grundval av de handlingar i målet som lämnats in till den.

54. Den hänskjutande domstolen måste, för det första, ta hänsyn till den särskilda epidemiologiska situationen i Frankrike, varvid den måste försäkra sig om att de ingivna statistikuppgifterna är aktuella, [61] representativa och tillförlitliga.

55. För det andra måste den kontrollera ett antal uppgifter avseende hälsoskyddstekniken.

56. Den franska regeringen har nästan uteslutande grundat sin argumentering på den risk för hiv som MSM-populationen utsätts för. Om den permanenta avstängningen huvudsakligen motiveras av den risk som blodmottagaren utsätts för på grund av den period under vilken hivvirus inte kan upptäckas, ska det påpekas att den franska regeringen har uppgett att den längsta perioden – avseende hiv 2-virus – uppskattas till 22 dagar. Om jag inte misstar mig, förvaras donerat blod som längst omkring 45 dagar. För donerat blod som kommer från MSM-populationen skulle en systematisk karantän under en 22-dagarsperiod innan blodet testas objektivt sett kunna vara en lösning som gör det möjligt att på bästa sätt uppnå det eftersträvade målet.

57. Den hänskjutande domstolen bör därför undersöka huruvida en sådan karantän vore ekonomiskt godtagbar och vetenskapligt genomförbar för alla blodkomponenter eller en del av dem. Den bör även kontrollera att en sådan karantän inte hindrar att blodtransfusionskedjan fungerar väl. För att göra detta kan den till exempel använda sig av slutsatserna i den rapport om blodsektorn som 2013 överlämnades till Ministre des affaires sociales et de la santé av Olivier Véran, medlem av den franska nationalförsamlingen (nedan kallad Véranrapporten), i vilken det anges att ”experterna är eniga om att

57 — Dom Humanplasma (EU:C:2010:760, punkt 39) och Venturini m.fl. (C-159/12 till C-161/12, EU:C:2013:791, punkt 59 och där angiven rättspraxis).

58 — Dom Müller Fleisch (EU:C:2010:93, punkt 45 och där angiven rättspraxis) och Humanplasma (EU:C:2010:760, punkt 40).

59 — I Spanien och Italien tillämpas endast tillfällig avstängning i det fallet att en person har flera partner eller har bytt partner, oberoende av förbindelsens karaktär (den ändring som gjorts av lagstiftningen under förfarandet vid Europadomstolen har för övrigt möjliggjort för nämnda domstol att undvika pröva huruvida det var förenligt med Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, att utestänga homosexuella från blodgivning; se Europadomstolen, dom Tosto/Italien, den 15 oktober 2002, ansökan nr 49821/99). Slovakien (enligt vad som framgår av parlamentets fråga nr E-0910/09 av den 17 februari 2009) liksom mer nyligen Finland och Förenade kungariket har valt att tillämpa avstängning under tolv månader för män som uppger att de har haft sexuellt umgänge med en annan man.

60 — Enligt de uppgifter som har lämnats av den franska regeringen, vilka förefaller bekräftas av den särskilda rapporten *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* (se särskilt sidorna 4 och 5 samt bilaga 2), som har sammanställts av Europeiskt centrum för förebyggande och kontroll av sjukdomar, vilket inrättades genom Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 851/2004 av den 21 april 2004 (EUT L 142, s. 1).

61 — Dom Frankrike/kommissionen (C-601/11 P, EU:C:2013:465, punkt 136).

i samband med virusscreening skulle en systematisk karantän för plasma göra det möjligt att undanröja varje risk för överföring av virus”.[62] För att skydda blodmottagarnas hälsa förefaller en sådan lösning vara optimal. Dels undanröjer den problemet med den känsla av diskriminering som personer i MSM-populationen kan uppleva och som kan få dem att inte svara uppriktigt på frågorna i frågeformuläret, dels behandlas all blodgivning på samma sätt om den period under vilken viruset inte kan upptäckas får förflyta innan blodet testas, vilket leder avsevärt närmare ett läge där risken är noll. Det ska påpekas att den franska regeringen inte har nämnt denna rapport i sina yttranden, trots att de avgavs efter det att rapporten hade överlämnats.

58. Det finns även en viss tveksamhet vad gäller logiken bakom den permanenta avstängningen. Enligt den permanenta kontraindikation som fastställs i ministerbeslutet och enligt en läsning av ministerbeslutet tillsammans med ovannämnda frågeformulär[63] innebär den omständigheten att en man åtminstone en gång i sitt liv har haft sexuellt umgänge med en annan man – om så för tio år sedan – att han avstängs slutgiltigt från blodgivning. Av detta måste slutsatsen dras att det saknar betydelse om riskbeteendet förekommit nyligen, trots att det eftersom all blodgivning testas för hiv i praktiken är den period under vilken hivvirus inte kan upptäckas som utgör den mest kritiska perioden och under vilken mottagarna utsätts för störst risk.[64] Om det huvudsakliga skälet till den permanenta avstängningen är den period under vilken hivvirus inte kan upptäckas, vore det mer ändamålsenligt att tillämpa en tillfällig avstängning som bestäms utifrån när det senaste umgänget ägde rum.

59. Man kan även undra över skälen till att det inte finns någon särskild kontraindikation avseende kvinnor som har en partner som tillhör MSM-populationen. Vidare omfattas en person vars partner är seropositiv av en tillfällig kontraindikation under fyra månader. Det kan tänkas att ett sådant par iakttar större försiktighet, men det kan även anses att det i ett sådant fall finns en reell riskexponering, medan riskexponeringen inte kan fastställas med lika stor säkerhet avseende MSM-populationen utan att först granska de individuella vanorna. Slutligen måste den omständigheten att en man som en enda gång i sitt liv eller vid ett fåtal tillfällen har haft skyddat homosexuellt umgänge ska avstängas slutgiltigt ställas mot den omständigheten att en heterosexuell person som regelbundet har oskyddat sexuellt umgänge endast omfattas av en tillfällig kontraindikation. Kan enbart tillhörigheten till MSM-populationen motivera en slutgiltig avstängning i ett sådant fall?

60. För att återkomma till statistiken ska det påpekas att under 2011 upptäcktes 2 400 seropositiva fall i MSM-populationen. Samma år smittades 3 500 personer vid heterosexuellt umgänge, varav 2 400 var födda utomlands.[65] Den hänskjutande domstolen bör försöka klargöra skälen till att denna kategori av givare inte omfattas av någon kontraindikation i det ministerbeslut som avses i målet vid den nationella domstolen.[66]

62 — Se sida 35 i rapporten.

63 — Se ovan punkt 9.

64 — I artikel 20 i rekommendation nr R(95) 14 från Europarådets ministerkommitté anges att ”[a]vstängning (tillfällig eller slutgiltig, beroende på det särskilda fallet) bör tillämpas vad gäller personer som tillhör kategorier vilka på grund av sin sjukdomshistoria eller *nuvarande* verksamhet och beteende innebär en risk för överföring av infektionssjukdomar” (min kursivering).

65 — Källa: Ovannämnda grafik från Institut français de veille sanitaire över antalet upptäckta fall av hivseropositiva personer per smittosätt och födelseland åren 2003–2011. Det rör sig främst om personer födda i Afrika söder om Sahara (77 %) och kvinnor (58 %).

66 — Det står klart att eftersom MSM-populationen är mycket mindre till antalet än den heterosexuella populationen, är andelen smittade proportionellt högre hos denna population och det är inte det som jag vill ifrågasätta här. Men det kan inte heller förnekas att heterosexuella personer som är födda utomlands proportionellt utgör en kategori som är särskilt utsatt för risken att få hiv, utan att de för den skull, enligt vad som framgår av ministerbeslutet, är föremål för särskilda försiktighetsåtgärder.

61. Slutligen, och kanske framför allt, skulle frågeformuläret kunna omarbetas så att det kan användas för att identifiera riskbeteenden i MSM-populationen på samma sätt som det på ett, som det verkar, tillfredsställande sätt gör avseende den övriga givarpopulationen. Mer riktade frågor om hur lång tid som förflutit sedan det senaste umgänget, antalet partner, typ av umgänge, skyddat/oskyddat umgänge, frekventering av barer, klubbar och liknande ställen – skulle inte möjliggöra identifiering av den sexuella läggningen, men skulle göra det möjligt att utvärdera den individuella risknivån för varje givare på grundval av det personliga sexuella beteendet. [67]

62. Av det anförda följer att det ankommer på den hänskjutande domstolen att undersöka huruvida den franska regeringen, när den permanent avstängde män som har haft eller har sexuellt umgänge med andra män från blodgivning, utövade det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna traditionellt tillerkänns inom folkhälsoområdet på ett sätt som är förenligt med principen om förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning och särskilt proportionalitetsprincipen. Vid kontrollen av att åtgärden för slutgiltig avstängning inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det legitima målet att skydda blodmottagarnas hälsa ankommer det på den hänskjutande domstolen att bland annat försäkra sig om, för det första, att den beskrivning av den särskilda epidemiologiska situationen i Frankrike som har lagts fram för domstolen vilar på tillförlitlig, representativ och aktuell statistik, och, för det andra, att det i ljuset av aktuella vetenskapliga rön inte är möjligt att, utan att ålägga blodtransfusionskedjan en alltför stora börda, vidta åtgärder för karantän av donerat blod i väntan på att den period under vilken hivvirus inte kan upptäckas har förflutit. Slutligen ankommer det även på den hänskjutande domstolen att undersöka de eventuella skälen till att en utvärdering av det individuella risktagandet med hjälp av ett eventuellt omarbetat frågeformulär och ett individuellt samtal med hälsopersonalen i syfte att identifiera om blodgivaren har ett sexuellt ”riskbeteende” inte skulle vara lämplig för att på ett tillfredsställande sätt skydda mottagarna när det donerade blodet kommer från män som har haft eller har sexuellt umgänge med en man, trots att en sådan utvärdering tillämpas avseende den övriga populationen.

V – **Förslag till avgörande**

63. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den fråga som ställts av Tribunal administratif de Strasbourg på följande sätt: Punkt 2.1 i bilaga III till kommissionens direktiv 2004/33/EG av den 22 mars 2004 om genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/98/EG i fråga om vissa tekniska krav på blod och blodkomponenter ska tolkas så, att enbart den omständigheten att en man har haft eller för närvarande har sexuellt umgänge med en annan man inte i sig ensam utgör ett sexuellt beteende som utsätter honom för en hög risk för allvarliga infektionssjukdomar som kan överföras via blod. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att undersöka huruvida den franska regeringen, när den permanent avstängde män som har haft eller har sexuellt umgänge med andra män från blodgivning, utövade det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna traditionellt tillerkänns inom folkhälsoområdet på ett sätt som är förenligt med principen om förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning och särskilt proportionalitetsprincipen. Vid kontrollen av att åtgärden för slutgiltig avstängning inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det legitima målet att skydda blodmottagarnas hälsa ankommer det på den hänskjutande domstolen att bland annat försäkra sig om, för det första, att den beskrivning av den särskilda epidemiologiska situationen i Frankrike som har lagts fram för domstolen vilar på tillförlitlig, representativ och aktuell statistik, och, för det andra, att det i ljuset av aktuella vetenskapliga rön inte är möjligt att, utan att ålägga blodtransfusionskedjan en alltför stora börda, vidta åtgärder för karantän av donerat blod i väntan på att den period under vilken hivvirus inte kan upptäckas har förflutit. Slutligen ankommer det även på den hänskjutande domstolen att undersöka de eventuella skälen till att en utvärdering av det individuella risktagandet med hjälp av ett eventuellt

67 — Även detta är en rekommendation som lades fram i den ovannämnda Véranrapporten, se s. 36 i rapporten.

omarbetat frågeformulär och ett individuellt samtal med hälsopersonalen i syfte att identifiera om blodgivaren har ett sexuellt ”riskbeteende” inte skulle vara lämplig för att på ett tillfredsställande sätt skydda mottagarna när det donerade blodet kommer från män som har haft eller har sexuellt umgänge med en man, trots att en sådan utvärdering tillämpas avseende den övriga populationen.