

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/149961>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-18 and may be subject to change.

# Uitsluiting van homoseksuele mannen als bloeddonor: het arrest *Léger* en de Nederlandse praktijk

Prof. mr. J.C.J. Dute en mr. A. Swarte\*

Verscheidende lidstaten, waaronder Nederland en Frankrijk, sluiten mannen die seksueel contact hebben (gehad) met mannen (MSM) levenslang uit als bloeddonor. Het Hof van Justitie heeft zich op 29 april 2015 uitgesproken over deze permanente uitsluiting van MSM en heeft voorwaarden geformuleerd waaraan in dat geval moet zijn voldaan.

*HvJ 29 april 2015, zaak C-528/13, Geoffrey Léger/Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, en Établissement français du sang, ECLI:EU:C:2015:288*

## Inleiding

De voorwaarden waaronder iemand bloed kan donoren zijn Europeesrechtelijk geregeld. Volgens Richtlijn 2004/33/EG moeten ‘personen die als gevolg van hun seksueel gedrag een groot risico hebben op ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten (...) permanent worden uitgesloten’ als bloeddonor.<sup>1</sup> Het is aan de lidstaten om hieraan nadere invulling te geven. De meeste lidstaten sluiten mannen die seksueel contact hebben (gehad) met mannen (hierna: MSM) permanent (dat wil zeggen: levenslang) uit, omdat zij in vergelijking met vrouwen en heteroseksuele mannen een hoger risico hebben op bloedoverdraagbare infectieziekten (met name hiv en hepatitis). Een aantal landen sluit MSM alleen tijdelijk

uit, dat wil zeggen voor een bepaalde periode na het laatste seksuele contact.<sup>2</sup>

Voordat iemand bloed kan donoren vindt een keuring plaats. In dat kader moet de aspirant-donor een vragenlijst invullen om het risico op bloedoverdraagbare infectieziekten in kaart te brengen. Daarnaast wordt na iedere donatie het bloed getest. Voor hiv is de test niet honderd procent betrouwbaar vanwege de zogenoemde ‘*windowperiode*’: de periode (van ongeveer twaalf dagen na besmetting) waarin hiv nog niet in het bloed kan worden gedetecteerd. De combinatie van het niet conform de waarheid invullen van de vragenlijst (*non-compliance*) en een bloeddonatie in de *windowperiode* kan ertoe leiden dat besmet bloed in de bloedpool terecht komt.

Het Hof van Justitie heeft zich nu, in de zaak *Léger*, voor het eerst uitgelaten over de permanente uitsluiting van MSM als bloeddonor. Aanleiding was de vraag van een Franse rechter of de permanente uitsluiting van MSM in zijn land in overeenstemming is met Richtlijn 2004/33/EG. Het Hof van Justitie geeft eerst uitleg aan de criteria voor permanente en tijdelijke uitsluiting van MSM als bloeddonor, zoals genoemd in Bijlage III van Richtlijn 2004/33/EG, en vervolgens aan artikel 21 lid 1 Handvest van de grondrechten van de EU (hierna: Handvest of Hv) waarin het verbod van discriminatie is neergelegd.

Ten tijde van de behandeling van de zaak *Léger* door het Hof van Justitie is aan het (Nederlandse) College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) eveneens gevraagd zich uit te spreken over de permanente uitsluiting van MSM als bloeddonor. Het College oordeelde dat stichting Sanquin Bloedvoorziening (hierna: Sanquin), verantwoordelijk voor de bloedvoorziening in Nederland, verboden onderscheid op grond van seksuele gerichtheid maakt door MSM permanent uit te slui-

261

\* Prof. mr. J.C.J. (Jos) Dute is lid van het College voor de Rechten van de Mens en hoogleraar gezondheidsrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel. Mr. A. (Annejet) Swarte is stafjurist bij het College voor de Rechten van de Mens. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1. Punt 2.1 van Bijlage III van Richtlijn 2004/33/EG.

2. <[www.sanquin.nl/repository/documenten/nl/over-sanquin/faq/Overzicht\\_MSM-beleid\\_in\\_Europa\\_2014.pdf](http://www.sanquin.nl/repository/documenten/nl/over-sanquin/faq/Overzicht_MSM-beleid_in_Europa_2014.pdf)>.

ten.<sup>3</sup> Kort daarna deed het Hof van Justitie uitspraak. In deze bijdrage staat het arrest *Léger* van het Hof van Justitie over de permanente uitsluiting van MSM als bloed-donor centraal. Eerst wordt ingegaan op de toepasselijkheid van het EU-recht op bloeddonatie. Vervolgens wordt het arrest geanalyseerd en daarna becommentarieerd. In dat commentaar wordt ook het oordeel van het College betrokken. Met een korte slotbeschouwing wordt deze bijdrage afgesloten.

## EU-recht en bloeddonatie

Tot 1993 hadden de organen van de EU geen specifieke bevoegdheden op het terrein van gezondheid en gezondheidszorg, behalve dan dat de volksgezondheid een uitzondering kon rechtvaardigen op de bepalingen inzake het vrije verkeer. De verwezenlijking van de interne markt had echter tot gevolg dat de EU zich geregeld op dit terrein begaf (en nog steeds begeeft). Zo heeft de vestigingsvrijheid geleid tot een regeling voor de onderlinge erkenning van kwalificaties van een aantal medische beroepen. Ten aanzien van geneesmiddelen en medische hulpmiddelen – goederen in de zin van de VWEU – is inmiddels uitgebreide EU-regelgeving tot stand gekomen. Voor het verkrijgen van zorg in een andere lidstaat zijn Verordening (EG) nr. 883/2004 en de Richtlijn patiëntenrechten bij grensoverschrijdende zorg tot stand gebracht.<sup>4</sup> Ook in beleidsmatige en coördinerende zin betrad de EU met enige regelmaat het terrein van de (bescherming van de) gezondheid.<sup>5</sup>

Een belangrijke stap werd gezet in 1993, toen als gevolg van het Verdrag van Maastricht het volksgezondheidsbeleid een zelfstandig element van het Unierecht werd. Volgens artikel 129 van het toenmalige EG-Verdrag moest worden gestreefd naar een hoog niveau van bescherming van de gezondheid. Harmonisatie van wetgeving was evenwel uitgesloten. Dat veranderde door het Verdrag van Amsterdam (1997), waarbij artikel 129 EG-Verdrag werd vernummerd tot artikel 152 EG-Verdrag (nieuw), en het Verdrag van Lissabon (2009), dat artikel 152 EG-Verdrag (nieuw) verving door (het huidige) artikel 168 VWEU. Harmonisatie is mogelijk ten aanzien van de kwaliteit en veiligheid van menselijke organen en stoffen, bloed en bloedderivaten, en genees- en hulpmiddelen. Voorts dient bij elk optreden van de EU een hoog niveau van gezondheid te zijn verzekerd.

Op basis van het toenmalige artikel 152 EG-Verdrag (nieuw) is Richtlijn 2002/98/EG (ook wel genoemd: de

Richtlijn bloed) tot stand gekomen.<sup>6</sup> Deze richtlijn voorziet in kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het verzamelen, testen, bewerken, opslaan en distribueren van bloed en bloedbestanddelen. De Richtlijn bloed beoogt te waarborgen dat de kwaliteit en veiligheid van bloed en bloedbestanddelen in de hele bloedtransfusieketen in alle lidstaten op een vergelijkbaar hoog niveau van de bescherming van de gezondheid staat. Daarbij moet met name worden gedacht aan het voorkomen van de overdracht van infectieziekten via bloed. De Richtlijn bloed is uitgewerkt in drie uitvoeringsrichtlijnen, waaronder Richtlijn 2004/33/EG, die bepaalde technische voorschriften bevat, onder meer voor de toelating van donoren.<sup>7</sup> De criteria voor toelating van donoren zijn gepreciseerd in Bijlage III van deze richtlijn. Onder punt 2.1 staan de criteria voor *permanente* uitsluiting van donoren van, wat allogene donaties wordt genoemd,<sup>8</sup> waaronder personen die als gevolg van hun seksueel gedrag een groot risico hebben om ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen. Onder punt 2.2.2 staan de criteria voor *tijdelijke* uitsluiting, waaronder personen die als gevolg van hun gedrag of activiteit een risico hebben een bloedoverdraagbare infectieziekte op te lopen.

Nederland heeft de Richtlijn bloed en Richtlijn 2004/33/EG geïmplementeerd in de Wet inzake bloedvoorziening<sup>9</sup> en de daarop gebaseerde (ministeriële) Regeling voorschriften bloedvoorziening.<sup>10</sup> De voorwaarden om in aanmerking te komen als bloeddonor zijn uitgewerkt in de, door Sanquin vastgestelde, Richtlijn Donorkeuring.<sup>11</sup> Op grond van punt 7.3.10 van deze richtlijn is voor MSM de beleidslijn: ‘definitieve afkeuring’.

## Het arrest *Léger*

### Feitelijk kader

Geoffrey Léger wendde zich in 2009 tot de bloedbank in Metz om bloed te doneren. Hij werd geweigerd als donor omdat hij seksuele contacten heeft gehad met een man. Frankrijk kent een ministerieel besluit waarin is geregeld dat MSM *permanent* worden uitgesloten vanwege het ‘*risico*’ dat de aspirant-donor blootgesteld is

3. College voor de Rechten van de Mens 24 april 2015, 2015-46 (zie <www.mensenrechten.nl>, > Publicaties, > Oordelen).
4. Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *PbEG* 2004, L 166/1; Richtlijn 2011/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende zorg, *PbEU* 2011, L 88/45.
5. Zie hierover ook A. de Ruijter, *A Silent Revolution: The Expansion of EU Power in the Field of Human Health. A rights-based analysis of EU health law & policy* (diss. Amsterdam Uva), Amsterdam: ACELG 2015.

6. Richtlijn 2002/98/EG van het Europees parlement en de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het verzamelen, testen, bewerken, opslaan en distribueren van bloed en bloedbestanddelen van menselijke oorsprong en tot wijziging van Richtlijn 2001/83/EG, *PbEG* 2002, L 33/30.
7. Art. 4 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, *PbEU* 2004, L 91/25.
8. Allogene donaties: bloed en bloedbestanddelen ingezameld bij een persoon met het oog op transfusie bij een andere persoon, voor gebruik in medische hulpmiddelen of als grondstof voor de bereiding van geneesmiddelen (Bijlage I, onder punt 2, van Richtlijn 2004/33/EG).
9. *Stb.* 1997, 645, laatstelijk gewijzigd *Stb.* 2015, 114.
10. *Stcrt.* 2005, 25, laatstelijk gewijzigd *Stcrt.* 2015, 19756.
11. Sanquin Bloedvoorziening, Richtlijn Donorkeuring, MT001.RL.SQ/versie 016, geldig vanaf 1 juni 2015.

geweest aan een seksueel overdraagbare ziekteverwekker.<sup>12</sup> Léger stelt dat zijn weigering als donor onrechtmatig is. Hij voert daartoe aan dat het ministeriële besluit in strijd is met Richtlijn 2004/33/EG en daarnaast dat sprake is van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid. Het *Tribunal administratif de Strasbourg* heeft daarop de behandeling van de zaak geschorst en aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag gesteld of Richtlijn 2004/33/EG eraan in de weg staat dat MSM permanent worden uitgesloten als bloeddonor. Voordat het Hof van Justitie toekomt aan deze inhoudelijke beoordeling, geeft het uitsluitsel over de wijze waarop Bijlage III van Richtlijn 2004/33/EG, waarin zoals gezegd de criteria voor permanente en tijdelijke uitsluiting zijn neergelegd, moet worden uitgelegd. Hierover bestond onduidelijkheid omdat de beschikbare taalversies van elkaar verschillen waar het gaat om de grootte van het risico en de daaraan gekoppelde toegestane duur van de uitsluiting (permanent of tijdelijk).

### Overwegingen van het Hof van Justitie

#### • *Verschillende taalversies*

In (onder meer) de Franstalige versie van de richtlijn wordt ten aanzien van de duur van de uitsluiting geen rekening gehouden met de hoogte van het risico: zowel tijdelijke als permanente uitsluiting vereist 'een risico'. In andere taalversies vereist permanente uitsluiting daarentegen 'een groot risico' en tijdelijke uitsluiting 'een risico'. Het Hof van Justitie sluit aan bij de algemene opzet en doelstelling van Richtlijn 2004/33/EG en Bijlage III van deze richtlijn, en concludeert dat permanente uitsluiting betrekking heeft op personen die als gevolg van hun seksueel gedrag 'een groot risico' hebben om ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen, terwijl de tijdelijke uitsluiting als bloeddonor betrekking heeft op een minder groot risico.<sup>13</sup> Hiermee is de eerste hobbel genomen en komt het Hof van Justitie toe aan de kern van de hem voorgelegde vraag, te weten of MSM permanent als bloeddonor mogen worden uitgesloten.

#### • *Mogen MSM permanent als bloeddonor worden uitgesloten?*

Het Hof van Justitie wijst er allereerst op dat Bijlage III van Richtlijn 2004/33/EG de groep op wie permanente uitsluiting van toepassing is niet nauwkeurig afbakt.<sup>14</sup> De bijlage spreekt immers over 'personen die als gevolg van hun seksueel gedrag een groot risico hebben om ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen'. Hiermee wordt aan de lidstaten een beoordelingsmarge gelaten ten aanzien van de afbakening van deze groep. Het Franse recht definieert deze groep als MSM. Volgens het Hof van Justitie dient de verwijzende rechter, voor de beantwoording van de vraag of MSM permanent mogen worden uitgesloten als bloeddonor, te

onderzoeken of MSM een 'groot risico' hebben op een ernstige bloedoverdraagbare infectieziekte en of de permanente uitsluiting verenigbaar is met de grondrechten die door de rechtsorde van de Unie zijn erkend. Hierbij roept het Hof van Justitie in herinnering dat de lidstaten bij de uitvoering van Unierecht gebonden zijn aan de vereisten die voortvloeien uit de in de rechtsorde van de Unie gewaarborgde grondrechten.<sup>15</sup>

#### • *Groot risico?*

Het Hof van Justitie overweegt verder dat voor de beoordeling van de vraag of in Frankrijk sprake is van een 'groot risico op een ernstige bloedoverdraagbare infectieziekte' rekening moet worden gehouden met de epidemiologische situatie in dat land. De Franse regering en de Commissie hebben in dit kader betoogd dat Frankrijk wat hiv betreft een specifieke situatie kent. Ter onderbouwing daarvan hebben zij gewezen op een rapport van het Franse instituut voor toezicht op de volksgezondheid. Hieruit zou volgen dat in de periode 2003–2008 MSM 200 keer vaker dan de heteroseksuele bevolking besmet raakte met hiv en dat in deze periode het totale aantal hiv-infecties was afgenomen, terwijl dit onder de groep MSM was toegenomen.<sup>16</sup> Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of deze gegevens 'betrouwbaar zijn' en zo ja, 'of zij nog altijd ter zake doen' gelet op de huidige medisch-wetenschappelijke en epidemiologische kennis.<sup>17</sup> Ter onderbouwing dat MSM een groot risico hebben op een ernstige bloedoverdraagbare infectieziekte heeft de Commissie daarnaast gewezen op een rapport van het Europese Centrum voor Ziektebestrijding uit 2013, waaruit blijkt dat de prevalentie van hiv onder MSM in Frankrijk het hoogst is van alle onderzochte landen.<sup>18</sup>

#### • *Uitsluiting MSM in overeenstemming met het Handvest?*

Als de verwijzende rechter tot de conclusie komt dat bij MSM sprake is van een groot risico op hiv, dan dient hij vervolgens na te gaan of permanente uitsluiting in overeenstemming is met de grondrechten die door de rechtsorde van de Unie zijn erkend.<sup>19</sup> Daarbij gaat het met name om artikel 21 lid 1 Hv, op grond waarvan discriminatie op grond van seksuele gerichtheid verboden is.<sup>20</sup> Het Hof van Justitie overweegt dat de permanente uitsluiting van MSM afhangt van de homoseksuele gerichtheid van mannelijke bloeddonoren die, op grond van het feit dat zij een seksuele relatie hebben onderhouden die overeenkomt met die gerichtheid, een minder gunstige behandeling ten deel valt dan heteroseksu-

12. Bijlage II bij het besluit van het Franse ministerie van Volksgezondheid en Sport van 12 januari 2009 (Besluit tot vaststelling van de selectiecriteria voor bloeddonoren), JORF van 18 januari 2009, p. 1067.

13. Léger, punt 38.

14. Léger, punt 39.

15. Léger, punt 40–41.

16. Léger, punt 42.

17. Léger, punt 44.

18. Léger, punt 43.

19. Léger, punt 45.

20. Art. 21 lid 1 Hv luidt: Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, is verboden.

ele mannen.<sup>21</sup> In dat geval is sprake van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid. Hiervoor kan een rechtvaardiging bestaan mits het Franse ministeriële besluit voldoet aan artikel 52 lid 1 Hv.<sup>22</sup> Daarin is immers vastgelegd waaraan beperkingen op, zoals hier, het discriminatieverbod dienen te voldoen. Zij dienen (1) te zijn vastgelegd bij wet en (2) de wezenlijke inhoud van, in casu, het discriminatieverbod te eerbiedigen. Verder dienen zij (3) daadwerkelijk te beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang en (4) met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel noodzakelijk te zijn.

Aan de eerste drie voorwaarden is voldaan. De beperking is voorzien bij wet (het ministeriële besluit),<sup>23</sup> eerbiedigt de wezenlijke inhoud van het non-discriminatiebeginsel (de beperking is alleen van toepassing op uitsluiting van bloeddonoren ter bescherming van de gezondheid van de ontvangers)<sup>24</sup> en beantwoordt aan een doelstelling van algemeen belang, te weten de bescherming van de volksgezondheid, zoals erkend in destijds artikel 152 EG-Verdrag (nieuw), thans artikel 168 VWEU en artikel 35 Hv.<sup>25</sup> Ten aanzien van het vierde criterium, het evenredigheidsbeginsel, overweegt het Hof:

‘In een zaak zoals die in het hoofdgeding wordt dit beginsel slechts geëerbiedigd, indien een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van de ontvangers niet kan worden gewaarborgd door efficiënte technieken voor de detectie van HIV die minder belasting meebrengen dan de permanente uitsluiting van bloeddonatie voor de totale groep van mannen die seksuele betrekkingen hebben gehad met mannen.’<sup>26</sup>

De verwijzende rechter moet volgens het Hof van Justitie nagaan of er ‘efficiënte technieken’ bestaan waarmee kan worden voorkomen dat virusoverdracht plaatsvindt, zoals het systematisch in quarantaine plaatsen van donaties van MSM of de systematische detectie van hiv voor alle bloeddonaties. Meer in het bijzonder moet worden nagegaan of het mogelijk is op deze wijze een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van de ontvangers te waarborgen, zonder dat dit tot onevenredige kosten leidt.<sup>27</sup>

Bij gebreke van dergelijke ‘efficiënte technieken’ moet de verwijzende rechter nagaan of er (andere) minder

21. *Léger*, punt 49.

22. Art. 52 lid 1 Hv luidt als volgt: Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

23. *Léger*, punt 53.

24. *Léger*, punt 54.

25. *Léger*, punt 57.

26. *Léger*, punt 59.

27. *Léger*, punt 63-64.

belastende methoden bestaan dan permanente uitsluiting, om de gezondheid van de ontvangers te waarborgen. De verwijzende rechter dient met name na te gaan of met behulp van een vragenlijst en een persoonlijk gesprek nauwkeuriger de gedragingen kunnen worden geïdentificeerd die een gezondheidsrisico vormen voor de ontvangers van bloed. Het gaat daarbij om vragen over de tijd die is verlopen sinds het laatste seksuele contact ten opzichte van de duur van de *windowperiode*, de duurzaamheid van de relatie die de betrokkene onderhoudt en of al dan niet sprake was van beschermde seks.<sup>28</sup>

### Beslissing

Het Hof van Justitie oordeelt dat MSM permanent mogen worden uitgesloten als:

1. op basis van de huidige wetenschappelijke kennis en epidemiologische gegevens vaststaat dat MSM als gevolg van hun seksuele gedrag een groot risico hebben om ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen, en
2. er – in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel – geen efficiënte technieken bestaan voor de detectie van die infectieziekten en er ook geen methoden zijn die minder belastend zijn dan een permanente uitsluiting, om een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van de ontvangers van bloed te waarborgen.

Het is aan de nationale rechter om na te gaan of aan deze criteria is voldaan.

## Commentaar

In onderstaand commentaar komen vier onderwerpen aan de orde. Eerst wordt ingegaan op de uitleg die het Hof van Justitie geeft aan de criteria voor permanente en tijdelijke uitsluiting als bloeddonor. Daarna wordt de betekenis van het Handvest geduid voor de onderhavige zaak (*Léger*) en voor de situatie dat de Nederlandse regeling ter zake aan het Hof van Justitie zou zijn voorgelegd. Vervolgens komt de uitleg die het Hof van Justitie geeft aan het discriminatieverbod, zoals neergelegd in artikel 21 lid 1 Hv, aan de orde. In het bijzonder is daarbij relevant of de permanente uitsluiting directe of indirecte discriminatie tot gevolg heeft, waarbij ook de visie van advocaat-generaal Mengozzi en het oordeel van het College hierover worden betrokken. Tot slot bespreken wij de mogelijkheid om discriminatie te rechtvaardigen, waarvoor het Handvest meer ruimte laat dan de Algemene wet gelijke behandeling waaraan het College toetst.

### Criteria voor permanente en tijdelijke uitsluiting

Als gevolg van de verschillende taalversies leggen de lidstaten de bepalingen over de permanente en tijdelijke uitsluiting verschillend uit. Het Hof van Justitie geeft

28. *Léger*, punt 66-67.

hierover nu duidelijkheid: permanente uitsluiting vergt een groot risico en tijdelijke uitsluiting een minder groot risico. Volgens vaste jurisprudentie sluit het Hof van Justitie voor de uitleg aan bij de *algemene opzet* en de *doelstelling* van Richtlijn 2004/33/EG.<sup>29</sup> Wat ‘een groot risico’ en wat ‘een minder groot risico’ is, laat het Hof verder in het midden.

Bij nauwkeurige lezing van de betreffende bepalingen valt nog een verschil op. Permanente uitsluiting vereist namelijk dat sprake is van ‘een *ernstige* bloedoverdraagbare infectieziekte’, terwijl tijdelijke uitsluiting betrekking heeft op ‘een bloedoverdraagbare infectieziekte’. In het Franse ministeriële besluit wordt dit onderscheid niet gemaakt: MSM worden permanent uitgesloten vanwege het risico op overdracht van ‘een virusinfectie’. In het licht van Richtlijn 2004/33/EG vormt dit in zoverre niet echt een probleem, nu met name het risico op hiv de reden is van de permanente uitsluiting. Hiv is zonder twijfel een *ernstige* bloedoverdraagbare infectieziekte.

### Betekenis van het Handvest

Sinds 1 december 2009 is het Handvest bindend. Artikel 51 lid 1 Hv bepaalt dat de bepalingen van het Handvest zich richten tot de instellingen, organen en instanties van de Europese Unie en tot de lidstaten wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen. Het Handvest behoort tot het primaire recht van de EU<sup>30</sup> en is daarmee van groot gewicht. Als blijkt dat een nationale regeling in strijd is met het Handvest dan dient de rechter deze buiten toepassing te laten.<sup>31</sup> In de zaak C-236/09 (*Test-Aankoop*) ging het Hof van Justitie nog een stap verder en verklaarde een richtlijnbevestiging waarin een onderscheid werd gemaakt tussen mannen en vrouwen ongeldig, omdat deze in strijd kwam met het in het Handvest neergelegde verbod van discriminatie op grond van geslacht.<sup>32</sup> Dit bleek niet aan de orde in het arrest *Léger*. De voorschriften zoals neergelegd in Bijlage III van Richtlijn 2004/33/EG zijn sekse- en seksuele geaardheid-neutraal geformuleerd.<sup>33</sup> Het gaat immers om personen die als gevolg van hun seksuele *gedrag* een groot risico hebben om een bloedoverdraagbare infectieziekte op te lopen. Frankrijk heeft hieraan nadere invulling

gegeven door MSM permanent als bloeddonor uit te sluiten. Met het betreffende ministeriële besluit heeft Frankrijk Unierecht ten uitvoer gebracht, hetgeen meebrengt dat deze regeling in overeenstemming moet zijn met het Handvest. Zo niet, dan dient zij buiten toepassing te blijven.

Naar ons oordeel laat het arrest van het Hof van Justitie op fraaie wijze zien hoe de bescherming van de volksgezondheid en het discriminatieverbod, die beide in het Handvest zijn geborgd (art. 35 resp. 21 lid 1 Hv), met elkaar in balans kunnen worden gebracht. Het Hof van Justitie heeft zich in dit arrest niet beperkt tot toetsing van de Franse regeling aan de uitvoeringsrichtlijn, maar een stap verder gezet door deze regeling vervolgens te toetsen aan artikel 21 lid 1 Hv. Bij de bescherming van de volksgezondheid dienen de eisen van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid (proportionaliteit en subsidiariteit) in acht te worden genomen.<sup>34</sup> Het Hof van Justitie werkt deze eisen vervolgens verder uit. De verwijzende rechter moet nagaan of met het systematisch in quarantaine houden en testen van bloeddonaties de bescherming van de volksgezondheid afdoende kan worden gewaarborgd. Daarbij mogen de kosten die een en ander met zich brengt niet onevenredig zijn aan het nagestreefde doel. Ook moet de verwijzende rechter nagaan of er geen minder belastende methoden (dan permanente uitsluiting) zijn om de volksgezondheid te beschermen, met name door het risicogedrag in kaart te brengen met een vragenlijst en een persoonlijk gesprek.

De verwijzende rechter heeft het Hof van Justitie (helaas) niet gevraagd naar de betekenis van de laatste zinsnede van artikel 168 lid 4 onder a VWEU – de rechtsgrondslag van de Richtlijn bloed – mocht uiteindelijk de conclusie zijn dat het Franse ministeriële besluit de toetsing aan artikel 21 lid 1 Hv niet kan doorstaan. In bedoelde zinsnede is vastgelegd dat het uitvoerdigen van richtlijnen die kwaliteits- en veiligheidseisen stellen ten aanzien van bloed en bloedderivaten, de lidstaten niet belet om maatregelen te nemen die een hogere graad van bescherming bieden. Het Hof van Justitie gaat op deze vraag dan ook niet in. Naar ons oordeel brengt een grondrechtenconforme uitleg evenwel mee dat lidstaten ter zake weliswaar een hoger niveau van bescherming van de volksgezondheid mogen bieden, maar daarbij geen afbreuk mogen doen aan de eisen die uit, in dit geval, artikel 21 lid 1 Hv voortvloeien.

Interessant is de vraag hoe de toetsing van het Hof van Justitie eruit zou hebben gezien als de Nederlandse situatie aan hem zou zijn voorgelegd. Anders dan in Frankrijk is in Nederland de permanente uitsluiting niet bij wet geregeld, maar in een richtlijn van een privaatrechtelijke rechtspersoon (Sanquin). De Nederlandse situatie verschilt hiermee van die welke voorlag in de zaak *Léger*. Zou het Hof van Justitie de Nederlandse situatie hebben beoordeeld aan de hand van artikel 21 lid 1 Hv of zou het zijn toevlucht hebben genomen tot toetsing aan het algemene beginsel van non-discriminatie?

29. Vergelijk onder meer HvJ 3 maart 2011, zaak C-41/09, *Commissie/Nederland*, ECLI:EU:C:2011:108, punt 44, HvJ 15 november 2012, zaak C-558/11, *Kurcums Metal*, ECLI:EU:C:2012:721, punt 48, HvJ 27 maart 1990, zaak C-372/88, *Milk Marketing Board*, ECLI:EU:C:1990:140, punt 19, HvJ 10 juli 2014, zaak C-307/13, *Ivansson e.a.*, ECLI:EU:C:2014:2058, punt 40.

30. Art. 6 lid 1 Verdrag betreffende de Europese Unie: De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft.

31. HvJ 26 februari 2013, zaak C-617/10, *Akerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, *JB* 2013/58, m.nt. J.M. Veenbrink en H.C.F.J.A. de Waele; M.A. Fierstra, ‘Akerberg Fransson: ruim toepassingsgebied van Handvest op handelingen van lidstaten’, *NTER* 2013/6, p. 197-205.

32. HvJ 1 maart 2011, zaak C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats e.a.*, ECLI:EU:C:2011:100, *EHRC* 2011/64, m.nt. Y. Thiery, *NJ* 2011, 120, m.nt. M.R. Mok, *PJ* 2011/96, m.nt. W.M.A. Kalkman.

33. Vergelijk ook A.C. Hendriks in zijn annotatie bij zaak C-528/13 (*Léger*) in *EHRC* 2015/145.

34. *Léger*, punt 58.

Gelet op artikel 51 lid 1 Hv vereist toetsing aan het Handvest dat sprake is van handelen van de lidstaat en dat Unierecht ten uitvoer wordt gebracht. Aan dit laatste vereiste is in Nederland in elk geval voldaan. De Richtlijn bloed en Richtlijn 2004/33/EG zijn geïmplementeerd in de Wet inzake bloedvoorziening en de daarop gebaseerde (ministeriële) Regeling voorschriften bloedvoorziening, waarvan de Richtlijn Donorkeuring een nadere uitwerking is. Ook aan het eerste vereiste is onzes inziens voldaan. Sanquin is weliswaar een privaatrechtelijke rechtspersoon, maar gelet op de publiekrechtelijke inbedding van Sanquin is naar ons oordeel sprake van 'handelen van de lidstaat'.<sup>35</sup> Voor zover dit niet zou kunnen worden aangenomen, is toetsing aan het Handvest overigens nog niet uitgesloten. Tot op heden heeft het Hof van Justitie nog geen horizontale werking van het Handvest aangenomen, maar de deur staat minst genomen wel op een kier.<sup>36</sup> In het arrest *AMS* beantwoordde het Hof van Justitie de vraag of artikel 27 Hv<sup>37</sup> kan worden ingeroepen in een geding tussen particulieren, ontkennend. Het Hof van Justitie lijkt als voorwaarde te stellen dat een Handvestbepaling voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk moet zijn om hierop in horizontale verhoudingen een beroep te kunnen doen.<sup>38</sup> Artikel 27 Hv voldoet daar niet aan, omdat het artikel pas zijn volle werking krijgt nadat deze nader is bepaald in Unierechtelijke en nationaalrechtelijke voorschriften.<sup>39</sup> Het Hof van Justitie laat wel de deur open voor andere Handvestbepalingen en noemt daarbij expliciet artikel 21 lid 1 Hv, dat aan particulieren een subjectief recht verleent waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan.<sup>40</sup> Naar ons oordeel zijn er dus genoeg aanknopingspunten om de Nederlandse situatie te toetsen aan het Handvest. Of Nederland dan met succes een beroep zal kunnen doen op de uitzondering van artikel 51 Hv valt nog te bezien, nu in Nederland, anders dan in Frankrijk, de permanente uitsluiting is geregeld in de door Sanquin opgestelde Richtlijn

Donorkeuring en dus niet in een wettelijke regeling is vastgelegd.<sup>41</sup>

In horizontale verhoudingen bestaat daarnaast de mogelijkheid van toetsing aan het algemene beginsel van non-discriminatie. Algemene beginselen van Unierecht werden oorspronkelijk alleen in verticale verhoudingen toegepast. Een doorbraak vormde het arrest *Mangold*,<sup>42</sup> waarin het Hof van Justitie in een geschil tussen particulieren oordeelde dat de volle werking van het algemene beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd moest worden verzekerd door elke strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing te laten. Daarna volgde het arrest *Kücükdeveci*,<sup>43</sup> waarin het Hof van Justitie bevestigde dat nationale rechters ook in geschillen tussen particulieren de effectieve werking moeten waarborgen van algemene beginselen van EU-recht. Inmiddels heeft het Hof van Justitie, behalve aan non-discriminatie op grond van leeftijd, ook aan non-discriminatie op grond van seksuele gerichtheid de status van algemeen rechtsbeginsel toegekend.<sup>44</sup> Bovendien zijn de algemene rechtsbeginselen van toepassing binnen de gehele werkingssfeer van het Unierecht.<sup>45</sup> In dit licht bezien lijkt de weg vrij om de Nederlandse situatie te toetsen aan het algemene beginsel van non-discriminatie op grond van seksuele gerichtheid.

Hierbij moeten wel twee kanttekeningen worden geplaatst. In de arresten *Mangold* en *Kücükdeveci* werd nationale wetgeving getoetst, terwijl in de Nederlandse situatie de Richtlijn Donorkeuring niet de status van 'wettelijke regeling' heeft. Verder werd in genoemde arresten het algemene beginsel van non-discriminatie geconcretiseerd met behulp van Richtlijn 2000/78/EG.<sup>46</sup> Dit zal niet mogelijk zijn bij toetsing van de Richtlijn Donorkeuring, omdat Richtlijn 2000/78/EG niet het terrein van de volksgezondheid omvat.

In de zaak die ter beoordeling bij het College voorlag, was toetsing aan het Handvest of het beginsel van non-discriminatie op grond van seksuele gerichtheid overigens niet aan de orde. Het College kan alleen toetsen aan de nationale gelijkebehandelingswetgeving, die overigens wel richtlijnconform en in overeenstemming met het Handvest moet worden uitgelegd.

35. Sanquin is met uitsluiting van ieder ander door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aangewezen als organisatie belast met de bloedvoorziening (art. 3-4 Wet inzake bloedvoorziening (Wib)). Daarbij is Sanquin gehouden tot uitvoering van een door de minister ter zake vastgesteld plan (art. 2 en 3 Wib), alsmede tot het opvolgen van door de minister gegeven voorschriften (art. 5 Wib). De begroting en het beleidsplan van Sanquin moeten door de minister worden goedgekeurd (art. 7 Wib), terwijl de minister voorts, bij nalatigheid van Sanquin, haar een schriftelijke aanwijzing kan geven en zo nodig een bewindvoerder kan aanstellen (art. 10 Wib). Bij onverantwoorde taakvervulling kan de minister verder regels stellen ten aanzien van de bloedvoorziening (art. 11 Wib).
36. H.C.F.J.A. de Waele, 'Horizontale werking van het EU-Grondrechtenhandvest: de kogel lijkt door de kerk', *NTER* 2014/5, p. 158-164.
37. Art. 27 Hv (Recht op informatie en raadpleging van de werknemers binnen de onderneming): Werknemers en hun vertegenwoordigers moeten in de gevallen en onder de voorwaarden waarin het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken voorzien, de zekerheid hebben, dat zij op passende niveaus tijdig worden geïnformeerd en geraadpleegd.
38. Vergelijk H.C.F.J.A. de Waele, 'Horizontale werking van het EU-Grondrechtenhandvest: de kogel lijkt door de kerk', *NTER* 2014/5, p. 160.
39. HvJ 15 januari 2014, zaak C-176/12, *Association de Médiation Sociale*, punt 45, ECLI:EU:C:2014:2, *EHRC* 2014/70, m.nt. M. de Mol.
40. *Association de Médiation Sociale*, punt 47.

41. De Richtlijn Donorkeuring is verder onvoldoende kenbaar. Zij is niet terug te vinden op de website van Sanquin of in een ander openbaar medium gepubliceerd.
42. HvJ 22 november 2005, zaak C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, *Jur.* 2005, p. I-9981, *JAR* 2005/289, *RAR* 2006/85, *AB* 2006, 325, m.nt. M.J.M. Verhoeven, *NJ* 2006, 227, m.nt. M.R. Mok.
43. HvJ 19 januari 2010, zaak C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2008:248, *Jur.* 2010, p. I-365, *JAR* 2010/53, *EHRC* 2010/42, m.nt. M. de Mol.
44. HvJ 10 mei 2011, zaak C-147/08, *Römer*, ECLI:EU:C:2011:286, *NJ* 2011, 491, m.nt. M.R. Mok en A.G. Veldman, 'Bedrijfspensioenen, geregistreerd partnerschap en het Uniebeginsel van gelijke behandeling', *NTER* 2011/8, p. 278-283.
45. Vergelijk de noot van M. de Mol in de annotatie bij zaak C-555/07, *Kücükdeveci*, in *EHRC* 2010/42.
46. Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

### Directe of indirecte discriminatie?

Heeft de permanente uitsluiting van MSM directe of indirecte discriminatie op grond van seksuele geaardheid tot gevolg? Advocaat-generaal Mengozzi stelt zich op het standpunt dat sprake is van *indirecte* discriminatie. Op grond van de Europese richtlijnen inzake het discriminatieverbod is sprake van indirecte discriminatie wanneer een neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze mensen met een op grond van deze Europese richtlijnen beschermd kenmerk of eigenschap bijzonder treft.<sup>47</sup> Een soortgelijke definitie is opgenomen in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving. Indirecte discriminatie is verboden, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Volgens advocaat-generaal Mengozzi bestond de indirecte discriminatie in de zaak *Léger* uit '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'.<sup>48</sup> Mengozzi meent dat de uitdrukking MSM zowel in het algemeen als in de wetenschap synoniem is geworden aan 'homoseksueel', of 'biseksueel'. In dat geval lijkt de uitsluiting van MSM overigens te wijzen in de richting van *directe* discriminatie.

Het Hof van Justitie laat zich niet expliciet uit over de vraag of sprake is van directe of indirecte discriminatie (en hoeft dat in het licht van art. 21 Hv ook niet te doen), maar lijkt ervan uit te gaan dat sprake is van *directe* discriminatie. Het overweegt

'dat de uitsluiting van bloeddonoratie van MSM [afhangt] van de homoseksuele gerichtheid van mannelijke donoren die, op grond van het feit dat zij een seksuele relatie hebben onderhouden die overeenkomt met die gerichtheid, een minder gunstige behandeling ten deel valt dan heteroseksuele mannen'.<sup>49</sup>

Het College oordeelde dat sprake was van *directe* discriminatie. Het verwees hierbij naar het oordeel van zijn voorganger, de Commissie Gelijke Behandeling (hierna: de CGB), uit 2007.<sup>50</sup> Daarin nam de CGB afstand van haar eerdere oordeel uit 1998, waarin werd geconcludeerd dat de uitsluiting van MSM *indirecte* discriminatie op grond van seksuele gerichtheid opleverde. De overweging was toen dat de uitsluiting was gebaseerd op het verhoogde risico op hiv dat MSM lopen.<sup>51</sup> Met andere

woorden: de uitsluiting was niet gebaseerd op de seksuele *gerichtheid*, maar op het seksuele *gedrag* (het hebben van homoseksuele contacten), en daarom indirect. Echter, het verbod van onderscheid op grond van seksuele gerichtheid, zoals neergelegd in de AWGB, heeft ook betrekking op het hebben van homoseksuele contacten.<sup>52</sup> De CGB kwam dan ook terug op haar conclusie dat sprake was van indirect onderscheid en oordeelde in 2007 dat sprake is van *direct* onderscheid. Dit was ook het oordeel van het College in 2015 en is in lijn met de benadering van het Hof van Justitie. Deze benadering komt ons juist voor. Iemands homoseksuele gerichtheid krijgt immers eerst en vooral betekenis in relatie tot anderen. De redenering dat een homoseksuele man best bloeddonor kan zijn zo lang hij maar geen homoseksuele contacten heeft, kan daarom geen stand houden. In de praktijk zijn het bovendien alleen homoseksuele mannen die worden uitgesloten.<sup>53</sup>

Anders dan de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi beperken het arrest van het Hof van Justitie en het oordeel van het College zich tot de grond seksuele gerichtheid. Mengozzi stipt terecht aan dat geen sprake is van alleen seksuele gerichtheid of alleen geslacht, maar van geslacht in combinatie met seksuele gerichtheid. Door MSM uit te sluiten is naar ons oordeel inderdaad sprake van een interferentie van discriminatiegronden. Het gaat om een combinatie van persoonskenmerken (homoseksuele gerichtheid en geslacht) die tot een unieke identiteit leidt op grond waarvan de persoon wordt uitgesloten. *Léger* werd uitgesloten, omdat hij een 'homoseksuele man' is. Homoseksuele vrouwen en heteroseksuele mannen worden immers niet uitgesloten.

### Uitzondering mogelijk op het verbod van discriminatie

Aan het discriminatieverbod van artikel 21 lid 1 Hv kunnen beperkingen worden gesteld onder de voorwaarden genoemd in artikel 52 lid 1 Hv. In de zaak *Léger* kon hierop met succes een beroep worden gedaan. De beperkingsmogelijkheid komt erop neer dat, gelet op het belang van de bescherming van de gezondheid van de ontvangers van bloed, het noodzakelijk kan zijn om MSM permanent als bloeddonor uit te sluiten. Het Handvest biedt dus de mogelijkheid directe discriminatie te 'rechtvaardigen', zij het onder strikte voorwaarden. De AWGB daarentegen kent, wat wordt genoemd, een gesloten systeem. Dit betekent dat direct onderscheid alleen gerechtvaardigd kan worden door een in de AWGB opgenomen uitzondering. De AWGB kent (tot op heden) geen (volks)gezondheidsexceptie en als sprake is van direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid is geen van de wettelijke uitzonderingen van toe-

47. Bijvoorbeeld art. 2 lid 2 onder b Richtlijn 2002/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep en art. 2 lid 2 onder b Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming.

48. Conclusie A-G Mengozzi van 17 juli 2014, in zaak C-528/13, *Léger*, par. 44-45.

49. *Léger*, punt 49.

50. Commissie Gelijke Behandeling 31 mei 2007, 2007-85. Zie ook J.H. Gerards, 'Uitsluiting homoseksuele bloeddonor', in: J.H. Gerards (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2007*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 306-318.

51. Commissie Gelijke Behandeling 15 december 1998, 1998-137.

52. *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 21 en *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 7.

53. Vergelijk HvJ 10 maart 2005, C-196/02, *Nicoloudi*, ECLI:EU:C:2005:141, *JAR* 2005/101, *NJ* 2005, 560, m.nt. M.R. Mok, HvJ 1 april 2008, zaak C-267/06, *Maruko*, ECLI:EU:C:2008:179, *EHRC* 2008/65, m.nt. C. Waaldijk en HvJ 12 december 2013, zaak C-267/12, *Hay*, ECLI:EU:C:2013:823, *JAR* 2014/19, *EHRC* 2014/50, m.nt. N.R. Koffeman, *NJ* 2014, 174, m.nt. M.R. Mok.



passing. Omdat dit tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden creëerde de CGB in 2007 een buitenwettelijke uitzonderingsgrond. Vast was komen te staan dat het besmettingsrisico onder MSM vele malen hoger was dan onder mannen met heteroseksuele contacten en dat de testmogelijkheden niet toereikend waren om de volksgezondheid afdoende te waarborgen. Een dergelijke noodgreep hoefde het College in zijn recente oordeel niet toe te passen nu uit recent onderzoek van de Universiteit Maastricht en Sanquin is gebleken dat voor de bescherming van de volksgezondheid MSM niet langer permanent hoeven te worden uitgesloten.<sup>54, 55</sup>

## Slotbeschouwing

Bloedvoorzieningsorganisaties dienen de kwaliteit en de veiligheid van bloed en bloedproducten te waarborgen. Het EU-recht geeft hiervoor richtlijnen waaraan de bloedvoorzieningsorganisaties zich moeten houden. Uitgangspunt hierbij is de bescherming van de veiligheid van de ontvangers van het bloed. Dit komt op gespannen voet te staan met het discriminatieverbod als lidstaten personen vanwege hun homoseksuele gerichtheid uitsluiten als bloeddonor. Hiermee ontstaat een spanningsveld tussen enerzijds de verplichting die op lidstaten rust om een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid te waarborgen (art. 35 Handvest en art. 168 VWEU) en anderzijds de verplichting om de (overige) grondrechten van het Handvest te eerbiedigen. Het arrest laat op fraaie wijze zien hoe de bescherming van de volksgezondheid en het verbod van discriminatie met elkaar in balans kunnen worden gebracht en geeft hiertoe een aantal aanwijzingen.

Volgens het Hof van Justitie moet de donor 'een groot risico' lopen op een ernstige bloedoverdraagbare infectieziekte, waarbij dit risico moet zijn bepaald aan de hand van wetenschappelijke kennis en epidemiologische gegevens. Daarnaast is vereist dat de bescherming van de gezondheid van de ontvangers niet op andere wijze kan worden gewaarborgd dan door levenslange uitsluiting als bloeddonor. De aanwijzingen die het Hof van Justitie geeft voor de beantwoording van de vraag of, gelet op de volksgezondheid, MSM permanent mogen worden uitgesloten zijn weliswaar behulpzaam, maar weinig concreet. Want wanneer is precies sprake van 'een groot risico' en wanneer van een 'efficiënte techniek' om te voorkomen dat virusoverdracht plaatsvindt? Wanneer is het risico dat geïnfecteerd bloed in de bloedpool terecht komt, nog aanvaardbaar? Het is aan de lidstaten om hieraan verder invulling te geven.

Als het Hof van Justitie de Nederlandse situatie had moeten beoordelen, is het de vraag of de permanente uitsluiting van MSM in overeenstemming is met het Handvest gelet op het feit dat de Richtlijn Donorkeuring geen 'wettelijke' basis heeft.

Het College heeft niet getoetst aan het Handvest, maar hanteert, zij het langs een andere weg, veelal dezelfde uitgangspunten als het Hof van Justitie. MSM vormen weliswaar een 'groot risico',<sup>56</sup> maar blijkens het eerder genoemde onderzoek van de Universiteit Maastricht en Sanquin is het in Nederland niet langer noodzakelijk om hen permanent uit te sluiten.<sup>57</sup> Gelet op de uitkomst van dit onderzoek heeft de minister de Tweede Kamer laten weten 'dat er medisch wetenschappelijke gronden zijn om het donor selectiebeleid rond mannen die seks hebben gehad met andere mannen aan te passen' en dat zij op korte termijn met een uitgewerkt standpunt komt.<sup>58</sup> De verwachting is dat de minister het donorselectiebeleid in die zin zal aanpassen dat MSM niet langer permanent zullen worden uitgesloten, maar slechts een bepaalde periode na afloop van het laatste seksuele contact. In het licht van het evenredigheidsbeginsel wordt het interessant voor welke periode zal worden gekozen en hoe die keuze zal worden onderbouwd.

54. College voor de Rechten van de Mens 24 april 2015, 2015-46, overweging 3.23. Het huidige donorselectiebeleid kan zelfs non-compliance in de hand werken, B. Romeijn e.a., *MSM & Bloeddonatie, Onderzoek naar non-compliance en (seksueel) risicogedrag*, Sanquin Bloedvoorziening en Universiteit Maastricht, 19 januari 2015, p. 18.

55. College voor de Rechten van de Mens 24 april 2015, 2015-46, overweging 3.23.

56. College voor de Rechten van de Mens 24 april 2015, 2015-46, overweging 2.13.

57. Het huidige donorselectiebeleid kan zelfs non-compliance in de hand werken, B. Romeijn e.a., *MSM & Bloeddonatie, Onderzoek naar non-compliance en (seksueel) risicogedrag*, Sanquin Bloedvoorziening en Universiteit Maastricht, 19 januari 2015.

58. *Kamerstukken II 2014/15*, 29 447, nr. 30 en *Kamerstukken II 2014/15*, 3400-XVI, nr. 115. Bij afsluiting van dit artikel was dit standpunt nog niet bekend.