

2015/ 186 College voor de Rechten van de Mens 24 april 2015 (m.nt. prof.mr. A.C. Hendriks)

Bloeddonatie; permanente uitsluiting; onderscheid seksuele voorkeur; niet gerechtvaardigd; discriminatie

College voor de Rechten van de Mens 24 april 2015, (29 april 2015, nr. C-528/13 (mr. E.J.M. Hofhuis, mr. D.C. Houtzager en mr. Ch.M. van der Bas), Oordeel 2015-46. dossiernr: 2014-0284.

Het College overweegt (post alia, red.):

(...)

2 Feiten

2.1 Verzoeker heeft zich begin augustus 2014 online bij verweerster als bloeddonor aangemeld. Verweerster is ingevolge artikel 3 van de Wet inzake bloedvoorziening (Wibv) verantwoordelijk voor de bloedvoorziening in Nederland. Haar taak bestaat onder meer uit het inzamelen van bloed voor bloedtransfusies.

2.2 Naar aanleiding van zijn online aanmelding als bloeddonor heeft verzoeker een uitnodiging gekregen voor een keuring. Tijdens deze keuring heeft hij een vragenlijst ingevuld. De daarin opgenomen vraag of hij seksueel contact heeft gehad met een andere man, heeft verzoeker bevestigend beantwoord. Vervolgens heeft verzoeker een gesprek gehad met een arts. Deze arts heeft tegen hem gezegd dat hij permanent is uitgesloten als bloeddonor omdat hij seksueel contact heeft gehad met mannen.

2.3 Ingevolge artikel 5, eerste lid, Wibv dient verweerster haar werkzaamheden op verantwoorde wijze uit te voeren. Onder "verantwoord" wordt, blijkens deze bepaling, in ieder geval verstaan: doeltreffend en doelmatig alsmede gericht op een zo hoog mogelijke kwaliteit van de bloedproducten en

een zo groot mogelijke veiligheid van donor en gebruiker. In dat kader test verweerster het gedoneerde bloed op - onder meer - de aanwezigheid van antistoffen tegen HIV-1 en HIV-2, hepatitis-C virus (HCV), HTLV-1/II-virus, syfilis en de aanwezigheid van het hepatitis B-virus.

2.4 Artikel 4 van Richtlijn 2004/33/EG van 22 maart 2004 bepaalt dat bloedvoorzieningsorganisaties ervoor zorgen dat donors van bloed en bloedbestanddelen aan de in bijlage III van de Richtlijn vermelde criteria voldoen. Onder 2.1 en 2.2 van deze bijlage III zijn criteria voor uitsluiting van personen voor bloeddonatie neergelegd. In deze criteria is in het bijzonder aandacht voor via transfusie overdraagbare infecties om te voorkomen dat transfusieontvangers ernstige gezondheidsschade oplopen en/of sterven als gevolg van de toediening van bloedproducten. Bij de selectie van donors geldt als uitgangspunt dat beoordeeld moet worden of bij de kandidaat donor sprake is van een verhoogd risico op via transfusie overdraagbare infecties. Behoudens uitzonderlijke gevallen biedt de Richtlijn lidstaten geen ruimte om van deze beleidslijn af te wijken (punt 1 van bijlage III bij Richtlijn 2004/33/EG). In punt 2.1 van bijlage III van de Richtlijn is bepaald dat personen die als gevolg van hun seksueel gedrag een groot risico hebben om ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen, permanent moeten worden uitgesloten. In punt 2.2 van bijlage III is bepaald dat personen die als gevolg van hun gedrag of activiteit een risico hebben om een bloedoverdraagbare infectieziekte op te lopen, uitgesloten moeten worden gedurende een bepaalde periode na beëindiging van het risicogedrag. Deze periode is afhankelijk van de ziekte en de beschikbaarheid van geschikte tests. Nederland heeft Richtlijn 2004/33/EG geïmplementeerd door middel van

aanpassing van de Regeling voorschriften bloedvoorziening.

2.5 Richtlijn 2004/33/EG wordt door de lidstaten verschillend geïnterpreteerd. In veel landen, waaronder ten tijde van de zitting ook Nederland, worden mannen die seksuele contacten hebben (gehad) met mannen (MSM) permanent uitgesloten van bloeddonatie. Het Verenigd Koninkrijk, Spanje en Italië sluiten MSM niet per definitie uit voor donatie, maar sluiten hen tijdelijk uit op basis van seksueel risicogedrag. Ook een aantal landen buiten de EU, waaronder Nieuw-Zeeland, Canada, Zuid-Afrika en Australië hanteren een tijdelijke uitsluiting van MSM.

2.6 In lijn met deze EG-richtlijn en om een zo groot mogelijke kwaliteit en veiligheid van de bloedproducten te garanderen, heeft verweerster een beleid ontwikkeld ten aanzien van de keuring en selectie van donors. Dit beleid heeft verweerster neergelegd in haar Richtlijn Donorkeuring. Het beleid strekt ter bescherming van de ontvangers van bloedproducten tegen onder meer bacteriële, parasitaire en virusinfecties. In de richtlijn specificeert verweerster welke personen zij van het bloed- en plasmadonorschap uitsluit. Het gaat om personen die als gevolg van hun seksueel gedrag een groot risico lopen op ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten. Uitsluiting van bloed- en plasmadonorschap kan tijdelijk of permanent zijn, afhankelijk van de ernst van het risico. Het beleid wordt onderschreven door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

2.7 Artikel 5.3.18 van de Richtlijn Donorkeuring heeft betrekking op de uitsluitingscriteria voor HIV. In lid 2 van dit artikel is onder meer bepaald dat MSM definitief worden uitgesloten, omdat zij een sterk verhoogd risico hebben voor een HIV-infectie. In lid 4 van dit artikel is bepaald dat personen die seksueel contact hebben gehad met iemand die vanwege risicogedrag permanent is uitgesloten van bloeddonatie, waaronder MSM, maar zelf niet tot een dergelijke risicogroep behoren, tijdelijk worden uitgesloten voor 12 maanden na het laatste seksuele contact. Onder het begrip MSM wordt in deze richtlijn niet verstaan een incidenteel geval van seksueel getint spel tussen jongens in de (pre)puberteit. Naast

de bovengenoemde uitsluitingscriteria voor HIV, gelden uitsluitingscriteria voor onder meer Hepatitis A, B en C en geelzucht.

2.8 De procedure die verweerster hanteert bij (nieuwe) bloeddonatie is als volgt. Personen die zich aanmelden als bloeddonor ondergaan een keuring door een arts. De arts geeft informatie over infectieziekten en gaat na of betrokkene de informatie heeft gelezen en begrepen. Ook bij personen die al eerder bloed doneerden vindt een keuring door een arts plaats en wordt informatie gegeven over infectieziekten. Elke (nieuwe) bloeddonor moet voor een donatie of bij een nieuwe donorkeuring een keurings- en afnameformulier (KAF) invullen, waarin wordt gevraagd naar zijn of haar gezondheidssituatie. De antwoorden op deze vragenlijst worden door de arts nagelopen en besproken met de (nieuwe) donor. De vragen die betrekking hebben op HIV-, hepatitis-, HTLV-I/II of SOA-risico's (seksueel overdraagbare aandoeningen) worden altijd gedetailleerd doorgesproken. Vervolgens beoordeelt de arts de vragenlijst en stelt hij aanvullende en controlevragen. De antwoorden op deze vragen bepalen of iemand op dat moment bloed mag geven of niet. Als uit de antwoorden blijkt dat (nieuwe) donors, bijvoorbeeld door seksueel gedrag, extra risico's hebben gelopen op het oplopen van bloedoverdraagbare infecties, worden zij tijdelijk of permanent uitgesloten van bloeddonatie. MSM worden permanent uitgesloten van bloeddonatie (zie 2.7). Als de donor op dat moment wel bloed mag geven, staat hij of zij vervolgens bloed af, dat wordt getest. Na goedkeuring kan de donor worden opgeroepen voor donatie.

2.9 Na iedere donatie wordt het bloed getest op bloedoverdraagbare infecties als HIV. Na besmetting is het HIV-virus met behulp van de huidige opsporingsmethoden de eerste tijd niet te traceren in het bloed. Deze periode van onzichtbaarheid wordt de windowperiode genoemd. De windowperiode voor HIV duurt ongeveer 12 dagen.

2.10 De door verweerster gebruikte testen zijn de laatste jaren verbeterd, maar ze zijn nog steeds niet volledig betrouwbaar. Virusgehalten beneden de 1500 virusdeeltjes per kubieke millimeter bloed in

een donatie worden door de test niet zichtbaar gemaakt. Om het risico op bloedoverdraagbare infecties verder te reduceren, vraagt verweerster aan elke (nieuwe) donor om voor een donatie of bij een nieuwe donorkeuring een KAF in te vullen. Op die manier krijgt verweerster zicht op het risico dat een donor heeft gelopen

2.11 Van het gedoneerde bloed worden verschillende bloedproducten vervaardigd. De houdbaarheid van de verschillende bestanddelen van bloed loopt uiteen. Witte bloedcellen en bloedplaatjes zijn slechts een paar dagen houdbaar. Daarom kan bloed dat wordt gebruikt voor bloedtransfusie niet langer dan enkele dagen worden bewaard. Rode bloedcellen daarentegen zijn drie tot vier weken houdbaar. Bloedplasma is nog langer houdbaar, ongeveer twee jaar.

2.12 Verzoekster stelt als voorwaarde voor alle bloeddonaties, ongeacht het gebruik ervan, dat het voldoet aan de voorwaarden voor bloed dat wordt gebruikt voor bloedtransfusies.

2.13 Uit door verweerster overgelegde cijfers van de Stichting HIV Monitoring blijkt dat de meeste nieuw gediagnosticeerde HIV-infecties in Nederland nog steeds worden gevonden bij MSM. In Nederland was in 2012 het aantal nieuwe HIV-diagnoses bij MSM ongeveer 100 keer zo groot als bij heteroseksuelen: 1:476 bij MSM en 1:44924 bij heteroseksuelen. Gemiddeld worden er ongeveer 1100 nieuwe HIV-diagnoses per jaar gevonden, waarvan 67% bij MSM.

2.14 Op 19 januari 2015 is een rapport uitgebracht van een onderzoek naar non-compliance en (seksueel) risicogedrag en de eventuele gevolgen van een aanpassing van het donorselectiebeleid rond MSM. Dit onderzoek is op verzoek van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) uitgevoerd door verweerster in samenwerking met de Universiteit Maastricht. De compliance geeft de mate aan waarin de door de donor gegeven antwoorden op de vragenlijsten overeenkomen met de werkelijkheid. Het doel van dit onderzoek was om de kennis, die nodig is voor het bepalen van een adequaat donorbeleid, te vergroten. Daartoe is geïnventariseerd wat de donatiewens, de risicoperceptie, het niveau van kennis over het huidige donorselectiebe-

leid en de zogenaamde compliance is van MSM en niet-MSM. De belangrijkste conclusies uit dit onderzoek zijn:

- Het percentage non-compliers dat is gevonden in dit onderzoek (1,4%) komt overeen met de percentages uit andere landen.
- Veelal blijkt dat de reden van mannelijke donors om niet aan te geven dat zij wel eens seksueel contact hebben gehad met een man is dat het MSM-contact in een ver verleden en/of eenmalig en/of heel zelden heeft plaatsgevonden.
- Het is denkbaar dat deze non-compliant donors bij een tijdelijke uitsluiting van bloeddonatie in aanmerking zouden komen voor donatie, terwijl het veiligheidsrisico bij deze groep vermoedelijk gering tot afwezig is.
- De verschillen in risicoperceptie tussen MSM, niet-MSM en vrouwen zijn gering en de donatiewens tussen deze groepen verschilt niet. De risicoperceptie en de donatiewens lijken dus in geringe mate samen te hangen met MSM non-compliance.
- De bestaande non-compliance, risicoperceptie en donatiewens in de groepen MSM, niet-MSM en vrouwen staan een heroverweging van het bestaande donorselectiebeleid niet in de weg.

2.15 De minister van VWS heeft dit onderzoeksrapport op 6 maart 2015 aan de Tweede Kamer aangeboden. Op basis van het rapport concludeert de minister het volgende:

“Dit onderzoek toont aan dat er medisch wetenschappelijke gronden zijn om het donorselectiebeleid rond mannen die seks hebben gehad met andere mannen aan te passen. Dat doet mij deugd. Het belangrijkste argument van veiligheidsrisico's verdwijnt hiermee.” (Kamerstukken II, 29 477, nr. 28).

In overleg met het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, verweerster, het COC en de Nederlandse Vereniging van Hemofiliepatiënten gaat de minister van VWS dit standpunt nader uitwerken.

3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerster jegens verzoeker (verboden) onderscheid heeft gemaakt op grond van seksuele gerichtheid door hem permanent uit te sluiten van bloeddonorschap omdat hij seksuele contacten heeft (gehad) met een of meer mannen.

Juridisch kader

3.2 In artikel 7, eerste lid, onderdeel c, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), in samenhang met artikel 1 AWGB, is bepaald dat het maken van onderscheid op grond van seksuele gerichtheid is verboden bij het aanbieden van of het verlenen van toegang tot goederen of diensten en het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake door een instelling die werkzaam is op het gebied van de gezondheidszorg.

3.3 De vraag die in de eerste plaats moet worden beantwoord, is of het handelen van verweerster als het aanbieden van goederen of diensten in de zin van artikel 7 AWGB kan worden aangemerkt.

3.4 De voorganger van het College, de Commissie Gelijke Behandeling (CGB), heeft in 2007 geoordeeld dat het handelen van verweerster in de relatie met een bloeddonor als verzoeker onder de reikwijdte van het zakelijk goederen- en dienstenverkeer van artikel 7 AWGB valt (CGB, thans College, 31 mei 2007, 2007-85, overweging 3.6 t/m 3.8). Het College ziet geen aanleiding om hiervan af te wijken en acht zich dan ook bevoegd om over de onderhavige kwestie te oordelen.

Direct of indirect onderscheid?

3.5 Onder direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid wordt verstaan onderscheid dat rechtstreeks verband houdt met seksuele gerichtheid. De AWGB beschermt ook het uiten van de seksuele gerichtheid (Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 21). Het begrip seksuele gerichtheid impliceert het hebben van seksuele contacten met anderen. Seksuele voorkeur krijgt immers eerst en vooral betekenis in relatie tot anderen (zie: CGB, thans College, 31 mei 2007, 2007-85, overweging 3.12).

3.6 De CGB heeft in oordeel 2007-85 geoordeeld dat verweerster direct onderscheid maakt op grond van seksuele gerichtheid door mannen die seksuele contacten hebben of hebben gehad met een of meer mannen (MSM) uit te sluiten als bloeddonor, ook wanneer betrokkene een veilig seksleven leidt (zie: CGB, thans College, 31 mei 2007, 2007-85, overwegingen 3.9 t/m 3.14).

3.7 In het onderhavige geval staat vast dat verzoeker in augustus 2014 permanent is uitgesloten als bloeddonor, omdat hij seksuele contacten heeft (gehad) met mannen. Het College oordeelt dan ook dat verweerster jegens verzoeker direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid heeft gemaakt door hem permanent uit te sluiten als bloeddonor omdat hij seksuele contacten heeft (gehad) met andere mannen.

3.8 Direct onderscheid is ingevolge artikel 2 AWGB verboden, tenzij een wettelijke uitzondering van toepassing is (gesloten systeem van uitzonderingen). Gesteld noch gebleken is dat een wettelijke uitzondering in dit geval van toepassing is.

Uitzondering op het gesloten systeem?

3.9 In 2007 heeft de CGB geoordeeld dat er dringende redenen van volksgezondheid waren om MSM permanent uit te sluiten als bloeddonor en dat gelet daarop het gesloten systeem van de AWGB opzijgezet diende te worden (CGB, thans College, 31 mei 2007, 2007-85). Het College zal hieronder onderzoeken of er gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval eveneens sprake is van zulke dringende redenen.

3.10 De CGB achtte het aannemelijk dat het selecteren op basis van MSM noodzakelijk was voor de veiligheid van bloedproducten, omdat voldoende was komen vast te staan dat het besmettingsrisico onder MSM vele malen hoger was dan onder mannen met heteroseksuele contacten. De CGB heeft eveneens overwogen dat verweerster, naast haar zorg voor voldoende veiligheid van de bloedproducten, ook haar verantwoordelijkheid moest nemen jegens personen met een homoseksuele gerichtheid door te (blijven) zoeken naar middelen om een minder stigmatiserend beleid te kunnen voeren (CGB, thans

College, 31 mei 2007, 2007-85, overweging 3.35 en 3.36).

3.11 Het College zal hierna onderzoeken of op basis van wat in de onderhavige procedure is komen vast te staan, dezelfde conclusie of juist een andere moet worden getrokken ten aanzien van de besmettingsrisico's onder MSM in vergelijking met mannen met heteroseksuele contacten. Daarbij zal het College ingaan op de vraag of verweerster, gelet op de aard van de in het geding zijnde risico's, haar verantwoordelijkheid op zodanige wijze heeft genomen dat geoordeeld moet worden dat levenslange uitsluiting van MSM, hoewel op zichzelf in strijd met de AWGB, om dringende redenen van volksgezondheid geen verboden onderscheid oplevert.

De aard van de risico's

3.12 Verzoeker stelt dat hij alleen orale seksuele contacten heeft gehad met andere mannen en altijd een condoom heeft gebruikt. Volgens verzoeker kan hij daardoor geen HIV hebben opgelopen. Daarnaast stelt verzoeker dat hij zich met name gediscrimineerd voelt, omdat mannen die onveilige anale seks hebben met vrouwen niet worden uitgesloten als bloeddonor.

3.13 Verweerster voert aan dat haar donorselectiebeleid er op is gericht om veilige bloedproducten te kunnen leveren voor toediening aan patiënten in de Nederlandse ziekenhuizen. Hiertoe worden personen bij wie sprake is van een verhoogd epidemiologisch risico voor ernstige bloedoverdraagbare infecties uitgesloten van bloeddonatie. Epidemiologische gegevens vormen dan ook de basis voor de donorselectiecriteria. Volgens verweerster heeft het consequent naleven van deze criteria tot gevolg dat bloedtransfusies in Nederland uiterst veilig zijn. Verweerster voegt daaraan toe dat de keerzijde daarvan is dat personen die goed gemotiveerd zijn om een medemens te helpen als bloeddonor, maar bij wie sprake is van een verhoogd epidemiologisch risico voor ernstige bloedoverdraagbare infecties, niet kunnen worden geaccepteerd voor bloeddonatie. Verweerster voegt daar voorts aan toe dat de consequenties van het toedienen van HIV-besmet bloed zeer ernstig zijn; immers, HIV kan zich tot aids ontwikkelen.

Hoewel de behandelingsmogelijkheden zich sterk hebben ontwikkeld, is aids nog steeds een zeer ernstige, levensbepalende, chronische ziekte.

3.14 Volgens verweerster geven de epidemiologisch ontwikkelingen in Nederland sinds 2007 geen aanleiding tot herziening van het beleid inzake bloeddonatie door MSM. Nog altijd komen infecties met onder andere hepatitis B, hepatitis C en syfilis verhoudingsgewijs veel voor bij MSM (zie 2.13). Wanneer personen met een verhoogd risico op bloedoverdraagbare infecties zouden worden geaccepteerd als bloeddonor, resulteert dit volgens verweerster in een toename van het aantal positieve testuitslagen en in een toename van het aantal donaties in de windowperiode. Omdat uit een enkele bloeddonatie diverse bloedproducten worden geproduceerd, kunnen infecties via een bloeddonatie worden overgedragen aan meerdere patiënten. Verder is het mogelijk, in het bijzonder tijdens de periode waarin een transfusieontvanger onwetend is van een via bloedtransfusie opgelopen infectie, dat zich vervolgttransmissies voordoen via bijvoorbeeld seksueel verkeer. Op deze wijze kan een infectie die zich bij de bloeddonor nog in de windowperiode bevond, leiden tot de infectie van meerdere transfusieontvangers en kunnen de transfusieontvangers de infectie op hun beurt overdragen aan derden. Verweerster betoogt dan ook dat het van belang is om dergelijke besmettingsketens te voorkomen.

3.15 Verweerster voert verder aan dat zij naar aanleiding van het eerder gegeven oordeel van de CGB voornemens is om het beleid inzake bloeddonatie door MSM te heroverwegen zodra daar op grond van technologische of epidemiologische ontwikkelingen aanleiding voor is. Volgens verweerster blijft donorselectie voorlopig echter noodzakelijk, omdat sinds 2007 de gevoeligheid van de tests waarmee eventueel aanwezige infecties in gedoneerd bloed kunnen worden gedetecteerd, niet verder is toegenomen. In de vroege fase van een HIV-infectie (windowperiode) is met de technologie van nu de aanwezigheid van de infectie niet vast te stellen. Volgens verweerster kan op dit moment dus niet worden volstaan met het testen van gedoneerd bloed.

3.16 Ook het op individuele basis beoordelen van het daadwerkelijk gelopen risico tijdens MSM-gedrag biedt niet voldoende garanties. Bij donors die tijdens de donorcarrière een infectie met HIV oplopen, is volgens verweerster in de meeste gevallen sprake van MSM-gedrag als risicofactor in combinatie met het niet waarheidsgetrouw invullen van de medische vragenlijst (non-compliance). Verweerster licht toe dat ook infecties zijn gevonden bij donors die achteraf toegeven MSM-gedrag tijdens het donorselectieproces te hebben verzwegen, omdat het gelopen risico door henzelf als zeer gering of verwaarloosbaar werd ingeschat. Tijdens gesprekken met bedoelde donors worden bijvoorbeeld eenmalig MSM-contact, uitsluitend oraal seksueel MSM-contact en/of consequent condoomgebruik genoemd.

3.17 Beveiliging via pathogeeninactivatie, een methode die ervoor zorgt dat micro-organismen zich niet meer kunnen vermenigvuldigen, is volgens verweerster geen goed alternatief, omdat de veiligheid van bloedproducten hiermee niet kan worden gegarandeerd. Voor een deel van de bloedproducten is een beveiliging via pathogeeninactivatie beschikbaar, maar het toepassen van pathogeeninactivatie kan leiden tot kwaliteitsverlies en een hogere prijs van bloedproducten en daarnaast zijn pathogeeninactiverende technieken niet beschikbaar voor het meest gebruikte bloedproduct (het rode-bloedcellenconcentraat). Ook het in quarantaine plaatsen van bloedproducten is volgens verweerster niet werkbaar en dus geen goed alternatief voor het huidige donorselectiebeleid. Donors zouden dan na een bloeddonatie enige tijd later opnieuw bloed moeten geven om te kunnen vaststellen dat de eerste donatie veilig is. Bovendien is het onduidelijk welke termijn veilig is en verslechtert gedurende het tijdsverloop de kwaliteit van het bloed.

3.18 In verband met de windowperiode is het niet mogelijk om alle donaties afzonderlijk te onderzoeken. Daar zijn de huidige tests niet geschikt voor. Er is een principiële ondergrens in de windowperiode en die verandert niet substantieel als veel wordt geïnvesteerd in het gevoeliger maken van de tests.

3.19 Ten aanzien van de aard van de risico's constateert het College dat deze nog steeds ernstig zijn. Allereerst geldt dit voor de ontvangers van besmet bloed. Verweerster heeft aangevoerd dat de gevolgen van het toedienen van HIV-besmet bloed voor de ontvanger zeer ernstig zijn (3.13). Het College volgt verweerster in deze stelling. Voorts staat vast dat de kans op besmetting bij MSM bijna 100 keer zo groot is als bij heteroseksuelen. Een vanuit het oogpunt van volksgezondheid zorgvuldig handelende bloedbank dient bij haar donorselectiebeleid met dit gegeven rekening te houden. Voorts is voldoende komen vast te staan dat de mogelijkheden om besmetting in gedoneerd bloed te kunnen vaststellen ook in 2014 nog niet toereikend waren om het risico van toediening van HIV-besmet bloed tot een aanvaardbaar niveau terug te brengen.

Consequenties voor het donorselectiebeleid

3.20 Ter zitting heeft het College verweerster gevraagd naar het in 2.14 genoemde onderzoek, waarvan het rapport toen nog niet gereed was. In het gesprek hierover heeft verweerster aangevoerd dat het niet ondenkbaar is dat de termijn van uitsluiting wordt beperkt, omdat een tijdelijke uitsluiting niet noemenswaardig afbreuk zal doen aan het volksgezondheidsbelang en zal kunnen leiden tot een betere compliance. Verweerster heeft daaraan toegevoegd dat dit uit het door haar in samenwerking met de Universiteit Maastricht uitgevoerde onderzoek zou kunnen blijken en dat in dat geval permanente uitsluiting van MSM van bloeddonatie niet meer noodzakelijk is.

3.21 Naar aanleiding hiervan overweegt het College dat de vraag aan de orde is of in het kader van donorselectiebeleid permanente uitsluiting van verzoeker als donor gerechtvaardigd kan worden met een beroep op een volksgezondheidsbelang dat zo dringend is dat het gesloten systeem van de AWGB daarvoor moet wijken.

3.22 Het College stelt vast dat uit het onderzoek van verweerster en de Universiteit Maastricht blijkt dat het voor de veiligheid van bloedproducten niet meer noodzakelijk geacht kan worden om MSM permanent uit te sluiten van bloeddonatie.

3.23 Ook de minister van VWS concludeert in haar brief aan de Tweede Kamer dat er medisch wetenschappelijke gronden zijn om het donorselectiebeleid rond MSM aan te passen, omdat het belangrijke argument van de veiligheidsrisico's is verdwenen (zie 2.14). Verder blijkt uit wat verweerster ter zitting naar voren heeft gebracht dat zij al een vermoeden had van de uitkomst van het onderzoek en dat zij toen al rekening hield met de mogelijkheid dat tijdelijke in plaats van permanente uitsluiting van MSM tot de mogelijkheden zou behoren, zonder de veiligheidsrisico's te vergroten.

3.24 Tegen deze achtergrond heeft verweerster naar het oordeel van het College niet aangetoond dat het permanent uitsluiten van verzoeker vanuit het oogpunt van volksgezondheid zo dringend noodzakelijk was dat het gesloten systeem van de AWGB daarvoor moet wijken. Gelet op haar in 3.11 genoemde verantwoordelijkheid had verweerster moeten onderzoeken of in augustus 2014, toen verzoeker permanent door haar werd uitgesloten als bloeddonor, met een minder stigmatiserende, tijdelijke uitsluiting van verzoeker in voldoende mate tegemoet zou zijn gekomen aan het belang van de volksgezondheid. Gesteld noch gebleken is dat verweerster dit onderzocht heeft. Op basis van de huidige inzichten kan een permanente uitsluiting van MSM niet meer worden gerechtvaardigd. Daarin ligt het verschil met de casus uit 2007. Al in de zomer van 2014 voerde verweerster samen met de Universiteit Maastricht een onderzoek uit, op grond waarvan zij redenen had om te vermoeden dat de uitkomst zou zijn dat het in het belang van de volksgezondheid niet meer noodzakelijk is om MSM permanent uit te sluiten van bloeddonatie. Hiermee doet het College overigens geen uitspraak over de vraag in hoeverre een tijdelijke uitsluiting van MSM voor bloeddonatie in strijd is met de AWGB.

3.25 Op grond van het voorgaande is het College van oordeel dat verweerster jegens verzoeker verboden direct onderscheid heeft gemaakt op grond van seksuele gerichtheid door verzoeker permanent uit te sluiten van bloeddonorschap omdat hij seksuele contacten heeft (gehad) met een of meer andere mannen.

4 Oordeel

Het College voor de Rechten van de Mens spreekt als zijn oordeel uit dat Stichting Sanquin Bloedvoorziening jegens [. . .] verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van seksuele gerichtheid door hem permanent uit te sluiten als bloeddonor omdat hij seksuele contacten heeft (gehad) met een of meer andere mannen. Aldus gegeven te Utrecht op 24 april 2015 door mr. E.J.M. Hofhuis, voorzitter, mr. D.C. Houtzager en mr. Ch.M. van der Bas, leden van het College voor de Rechten van de Mens, in tegenwoordigheid van mr. R.E.M. Schimmel, secretaris.

Noot

1. In bovenstaande zaak oordeelt het College voor de Rechten van de Mens (College) dat de permanente uitsluiting van mannen die seks hebben (gehad) met mannen (MSM) als bloeddonor direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid oplevert. Omdat daarvoor volgens het College geen rechtvaardiging bestaat, concludeert het dat Stichting Sanquin, verantwoordelijk voor de bloedvoorziening in Nederland en verweerster in deze zaak, in strijd handelt met de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Sanquin wordt opgedragen haar beleid te veranderen. Daarmee is niet gezegd dat nu helder is wat bloedbanken wel en niet mogen doen ter voorkoming van HIV-overdracht via gedoneerd bloed, in het bijzonder of en hoe lang MSM dan wel uitgesloten mogen worden. Daar komt bij dat het Hof van Justitie EU enkele dagen na dit niet-bindende oordeel van het College een juridisch wel bindend arrest wees in een soortgelijke zaak, waarin het Hof een andere lijn lijkt voor te staan dan het College (HvJ EU 29 april 2015, zaak C-528/13 (*Léger*), ECLI:EU:C:2015:288, *EHRC* 2015/145 m.nt. Hendriks). Anders dan het College acht het Hof de permanente uitsluiting van MSM als bloeddonor niet in strijd met het recht zolang de uitsluiting noodzakelijk en proportioneel is vanuit volksgezondheidsperspectief. Betekent dit nu dat verzoekers in de zaak bij het College achteraf alsnog in het ongelijk

worden gesteld? Of laat het EU-recht ruimte voor het door het College voorgestane beleid waarin meer gewicht toekomt aan gelijke behandelingsbelang? Een analyse.

2. Het door bloedbanken gevoerde uitsluitingsbeleid jegens homoseksuele mannen en andere zogeheten risicogroepen ter voorkoming van de verspreiding van HIV via gedoneerd bloed is al jaren lang omstrede. Diverse groepen voelen zich door dit beleid gediscrimineerd. Dat komt in het bijzonder omdat bloedbanken ook onderscheid maken op grond van groepskenmerken in plaats van uitsluitend te kijken naar individuele risicofactoren. De betreffende groepskenmerken, zoals ras en seksuele voorkeur, leiden in het maatschappelijk verkeer vaker tot uitsluiting en genieten daarom bescherming door de Grondwet (art. 1), gelijkebehandelingswetten en diverse verdragen. Toetsing van het door de bloedbanken gevoerde beleid aan de nationale gelijkebehandelingswetgeving is evenzeer omstrede. De Awgb en andere gelijkebehandelingswetten verplichten tot het gelijk behandelen van mensen op de terreinen die onder het bereik van die wetten vallen, tenzij er sprake is van een limitatief in die wetten genoemde uitzondering. Die uitzonderingen zijn bij een grond als seksuele voorkeur, zeker indien direct onderscheid wordt gemaakt op die grond, uiterst beperkt. Regelmatig wordt dit toetsingskader, bedoeld om maximale rechtszekerheid te bieden, als te rigide ervaren. Dat geldt in het bijzonder op een terrein als de volksgezondheid, waar criteria als ras en seksuele voorkeur soms juist wel relevant zijn. Tegelijkertijd stelt de wet 'hoge eisen van veiligheid, doelmatigheid en kwaliteit' aan de bloedvoorziening (art. 2 lid 1 onder b Wet inzake bloedvoorziening of Wibv). Sanquin, door de minister aangewezen als de organisatie verantwoordelijk voor de bloedvoorziening in Nederland (art. 3 lid 1 Wibv), heeft aan deze verplichting te voldoen – een plicht die op gespannen voet staat met de plicht alle aspirantdonoren gelijk te behandelen ongeacht afkomst en seksuele voorkeur gelet op de prevalentiever schillen en de problemen om HIV altijd te kunnen detecteren.

Deze achtergrond verklaart ook, in ieder geval deels, waarom het College en zijn voorganger de CGB in de zaken over de uitsluiting van homoseksuele mannen als bloeddonor steeds tot een ander oordeel zijn gekomen. Daarnaast is de kennis over de risico's op HIV-infectie via bloed en bloedproducten in de loop der jaren gewijzigd, hetgeen ook tot andere inzichten met betrekking tot selectie en screening kan leiden.

3. In 1998 oordeelde de CGB voor het eerst over de uitsluiting van homoseksuele mannen als bloeddonoren door bloedbanken. Allereerst moest de CGB bepalen of het weigeren van personen als bloeddonor wel een handelen is dat onder de reikwijdte van de AWGB valt. De CGB kwam tot de verrassende conclusie dat de keuring, de afname, bewaring en bewerking van bloed kan worden aangemerkt als dienstverlening in de zin van de Awgb, zodat de normen van die wet van toepassing waren. Verbaasd, omdat bij een bloeddonatie toch bovenal de donor een dienst aanbiedt en niet de bloedbank als dienstverlener kan worden gezien. Tegelijkertijd oordeelde de CGB dat het weigeren van mannen die seks hebben (gehad) met mannen niet rechtstreeks verwijst naar seksuele gerichtheid, maar dat er slechts een indirect verband is. Niet zozeer homoseksuele mannen werden uitgesloten maar mannen met een verhoogd risico op HIV vanwege hun seksuele relaties. Door deze creatieve oplossing kon het CGB oordelen dat het permanent uitsluiten objectief was gerechtvaardigd. Immers, indien sprake was van direct onderscheid, was het onderscheid hoe dan ook verboden omdat de Awgb geen uitzonderingsmogelijkheden kent. Door het onderscheid als indirect aan te merken, kwam de CGB toe aan de objectieve rechtvaardigingstoets en kon het beleid van de bloedbanken alsnog worden gesauveerd. Deze uitspraak had natuurlijk veel weg van het naar een bepaalde conclusie toe redeneren en kwam de CGB in de literatuur daarom op harde kritiek te staan (CGB 15 december 1998, oordelen 1998-137/139, *Oordelenbundel 1998*, p. 657 en p. 674, AB 1999, 227 m.nt. Holtmaat, *NJCM-Bulletin 1999*,

p. 919 m.nt. Loenen, *Rechtshulp* 1999, nr. 4, p. 21 m.nt. Hendriks).

4. In 2007 boog de CGB zich wederom over dit vraagstuk. Ook toen oordeelde de CGB dat sprake was van een handelen dat viel aan te merken als dienstverlening, zodat de Awgb van toepassing is. Ditmaal oordeelde de CGB dat het uitsluiten van mannen die seks hebben (gehad) met mannen direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid oplevert. Deze, mijns inziens zuivere juridische redenering bracht de CGB wel in de problemen. Dit bracht namelijk met zich dat het beleid van de bloedbanken sowieso verboden was. Dit ging de CGB te ver. Zij overwoog dat zij een wettelijke regel buiten toepassing kon laten indien de gevolgen daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zouden zijn. Gelet op de volksgezondheidsbelangen en de belangen van de ontvangers van gedoneerd bloed was daarvan, volgens de CGB, sprake als bloedbanken de mogelijkheid zou worden ontzegd MSM de toegang tot het donorschap te ontzeggen. De CGB onderschreef daarmee de wijze waarop Sanquin haar wettelijke volksgezondheidsstaak opvat om te zorgen voor de kwaliteit en veiligheid van donorbloed.

Dus via een beroep op een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond oordeelde de CGB in 2007 *de facto* hetzelfde als in 1998, ware het niet dat de CGB de bloedbanken nadrukkelijk opdroeg hun 'verantwoordelijkheid jegens personen met een seksuele gerichtheid te nemen door te (blijven) zoeken naar middelen om een minder stigmatiserend beleid te kunnen voeren' (CGB 31 mei 2007, oordeel 2007-85, *Oordelenbundel* 2008, m.nt. Gerards, p. 306-317, *GJ* 2007, 132 m.nt. De Witte-van den Haak, *TvGR* 2007, 25).

5. Dit laatste *obiter dictum* speelt een belangrijke rol in het hierboven afgedrukte oordeel van het College uit 2015. Na een uitvoerige beschouwing en onder verwijzing naar het voornemen van de Minister van VWS om de permanente uitsluiting van MSM te willen herzien (*Kamerstukken II* 2012/13, 30 420, nr. 178), ontwikkelingen in andere landen en een recent onderzoek van Sanquin en de Universiteit van

Maastricht (B. Romeijn, A.M. van Dongen, W.L.A.M. de Kort & G.J. de Kok, *Bloeddonatie onderzoek naar non-compliance en (seksueel) gedrag*, januari 2015 – Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 29 447 nr. 30) acht het College de permanente uitsluiting van MSM van bloedvoorziening niet langer noodzakelijk. De maatregel is onevenredig nadelig en stereotyperend voor de betreffende doelgroep, aldus het College, ook al komt HIV bij MSM 100 maal meer voor dan bij andere mannen en bestrijdt het College niet dat er sinds 2007 geen betere technieken op de markt zijn gekomen om HIV in het bloed aan te tonen. Het College neemt eveneens voor waar aan dat beveiliging via pathogeeninactivatie geen reëel veiligheidsalternatief is. Het College meent daarentegen, in lijn met het onderzoek van Sanquin en de Universiteit van Maastricht, dat meer mag worden vertrouwd op de juistheid van de antwoorden van personen die zich als donor aanmelden in combinatie met het tijdelijk uitsluiten van personen van risicogroepen. Dat is in de perceptie van het College minder stereotyperend en daarmee minder onderscheid makend.

6. Bovengenoemd oordeel van het College vormt het logische gevolg op het oordeel van de CGB uit 2007. Ook thans concludeert het College dat bloeddonaties onder de reikwijdte van de Awgb vallen, dat het volksgezondheidsbelang als buitenwettelijke uitzonderingsgrond als toetsingscriterium mag worden gehanteerd en dat bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het door Sanquin gehanteerde beleid tevens moet worden gekeken naar het stereotyperende effect. Tegen al die aannames kan iets worden ingebracht. Zo zijn er goede redenen om het door Sanquin gevoerde beleid buiten het toetsingsbereik van de Awgb te houden omdat hier sprake is van eenzijdig overheidshandelen (vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 28 481, nr. 5) en het gekunsteld blijft om bloedbanken als dienstverleners – aanbieders van goederen en diensten – aan te merken (art. 7 Awgb, zie ook J.H. Gerards bij haar noot in *Oordelenbundel* 2008, p. 657 en p. 674). Voor de lezers van dit blad zijn de twee laatste veronderstellingen van het College, toetsen aan de volksgezond-

heidsexceptie en kijken naar stereotyperend effect van beleid, vermoedelijk het meest van belang.

7. De Awgb-wetgever heeft bewust gekozen voor een gesloten systeem van uitzonderingen op de regel dat geen onderscheid mag worden gemaakt tussen personen op grond van bepaalde kenmerken, waarbij hij de CGB en rechter – omwille van de rechtszekerheid – niet de mogelijkheid heeft willen laten om redenen van redelijkheid en billijkheid andere uitzonderingen op de gelijkebehandelingsnorm te introduceren. Voor die onderdelen van de Awgb die een uitwerking vormen van EU-richtlijnen zou dat ook neerkomen op een onjuiste implementatie van EU-recht en daarom niet zijn toegestaan. Niettemin heeft de CGB, feitelijk al in 2006 (oordeel 2006-20), in de vorige bloeddonorzaak het volksgezondheidsbelang als buitenwettelijke uitzondering geaccepteerd, in ieder geval met betrekking tot de grond seksuele gerichtheid. Van diverse zijden is er vervolgens op aangedrongen bij de regering om de volksgezondheidsexceptie te codificeren, in ieder geval wat betreft de gronden seksuele gerichtheid en handicap/chronische ziekte. De regering staat welwillend ten opzichte van dit voorstel (*Kamerstukken II 2013/14, 28 481, nr. 22*), maar dit heeft nog immer niet geresulteerd in een wijziging van de wet. Het is dan de vraag of het aan het College is om de Awgb uit te leggen alsof deze uitzondering reeds is goedgekeurd door de wetgever. Tegelijkertijd kan heel goed worden betoogd dat het College, dat immers een taak heeft om alle mensenrechten te bevorderen, bepalingen van de Awgb buiten toepassing laat wegens strijd met andere mensenrechten. Dat argument zie ik evenwel niet terug in het hier aan de orde zijnde oordeel, maar had het College kunnen toevoegen.

8. De toetsing door het College van het door Sanquin gevoerde selectiebeleid aan de volksgezondheidsexceptie is in zoverre lastig, dat het College daarmee niet alleen de rechtmatigheid maar ook de doelmatigheid van dat beleid onderzoekt. Het is de vraag of het wenselijk is dat het College het handelen van Sanquin, dat wettelijk de veiligheid en kwaliteit van de bloedvoorraad moet waarborgen,

volgens eigen gelijkebehandelingsmaatstaven onderzoekt, waarbij het in het bijzonder let op het stereotyperende effect van beleid – een criterium dat de Awgb niet kent. Volgens het onderzoek van Sanquin en de Universiteit van Maastricht is er een risico van 1,4% dat aspirantdonoren geen juiste informatie over hun seksuele gedrag verstrekken. Is het dan aan het College om te zeggen dat Sanquin dit risico moet accepteren? Ik vind dat zeer lastig, mede gelet op het feit dat moeilijk kan worden volgehouden dat personen die als bloeddonor worden geweigerd ernstig in hun belangen worden geschaad. Dit terwijl een HIV-infectie wel tot zeer ernstige gezondheidsschade bij de ontvanger leidt. Getuigt dit van een juiste belangenafweging? Bovendien is het gevolg van de uitspraak dat Sanquin nog steeds direct onderscheid mag maken op grond van seksuele gerichtheid – iets dat volgens de Awgb gewoon niet mag. Omdat niet-permanente uitsluiting minder stereotyperend is, zou dat volgens het College wel mogen.

9. De juistheid van het oordeel van het College leek vijf dagen later door het Hof van Justitie EU al in twijfel te worden gebracht in de zaak *Léger* (Hv) EU 29 april 2015, zaak C-528/13 (*Léger*), ECLI:EU:C:2015:288, *EHRC 2015/145* m.nt. Hendriks). Het Hof werd hier gevraagd te oordelen over de toelaatbaarheid van de permanente uitsluiting van MSM als bloeddonor in Frankrijk. Daartoe werd het Hof verzocht te bezien of het Franse uitsluitingsbeleid in overeenstemming was met Richtlijn 2004/33/EG inzake bepaalde technische voorschriften voor bloed en bloedbestanddelen. Deze richtlijn bepaalt dat personen die als gevolg van hun seksueel gedrag een groot risico hebben om ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen, permanent worden uitgesloten van bloeddonatie. Het Hof onderzoekt in zijn arrest ook hoe het door Frankrijk gevoerde beleid zich verhoudt tot de door de EU erkende grondrechten, waaronder het verbod van discriminatie. Het Hof oordeelde in deze zaak dat de Franse autoriteiten hebben kunnen oordelen dat de permanente uitsluiting, gelet op de situatie in Frankrijk en de mogelijkheden tot voorkoming van HIV-

overdracht, noodzakelijk is en daadwerkelijk beantwoordt aan de algemene doelstelling van het waarborgen van een hoog niveau van bescherming van de menselijke gezondheid. Daarmee is de permanente uitsluiting van MSM in Frankrijk volgens het Hof niet ontoelaatbaar. Tegelijkertijd legt het Hof de nationale rechter de taak op te onderzoeken of er geen minder belastende methoden zijn dan de permanente uitsluiting van bloeddonatie om een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van de ontvangers te waarborgen, met name of met behulp van de vragenlijst en het persoonlijke gesprek met een gezondheidswerker de seksuele risicogedragingen nauwkeuriger kunnen worden geïdentificeerd. Anders gezegd, als permanente uitsluiting kan worden voorkomen door minder op de gelijke behandeling ingrijpende voorzorgsmaatregelen, dat heeft dit volgens het Hof de voorkeur. Een klassiek voorbeeld van toepassing van het subsidiariteitsbeginsel.

10. Mijns inziens zijn het oordeel van het College en het arrest van het Hof van Justitie EU niet met elkaar in tegenspraak. Daar waar het College oordeelt dat permanente uitsluiting van MSM niet noodzakelijk is omdat er minder verstreckende mogelijkheden zijn om het risico op HIV-overdracht te verkleinen, concludeert het Hof dat permanente uitsluiting van MSM (nog) is toegestaan totdat is gebleken dat de bloedveiligheid anderszins adequaat kan worden gewaarborgd. Het Hof benadrukt dat de epidemiologische situatie in Frankrijk zeer bijzonder is. De prevalentie van HIV onder MSM is daar tweehonderd maal hoger dan onder leden van de algemene

bevolking. In Nederland is dat honderd keer hoger. Of dit enkele feit het verschil in uitkomst verklaart, is niet duidelijk. Het Hof oordeelt feitelijk alleen dat het Franse beleid thans niet in strijd is met het EU-recht, maar verplicht de nationale rechter – net als de CGB in 2007 Sanquin een verplichting oplegde – te zoeken naar alternatieven. Het College oordeelt dat er goede gronden zijn om het selectiebeleid van de bloedbanken nu reeds minder streng te laten zijn.

11. Het oordeel van het College voor de Rechten van de Mens valt aldus, gelet op eerdere uitspraken van de CGB, goed te verklaren en is niet strijdig met het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Léger*. Dat laat onverlet dat op de onderbouwing van het oordeel van het College en de gevolgde wijze van toetsing kritiek mogelijk is. Bloedbanken aanmerken als aanbieder van diensten blijft lastig, sterker: is erg gekunsteld. Een buitenwettelijk toetsingscriterium hanteren, waardoor de evenredigheid van het beleid van een gespecialiseerde organisatie vol wordt getoetst, is vanuit het perspectief van de gelijkebehandeling moeizaam en kan het gezag van het College ondermijnen. Dat gezag is van belang, zeker nu zijn oordelen juridisch niet bindend zijn. Niettemin denk ik dat de meeste mensen vrede zullen hebben met de uitkomst, zeker nu een ‘tijdelijke uitsluiting’ ruimte laat voor maatwerk met betrekking tot de lengte van de tijdelijkheid en een uitsluiting van vele jaren ook tijdelijk is.

A.C. Hendriks hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden, en lid van de redactie van dit tijdschrift

2015/189 Hof 's-Hertogenbosch (KG) 12 mei 2015 (m.nt. Mr. M.J. Mutsaers)

Zorgverzekeraar, aanbestedende dienst

Hof 's-Hertogenbosch (arrest in kort geding) 12 mei 2015 (mrs. J.M. Brandenburg, J.C.J. van Craaikamp

en H.E. de Boer), zaaknr. HD200.151.805_01, ECLI:NL:GHSHE:2015:1697.

Het hof overweegt (post alia, red.):