Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
PAOLA MENGOZZIHO
přednesené dne 17. července 2014[1]

Věc C-528/13

Geoffrey Léger
proti
Ministre des affaires sociales de la Santé et des Droits des femmes
proti
Établissement français du sang

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná tribunal administratif de Strasbourg (Francie)]

„Veřejné zdraví — Darování krve — Kritéria pro způsobilost dárců — Kritéria pro trvalé či dočasné vyloučení — Definitivní vyloučení mužů udržujících sexuální styky s jiným mužem — Zásada zákazu diskriminace na základě sexuální orientace — Proporcionalita“

Obsah

I – Právní rámec 2

A – Unijní právo 2

B – Francouzská právní úprava 3

II – Spor v původním řízení a předběžná otázka 4

III – Řízení před Soudním dvorem 5

IV – Právní rozbor 5

A – Shrnutí pozice francouzské vlády 5

B – Posouzení 7

1. K výkladu bodu 2.1 přílohy III směrnice 2004/33 7

a) Bod 2.1 přílohy III směrnice 2004/33 lze uplatnit pouze v případě vysokého rizika nákazy vážným infekčním onemocněním přenositelným krví 7

1 — Původní jazyk: francouzština.

b) Je skutečnost, že muž udržoval či udržuje sexuální styky s jiným mužem „sexuálním chováním“ ve smyslu bodu 2.1 přílohy III směrnice 2004/33? 8

2. K posuzovací pravomoci ponechané členským státům směrnicí 2004/33 a jejich možnosti zachovat či zavést přísnější ochranná opatření 9

a) Dodržení ustanovení smlouvy jako hranice pro výkon vnitrostátních pravomocí 9

b) Ministerská vyhláška zakládá nepřímou diskriminaci na základě pohlaví a sexuální orientace 11

c) Je rozdílné zacházení odůvodněné a proporcionální? 11

V – Závěry 14

1. Projednávaná žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká choulostivé problematiky, a sice slučitelnosti vnitrostátního opatření, které z dárcovství krve trvale vylučuje muže, již udržují či udržovali sexuální styky s jinými muži, s unijním právem.

I – **Právní rámec**

A – *Unijní právo*

2. Právní rámec v unijním právu lze shrnout následovně.

3. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/98/ES ze dne 27. ledna 2003, kterou se stanoví standardy jakosti a bezpečnosti pro odběr, vyšetření, zpracování, skladování a distribuci lidské krve a krevních složek a kterou se mění směrnice 2001/83/ES [2], jež byla přijata na základě čl. 152 odst. 4, bod písm. a) ES [nyní čl. 168 odst. 4 písm. a) SFEU], vychází z konstatování unijního zákonodárce, podle něhož „jakost a bezpečnost [plné krve, plazmy a krevních buněk lidského původu] není předmětem úpravy žádného závazného právního předpisu Společenství, pokud jsou určené k transfuzi a nejsou zpracovávané jako takové“ [3]. Uvedený zákonodárce tedy proklamuje svůj úmysl přijmout ustanovení zajišťující, „aby krev a její složky, ať je jejich zamýšlený účel jakýkoliv, měly srovnatelnou jakost a bezpečnost v celém transfuzním řetězci ve všech členských státech s ohledem na volný pohyb občanů na území Společenství“, přičemž stanovení vysokých standardů jakosti a bezpečnosti má přispět k ubezpečení veřejnosti [4]. Směrnice 2002/98 tak sleduje cíl stanovit standardy jakosti a bezpečnosti lidské krve a krevních složek takovým způsobem, aby byla zajištěna vysoká úroveň ochrany lidského zdraví [5]. Členským státům ukládá mimo jiné povinnost zajistit, aby činnosti související s odběrem a vyšetřením lidské krve a krevních složek bez ohledu na jejich zamýšlený účel a s jejich zpracováním, skladováním a distribucí, jsou-li určeny pro transfuzi, prováděla pouze řádně určená a schválená zařízení, která podléhají různým inspekcím a kontrolním opatřením [6]. Zakotvil rovněž zásadu sledovatelnosti krve, bezplatnosti a dobrovolnosti dárcovství, jakož i povinné vyšetření každé darované krve [7].

2 — Úř. věst. 2003, L 33, s. 30; Zvl. vyd. 15/07, s. 346.

3 — Bod 3 odůvodnění směrnice 2002/98.

4 — Bod odůvodnění 3 směrnice 2002/98/ES.

5 — Článek 1 směrnice 2002/98/ES.

6 — Články 5 a 8 směrnice 2002/98/ES.

7 — Články 14, 20 a 21 příloha IV směrnice 2002/98/ES.

4. Podmínky způsobilosti darovat krev a plazmu, tj. zejména kritéria pro trvalé a dočasné vyloučení z dárcovství, však nestanoví směrnice 2002/98, ale směrnice Komise 2004/33/ES ze dne 22. března 2004, kterou se provádí směrnice 2002/98[8], pokud jde o některé technické požadavky na krev a krevní složky, na základě postupu projednání ve výborech podle článku 28 směrnice 2002/98[9].

5. Tyto podmínky tedy stanovila směrnice 2004/33. V její příloze III jsou stanovena kritéria způsobilosti dárců plné krve a krevních složek. Bod 2 přílohy III obsahuje kritéria pro vyloučení uvedených dárců.

6. Bod 2.1 přílohy III uvádí v tabulce kritéria pro trvalé vyloučení dárců allogenních odběrů[10]. Popis sexuálního chování uvedeného v tabulce je následující: „Osoby, jejichž sexuální chování je vystavuje vysokému riziku získání závažných infekčních onemocnění, která mohou být přenášena krví“.

7. Bod 2.2 přílohy III uvádí kritéria pro dočasné vyloučení dárců allogenních odběrů a bod 2.2.2 uvedené přílohy obsahuje konkrétně kritéria pro vyloučení dárců týkající se expozice riziku infekčního onemocnění přenosného transfúzí. V položce tabulky pro „osoby, jejichž chování nebo činnosti je vystavují riziku získání infekčních onemocnění, která mohou být přenesena krví“ je uvedeno následující vyloučení: „Po ukončení rizikového chování se vyloučí na období stanovené podle daného onemocnění a podle dostupnosti vhodných testů“.

B – *Francouzská právní úprava*

8. Ministr zdravotnictví a sportu přijal dne 12. ledna 2009 vyhlášku, kterou se stanoví kritéria pro výběr dárců krve[11] (dále jen „ministerská vyhláška“).

9. Článek 1 ministerské vyhlášky stanoví podmínky, za nichž lze darovat krev. Podle článku 1 hlavy V bodu 1, který se týká klinické charakteristiky dárce, posoudí osoba pověřená výběrem dárců možné dárcovství s ohledem na kontraindikace a jejich trvání, stáří a jejich vývoj za pomoci doplňujících otázek v dotazníku vyplňovaném před darováním[12]. Tyto otázky se případně pokládají při systematickém pohovoru probíhajícím před darováním. Podle tohoto ustanovení nemůže dárce darovat krev, vyskytne-li se u něj kontraindikace uvedená v jedné z tabulek přílohy II ministerské vyhlášky. Je stanoveno, že zdravotnické orgány mohou změnit, doplnit či vyjmout kontraindikace darování krve v závislosti na konkrétní epidemiologické situaci a hemovigilanci.

8 — Úř. věst. L 91, s. 25; Zvl. vyd. 15/08, s. 272.

9 — Viz článek 29 směrnice 2002/98/ES.

10 — A sice odběry určené jiné osobě, a nikoli sobě samému, kterýžto případ je jako jediný předmětem zájmu v projednávané věci (viz bod 2 přílohy I směrnice 2004/33).

11 — JORF ze dne 18. ledna 2009, s. 1067.

12 — Dotazník je dostupný na následující adrese: http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr %E9-don_pour_la_m % E9tropole.pdf.

10. Příloha II ministerské vyhlášky obsahuje tabulky s kontraindikacemi. Tabulka B konkrétně uvádí kontraindikace v případě rizika pro příjemce. Část tabulky B věnovaná rizikům souvisejícím s přenosem virové infekce zní následovně:

Přenesení virové infekce	Riziko expozice potenciálního dárce sexuálně přenosnému infekčnímu onemocnění	Nechráněný sexuální styk / nechráněné sexuální styky s příležitostným partnerem	KI[*] čtyři měsíce po posledním nechráněném sexuálním styku
		Více sexuálních partnerů: více než jeden partner za poslední čtyři měsíce	KI čtyři měsíce po ukončení styku s více sexuálními partnery
		Muž udržující sexuální styky s jiným mužem	KI trvale
		Nechráněné sexuální styky s novým partnerem po kratší dobu než dva měsíce	KI čtyři měsíce po posledním nechráněném sexuálním styku
	Riziko expozice sexuálního partnera potenciálního dárce sexuálně přenosnému infekčnímu onemocnění	Partner, jenž měl za poslední čtyři měsíce více než jednoho partnera	KI čtyři měsíce
		Partner, jenž si injekčně aplikoval drogy či dopingové látky, u něhož není znám serologický stav HIV[**] a HBV	KI čtyři měsíce po posledním sexuálním styku
		Partner s pozitivním serologickým nálezem na: HIV, HTLV, HBV, (AgHBs+)	KI čtyři měsíce po posledním sexuálním styku […]
		Partner, jenž nedávno prodělal PPI nebo se léčí	KI čtyři měsíce po vyléčení partnera
* – KI: kontraindikace.			
** – HIV: Human Immunodeficiency Virus (virus lidské imunodeficience).			

II – **Spor v původním řízení a předběžná otázka**

11. Dne 29. dubna 2009 odmítl lékař Etablissement français du sang (EFS) dárcovství krve, které si přál učinit Geoffroy Léger, s odůvodněním, že posledně jmenovaný uvedl, že je homosexuál.

12. V zamítavém rozhodnutí uplatnil lékař EFS ministerskou vyhlášku, podle níž je trvalou kontraindikací k dárcovství krve skutečnost, že měl potenciální dárce sexuální styk s mužem.

13. Geoffrey Léger předložil předkládajícímu soudu žalobu znějící na zrušení tohoto rozhodnutí. Tvrdí konkrétně, že ministerská vyhláška, která stanoví výše uvedenou trvalou kontraindikaci, je v rozporu se směrnicí 2004/33 a její přílohou II bod B[13] a přílohou III bod 2.1. a je rovněž v rozporu s články 3, 8 a 14 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod podepsané v Římě dne 4. listopadu 1950 (dále jen „EÚLP“), jakož i se zásadou rovnosti.

13 — Část B přílohy II směrnice 2004/33 je věnována informacím, které musí transfúzní zařízení získat od dárců při každém darování.

14. Vzhledem k obtížím při výkladu unijního práva se tak tribunal administratif de Strasbourg rozhodl přerušit řízení a předkládacím rozhodnutím, které kanceláři Soudního dvora došlo dne 8. října 2013, položil Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku na základě článku 267 SFEU:

„Představuje s ohledem na přílohu III směrnice [2004/33] okolnost, že muž měl sexuální styky s jiným mužem, sama o sobě sexuální chování, kterým se osoba vystavuje riziku nákazy závažnými infekčními onemocněními, jež se přenášejí krví, a které odůvodňuje trvalé vyloučení osob s takovýmto sexuálním chováním z možnosti darovat krev, nebo může být podle okolností daného konkrétního případu pouze sexuálním chováním, kterým se osoba vystavuje riziku nákazy závažnými infekčními onemocněními, jež se přenášejí krví, a které odůvodňuje dočasné vyloučení možnosti darovat krev během určitého období po skončení rizikového chování?“

III – **Řízení před Soudním dvorem**

15. Písemná vyjádření Soudnímu dvoru předložily pouze francouzská vláda a Evropská komise.

IV – **Právní rozbor**

A – *Shrnutí pozice francouzské vlády*

16. Podle francouzské vlády nebrání směrnice 2004/33 tomu, aby členský stát považoval skutečnost, že muž udržuje sexuální styky s jiným mužem (MSM)[14], za sexuální chování vystavující riziku nákazy vážným infekčním onemocněním přenosným krví, jež je důvodem pro trvalé vyloučení z dárcovství.

17. Zaprvé sexuální chování, při němž se muž sexuálně stýká s jiným mužem, je podle francouzské vlády sexuálním chováním, jež samo o sobě odůvodňuje trvalé vyloučení z dárcovství. Směrnice 2002/98 spadá v širším kontextu do rámce společné zdravotní politiky a jejím cílem je stanovit vysoké standardy jakosti a bezpečnosti – kteréžto cíle prostupují uvedenou směrnicí – koordinovaným přístupem k bezpečnosti krve v návaznosti na případy infekce přenesené transfúzí. Směrnice 2002/98 byla přijata na základě čl. 152 odst. 4 písm. a) ES. Hlavním cílem je dále ochrana příjemce darované krve a směrnice v tomto ohledu stanoví, že darovaná krev musí pocházet od osob, jejichž zdravotní stav je takový, že v důsledku odběru nevzniknou žádné nežádoucí účinky a že je minimalizováno jakékoliv riziko přenosu infekčního onemocnění[15]. Selekce dárců je právě jedním ze tří způsobů jak toto riziko snížit[16].

18. Směrnice 2004/33 sice stanoví, že osoby, jejichž sexuální chování je vystavuje riziku nákazy vážnými infekčními onemocněními přenosnými krví, jsou trvale vyloučeny z dárcovství, avšak tento pojem nedefinuje. Na stejné vystavení se riziku se navíc vztahuje bod 2.2.2 přílohy III uvedené směrnice, který stanoví kritéria pro dočasné vyloučení. Jiná jazyková znění se navíc liší. V takovém případě je podle ustálené judikatury Soudního dvora třeba hledět na obecnou systematiku a cíle směrnice, kterými je podle francouzské vlády maximální omezení rizika a zavedení vysokých standardů

14 — Akronym MSM je českým ekvivalentem anglického výrazu „men having sex with men“ (MSM), který začali v 90. letech používat epidemiologové pro muže, již udržovali sexuální styky s jinými muži, nehledě na jejich případné sexuální styky se ženami či na to, zda se z osobního a společenského hlediska identifikují jako bisexuálové či gayové (Zdroj: „Terminologický průvodce UNAIDS“, revidované znění, říjen 2011, s. 19).

15 — Bod odůvodnění 24 směrnice 2002/98/ES.

16 — Společně s testováním každého vzorku darované krve a postupem k neutralizaci virů.

bezpečnosti a jakosti. V tomto kontextu je přechodné riziko důvodem pro dočasné vyloučení a vyšší riziko, které může být důvodem pro tvrdší opatření, může vést k trvalému vyloučení. Činnost Unie v této oblasti doplňuje činnost členských států a s ohledem na jejich odpovědnost [17] je na nich, aby riziko posoudily na základě vlastní epidemiologické situace.

19. Francouzská vláda v tomto bodě zmiňuje statistiky, podle nichž je ve srovnání se zbytkem populace počet osob žijících s HIV [18] 65krát vyšší v populaci MSM. Pokud jde o nákazu HIV [19], v roce 2008 bylo z 6 940 nově nakažených 3 320 osob z populace MSM. Vzhledem k imunologickému oknu, během něhož nelze viry HIV 1 (12 dní) a HIV 2 (22 dní) zjistit testováním je podle ní taková situace pro účely darování krve značně problematická. Rada Evropy podle ní ostatně v rezoluci ze dne 27. března 2013 [20] potvrdila, že populace MSM je vystavena vysokému riziku nákazy, a tedy přenosu závažných infekčních onemocnění, která jsou přenosná krví.

20. Zadruhé francouzská vláda tvrdí, že vzhledem k těmto skutečnostem nemůže být vyloučení pouze dočasné. Rada Evropy požaduje, aby se dočasná kontraindikace uplatnila jen v případě, že bylo zjištěno, že dotyčné chování nevystavuje osobu vysokému riziku. Tato Rada přitom při posuzování vlivu dárcovství krve od populace MSM na bezpečnost transfúzí dospěla k závěru, že riziko přenosu HIV je vyšší [21]. Francouzská vláda má za to, že „chování" MSM je vystavuje vysokému, a nikoli přechodnému riziku, o čemž svědčí již zmíněné statistické údaje. Dodává, že reziduální riziko nákazy HIV, tj. poměr nakažených osob darujících krev a celkový počet dárců, činí 1 potenciálně nakažený dárce z 2 900 000 a že polovina dárců nakažených HIV pochází z populace MSM, která podle ní čím dál častěji daruje krev navzdory trvalé kontraindikaci. Francouzská vláda zastává názor, že by změna z trvalého vyloučení na dočasné vyslala nesprávný signál populaci MSM, kde v současnosti převládá tendence nezapojovat se do transfúzního řetězce, a že by hrozilo, že se darování krve stane dalším způsobem šíření HIV a dojde k minimalizaci významu obecného diskursu zaměřeného na prevenci proti HIV.

21. Francouzská vláda rovněž tvrdí, že považovat trvalé vyloučení populace MSM za vyloučení v rozporu se směrnicí 2004/33 by zbavilo bod 2.1 přílohy III uvedené směrnice užitečného účinku. Ačkoli podle ní existují jiné způsoby sexuálního chování vystavující riziku nákazy [22], v porovnání s populací MSM vystavují podle ní všechna menšímu riziku nákazy vážným infekčním onemocněním přenosným krví, což dosvědčují výše uvedené statistické údaje. Takové riziko přitom neodpovídá případu uvedenému v bodě 2.1 přílohy III, takže si francouzská vláda klade otázku, co by mu mohlo odpovídat. Dovozuje z toho, že populaci MSM nelze než trvale vyloučit.

22. Zatřetí, pokud by měl být bod 2.1 přílohy III směrnice 2004/33 vykládán v tom smyslu, že populace MSM může být vyloučena pouze dočasně, členský stát by podle ní stále mohl uplatnit přísnější ochranná opatření a považovat takové riziko za riziko odůvodňující trvalé vyloučení. Francouzská vláda připomíná článek 6 písm. a) SFEU a čl. 168 odst. 4 písm. a) SFEU. Posledně uvedené ustanovení stanoví, že členské státy mohou taková opatření zachovat či zavést, což uvádí nejen bod 22 odůvodnění, ale i čl. 4 odst. 2 směrnice 2002/98, podle něhož uvedená směrnice nebrání členským státům zachovat či zavést přísnější ochranná opatření s ohledem na ustanovení smlouvy. Ochrana lidského zdraví a života osob zaujímá podle ustálené judikatury přednostní postavení mezi Unií chráněnými statky a zájmy a členské státy se mohou volně rozhodnout o tom, nakolik a jakým způsobem je budou

17 — Francouzská vláda zde uvádí čl. 168 odst. 7 SFEU.

18 — Tj. prevalence, tradičně definovaná jako množství osob žijících s HIV v populaci k určitému okamžiku (Zdroj: výše uvedený „*Terminologický průvodce UNAIDS*", s. 23).

19 — Tj. počet nových osob nakažených HIV v určitém období v určité populaci (Zdroj: výše uvedený „*Terminologický průvodce UNAIDS*", s. 16).

20 — Rezoluce Výboru ministrů Rady Evropy CM/Res(2013)3 ze dne 27. března 2013 o sexuálním chování dárců krve majícím vliv na bezpečnost transfúzí.

21 — Francouzská vláda v tomto bodě vychází z výše uvedené rezoluce CM/Res(2013)3.

22 — Jako nechráněný sexuální styk s příležitostným partnerem či novým partnerem, trvá-li vztah méně než dva měsíce, sexuální styk s více než jedním partnerem v posledních čtyřech měsících či sexuální styk s partnerem, který měl v posledních čtyřech měsících více než jednoho partnera.

chránit, takže podle francouzské vlády nic nebrání tomu, aby členský stát trvale vyloučil populaci MSM z dárcovství z důvodu vysokého rizika, kterému tato populace dárce vystavuje, což potvrzují i epidemiologické údaje poskytnuté francouzskou vládou. Přísnější ochranné opatření formou takového vyloučení je tedy podle ní přiměřené legitimnímu sledovanému cíli.

B – *Posouzení*

23. Nejprve je třeba určit, zda lze sexuální styk muže s jiným mužem považovat za „sexuální chování“ vystavující vysokému riziku nákazy vážným infekčním onemocněním ve smyslu bodu 2.1 přílohy III směrnice 2004/33.

24. Pokud by tomu tak nebylo, je třeba na druhém místě zkoumat, zda může členský stát při výkonu posuzovací pravomoci, kterou je tradičně nadán v oblasti veřejného zdraví, přijmout takové přísnější ochranné opatření, které z dárcovství krve trvale vylučuje populaci MSM.

1. K výkladu bodu 2.1 přílohy III směrnice 2004/33

a) Bod 2.1 přílohy III směrnice 2004/33 lze uplatnit pouze v případě vysokého rizika nákazy vážným infekčním onemocněním přenositelným krví

25. Způsob, jakým má být vykládán důvod pro vyloučení uvedený v bodě 2.1 přílohy III směrnice 2004/33, je předmětem diskuze tím spíše – jak zdůraznila francouzská vláda, že jeden z dočasných důvodů uvedený v bodě 2.2.2 uvedené přílohy je formulován stejně, jelikož zmiňuje „[o]soby, jejichž chování nebo činnosti *je vystavují riziku* získání infekčních onemocnění, která mohou být přenesena krví“ [23]. Úmyslem zákonodárce zjevně nemohlo být vyloučit v jednom případě totožně definované chování trvale a v druhém dočasně. Francouzská vláda i Komise v tomto ohledu poukázaly na rozdílná jazyková znění přílohy III směrnice 2004/33.

26. Podle uvedených jazykových znění se totiž dočasné vyloučení vztahuje pouze na riziko a trvalé vyloučení se vztahuje na riziko vysoké [24]; nebo příloha III uvádí v obou případech vysoké riziko [25]; nebo jako u francouzského znění hovoří příloha v obou případech bez dalšího pouze o „riziku“ [26]. Nutnost vykládat unijní právo jednotně však vylučuje, aby bylo v případě pochybnosti ustanovení posuzováno izolovaně, a vyžaduje naopak, aby bylo vyloženo ve světle znění v jiných úředních jazycích – což však viditelně nepřináší vysvětlení – a obecné systematiky a cíle právního předpisu, jehož je toto ustanovení součástí [27]. Pouhá skutečnost, že se bod 2.1 přílohy III směrnice 2004/33 ve francouzském znění týká pouze osob, jejichž sexuální chování je vystavuje „pouze“ riziku nákazy vážným infekčním onemocněním jinými slovy nepostačuje k závěru o tom, že je trvalé vyloučení stanovené vnitrostátní právní úpravou v souladu se směrnicí.

27. Směrnice 2004/33 upřesňuje technické požadavky směrnice 2002/98, takže sleduje tentýž cíl jako posledně uvedená směrnice. Jak uvedla francouzská vláda, zákonodárce učinil zlepšení jakosti a bezpečnosti transfúzí prioritou směrnice 2002/98.

23 — Kurziva doplněna autorem tohoto stanoviska.

24 — Viz například italské, řecké, anglické a portugalské znění.

25 — Viz například španělské a německé znění.

26 — Tatáž nepřesnost se objevuje i ve znění bodu 2.2.2 přílohy III směrnice 2004/33. Francouzské znění se týká sexuálního chování nebo profesní činnosti, zatímco španělské a italské znění hovoří pouze o chování či činnosti a neupřesňuje jejich povahu, máme-li zmínit pouze tyto jazyková znění směrnice 2004/33.

27 — Z početné judikatury viz rozsudek Haasová (C-22/12, EU:C:2013:692, bod 48 a citovaná judikatura) a Drozdovs (C-277/12, EU:C:2013:685, bod 39 a citovaná judikatura).

28. Byla přijata v situaci, kdy se v členských státech vyskytly problémy v systémech kontroly a zabezpečení transfúzního řetězce. Otázky se proto chopily nadnárodní orgány jak na úrovni Rady Evropy [28], tak Unie. Avšak prvním závazným předpisem Unie v této oblasti se stala teprve směrnice 2002/98, jejímž právním základem je čl. 152 odst. 4 písm. a) ES – který stanovil, že se přijmou „opatření ke stanovení vysokých standardů kvality a bezpečnosti […] pro krev“ [29]. Kvalita a bezpečnost jsou všudypřítomným cílem směrnice [30]. Jde o to předcházet přenosu onemocnění [31] tím, že darovaná krev bude pocházet od osob, jejichž zdravotní stav je takový, že v důsledku odběru nevzniknou žádné nežádoucí účinky a že je minimalizováno jakékoliv riziko přenosu infekčního onemocnění [32], a to za účelem posílení důvěry [33]. Tytéž skutečnosti vyplývají i ze směrnice 2004/33 [34], jejímž cílem je vysoká úroveň ochrany lidského zdraví [35].

29. Je tedy zjevné, že přílohy směrnice 2004/33 musí být vykládány ve světle tohoto cíle. Jsem rovněž toho názoru, že bod 2.1 přílohy III směrnice 2004/33 musí být vykládán v tom smyslu, což ostatně francouzská vláda uznává v písemných vyjádřeních, že osoby, jejichž sexuální chování je vystavuje *vysokému* riziku nákazy vážným infekčním onemocněním přenositelným krví, jsou trvale vyloučeny z dárcovství krve. Takový výklad je vhodný nejen z hlediska relevance rozdílu, který unijní zákonodárce činí mezi důvody pro dočasné vyloučení a důvody pro vyloučení trvalé, ale je rovněž v souladu s ideou směrnice snížit co nejvíce riziko přenosu. Vysoké riziko tak vede k trvalému vyloučení a nižší, omezenější riziko pouze k vyloučení dočasnému.

b) Je skutečnost, že muž udržoval [36] či udržuje sexuální styky s jiným mužem „sexuálním chováním“ ve smyslu bodu 2.1 přílohy III směrnice 2004/33?

30. Ačkoli se vzhledem k výše uvedenému se podle všeho zpřesňuje hranice mezi dočasným a trvalým vyloučením, je třeba stále určit, co může být „sexuálním chováním“ vystavujícím vysokému riziku nákazy.

31. V tomto bodě neobsahuje spis předložený Soudnímu dvoru žádnou informaci stran přípravných prací na směrnici 2004/33, která by poukazovala na to, co zákonodárce zamýšlel výrazem „sexuální chování“, a směrnice v tomto ohledu neobsahuje žádnou definici. Nápomocný není ani pohled do dokumentů Rady Evropy, jelikož výbor ministrů pouze vymezil rizikové sexuální chování jako „sexuální chování vystavující dotčené osoby riziku či vysokému riziku nákazy vážným infekčním onemocněním přenositelným krví“ [37]. Je tedy třeba jej chápat v běžném slova smyslu.

32. Doslovně vzato je chování způsob, jakým se osoba chová, to jak jedná; jde o souhrn jejích reakcí, tj. jejích projevů [38]. Pojem „chování“ s sebou nese *a priori* subjektivní posouzení a sexuální chování je tedy definováno sexuálními zvyky a praktikami dotyčné osoby, jinými slovy konkrétními podmínkami, za nichž realizuje předmětný sexuální styk/předmětné sexuální styky.

33. Vyvstává tedy otázka: dotýká se trvalé vyloučení MSM konkrétní sexuální orientace, anebo spíše chování ve vlastním slova smyslu?

28 — Citujme například doporučení č. R(95) 14 Výboru ministrů Rady Evropy ze dne 12. října 1995 o ochraně zdraví dárců a příjemců při krevní transfúzi.

29 — Viz bod 3 odůvodnění směrnice 2002/98. Co se týče nezávazných aktů orgánů, viz body 6 až 9 odůvodnění uvedené směrnice.

30 — Viz body 1, 3 a 5 odůvodnění a článek 1 směrnice 2002/98/ES.

31 — Body 1 a 2 odůvodnění směrnice 2002/98/ES.

32 — Bod odůvodnění 24 směrnice 2002/98/ES.

33 — Body 3 a 6 odůvodnění směrnice 2002/98/ES.

34 — Viz zejména body 2 a 4 odůvodnění a články 4 a 6 směrnice 2004/33.

35 — Bod 1 odůvodnění směrnice 2004/33.

36 — Podle znění dotazníku.

37 — Viz příloha 1 výše uvedené rezoluce CM/Res(2013) 3.

38 — Podle definice uvedené v *Le petit Larousse illustré*, vydání 2011, Larousse, Paříž.

34. Vylučujícím kritériem použitým v ministerské vyhlášce je skutečnost, že muž byl či je sexuálně aktivní, přičemž tato aktivita spočívá v sexuálním styku s jiným mužem bez ohledu na podmínky tohoto styku/těchto styků, jejich frekvenci či použité praktiky. Kritérium samozřejmě není výslovně a přímo formulováno na základě sexuální orientace, jelikož kategorie MSM není oficiálně definována na základě sexuální orientace [39]. Platí však určitá nevyvratitelná domněnka, že vztah MSM nutně a systematicky vede k vysokému riziku nákazy. V praxi jde v zásadě, i když ne výlučně [40], o homosexuály či bisexuály mužského pohlaví, kteří jsou z dárcovství trvale vyloučeni pouze z toho důvodu, že udržovali či udržují sexuální styky s jiným mužem.

35. Použité vnitrostátní kritérium je podle mého názoru formulováno příliš široce a obecně, zatímco pojem „sexuální chování“ použitý unijním zákonodárcem vyžaduje identifikaci konkrétního jednání či postoje vystavujících potenciálního dárce vysokému riziku nákazy. Komise již ostatně zdůraznila skutečnost, že „sexuální chování“ podle směrnice 2004/33 nemá být chápáno jako synonymum „sexuální orientace“ [41].

36. Na rozdíl od toho, co tvrdí francouzská vláda, nezbavuje závěr, že bod 2.1 přílohy III směrnice 2004/33 vyžaduje, aby byly z dárcovství krve trvale vyloučeny osoby, u nichž bylo identifikováno konkrétní chování, jež je vystavilo nebo vystavuje vysokému riziku, a že tento nevede k natolik obecnému vyloučení jako ministerská vyhláška, bod 2.1 přílohy III směrnice 2004/33 jeho užitečného účinku. To však vyžaduje doladit kritérium pro trvalé vyloučení. Lze si představit jedince provozující prostituci [42], kteří podle mého splňují podmínky pro trvalé vyloučení na základě tohoto bodu 2.1 uvedené přílohy.

37. Z výše uvedeného vyplývá, že bod 2.1 přílohy III směrnice 2004/33 musí být vykládán v tom smyslu, že pouhá skutečnost, že muž udržoval či udržuje sexuální styky s jiným mužem, sama o sobě není sexuálním chováním vystavujícím vysokému riziku nákazy vážným infekčním onemocněním přenositelným krví.

2. K posuzovací pravomoci ponechané členským státům směrnicí 2004/33 a jejich možnosti zachovat či zavést přísnější ochranná opatření

a) Dodržení ustanovení smlouvy jako hranice pro výkon vnitrostátních pravomocí

38. Jak již bylo zdůrazněno, směrnice 2002/98, jejíž technické podmínky byly stanoveny směrnicí 2004/33, byla přijata na základě čl. 152 odst. 4 bod a) ES, který stanoví podmínky, za nichž může Rada přispět k realizaci určitých cílů, a konkrétně cíle spočívajícího v přijetí „opatření ke stanovení vysokých standardů kvality a bezpečnosti […] pro krev a krevní deriváty“. Písmeno a) uvedeného článku dále uvádí, že „tato opatření nebrání členskému státu zachovávat nebo zavádět přísnější ochranná opatření“ [43]. Článek 152 odst. 5 ES potvrzuje, že činnosti Společenství v oblasti veřejného zdraví plně respektují odpovědnost členských států, a sice že „opatření podle odst. 4 písm. a) se nedotýkají vnitrostátních předpisů o dárcovství […] krve“ [44].

39 — Viz definici akronymu MSM v poznámce pod čarou 15 tohoto stanoviska, jakož i bod 3 odůvodnění výše uvedené rezoluce CM/Res(2013)3.

40 — Příklad homosexuálů či bisexuálů mužského pohlaví, již zcela abstinují, a mohli by tedy být dárci krve, který uvádí Komise, je podle mého značně okrajový a není třeba jej brát v rámci těchto úvah v potaz.

41 — Viz odpověď Komise ze dne 17. srpna 2011 na parlamentní otázku s žádostí o písemnou odpověď ze dne 1. července 2011 (E-006484/2011).

42 — Tento případ ostatně uvádí Rada Evropské unie ve svém doporučení ze dne 29. června 1998 o vhodnosti dárců krve a krevní plazmy a vyšetřování darované krve v Evropském společenství [Úř. věst. L 203, s. 14: viz konkrétně přílohu II bod C 1 uvedeného doporučení] a výbor ministrů Rady Evropy ve třetím bodě odůvodnění výše uvedené rezoluce CM/Res(2013)3.

43 — Stávající čl. 168 odst. 4 bod a) SFEU.

44 — V podobném duchu viz stávající čl. 168 odst. 7 SFEU.

39. Ačkoli je třeba z výše uvedeného dovodit, že činnosti Společenství v minulosti a Unie v současnosti mohou mít pouze formu doprovodných, podpůrných či koordinačních opatření a v žádném případě opatření harmonizačních, Soudní dvůr tato ustanovení nikdy nevyložil v tom smyslu, že vnitrostátní opatření nepodléhají žádné kontrole jejich souladu s unijním právem.

40. V oblasti sociálního zabezpečení tak Soudní dvůr rozhodl, že „[sice] právo Unie nezasahuje do pravomoci členských států uspořádat své systémy sociálního zabezpečení a že při neexistenci harmonizace na úrovni Unie je věcí právních předpisů každého členského státu určit podmínky poskytování dávek v oblasti sociálního zabezpečení […]. Dále je třeba poukázat na to, že podle čl. 152 odst. 5 ES je při činnosti Unie v oblasti veřejného zdraví plně uznávána odpovědnost členských států za organizaci zdravotnictví a poskytování zdravotní péče. Nicméně při výkonu této pravomoci musí členské státy dodržovat unijní právo, především ustanovení Smlouvy o volném pohybu služeb […]. Soudní dvůr tak rozhodl, že čl. 152 odst. 5 ES nevylučuje, aby měly členské státy na základě jiných ustanovení smlouvy […] povinnost přizpůsobit své systémy sociálního zabezpečení, *aniž je přitom možné mít za to, že je tím porušena jejich svrchovaná pravomoc v této oblasti*“ [45].

41. Soudní dvůr by měl *mutatis mutandis* rozhodnout, že podmínění výkonu jiných vnitrostátních pravomocí uvedených v čl. 152 odst. 5 ES dodržováním ustanovení smlouvy neporušuje jejich svrchovanou pravomoc v této oblasti. Znění uvedeného článku v části věnované zvlášť dárcovství krve tomu podle všeho nebrání.

42. V případě vnitrostátní právní úpravy, která má zajistit dobrovolnost a bezplatnost dárcovství a zakládá podle všeho větší míru ochrany oproti ustanovení směrnice 2002/98 [46], Soudní dvůr neomezil přezkum z důvodu, že vnitrostátní právní úprava spadá do působnosti čl. 152 odst. 5 ES. Uvedenou právní úpravu naopak podrobil testu slučitelnosti s jinými ustanoveními smlouvy, v daném případě ustanoveními o volném pohybu zboží. Dále konstatoval, že článek 28 ES ve spojení s článkem 30 ES musí být vykládán v tom smyslu, že brání vnitrostátním právním předpisům, podle nichž je dovoz krve nebo krevních složek pocházejících z jiného členského státu přípustný pouze za podmínky, která platí i pro tuzemské produkty, že k darování krve, díky němuž byly tyto produkty získány, nejen že došlo bez poskytnutí odměny dárcům, ale dárci ani nezískali náhradu výdajů, které vynaložili za účelem uskutečnění tohoto darování [47].

43. Poznamenávám konečně, že skutečnost, že ustanovení smlouvy vytyčuje přirozené hranice pro výkon vnitrostátních pravomocí, potvrzuje i čl. 4 odst. 2 první pododstavec směrnice 2002/98, podle něhož „[t]ato směrnice nebrání členskému státu používat nebo zavádět na svém území přísnější ochranná opatření, *pokud jsou v souladu s ustanoveními Smlouvy*“ [48], což nezpochybňuje ani francouzská vláda [49], ani Komise [50].

45 — Rozsudek Komise v. Portugalsko (C-255/09, EU:C:2011:695, body 47 až 49 a citovaná judikatura), kurziva doplněna autorem tohoto stanoviska. Soudní dvůr tak v této věci následoval stanovisko generální advokátky, která v tomto ohledu konstatovala, že „se […] Portugalská republika [nemohla] s úspěchem dovolávat své původní pravomoci organizace zdravotnictví a zdravotní péče na svém státním území, aby se zprostila povinností, jež jí ukládá ostatní unijní právo“ [viz bod 64 stanoviska generální advokátky Trstenjak (EU:C:2011:246)].

46 — Takové opatření zakládající větší míru ochrany povoluje čl. 4 odst. 2 druhý pododstavec směrnice 2002/98.

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

48 — Kurziva doplněna autorem tohoto stanoviska.

49 — Viz bod 90 písemných vyjádření.

50 — Viz odpovědi Komise ze dne 1. dubna 2009 na parlamentní otázku č. E-0910/2009 (hovořící o dodržování zásady proporcionality) a ze dne 17. srpna 2011 na parlamentní otázku č. E-006484/2011 [(odkazující konkrétně na článek 21 Listiny základních práv Evropské unie (dále jen „Listina“ (Úř. věst. 2007, C 303, s. 1)].

b) Ministerská vyhláška zakládá nepřímou diskriminaci na základě pohlaví a sexuální orientace

44. Jelikož svoboda členských států končí tam, kde je ohroženo dodržování unijního primárního práva, podotýkám v tomto ohledu pouze to, že ministerská vyhláška, která natrvalo vyloučila všechny muže, již udržovali nebo udržují sexuální styky s jiným mužem, zavedla do systému selekce dárců zjevnou nepřímou diskriminaci [51] spočívající v rozdílném zacházení na základě pohlaví – dotyčné kritérium se týká jen mužů – a sexuální orientace – dotyčné kritérium se takřka výlučně týká homosexuálních a bisexuálních mužů.

45. Ačkoli doporučení R(95)14 poukazuje na nutnost zavést odpovídající selekci dárců za současného vyloučení jakékoli diskriminace, výše uvedená rezoluce CM/Res(2013)3 uznává, že došlo k vyloučení populace MSM, tj. celé kategorie populace z důvodu, že nelze dostupné statistické údaje upřesnit v závislosti na individuálním riziku. Právě statistiky přitom obvykle konfrontují populaci MSM s heterosexuální populací: výraz MSM se tak v obecném i vědeckém slova smyslu stal synonymem pro „homosexuála“ či „bisexuála“ [52]. Komunita homosexuálů a bisexuálů mužského pohlaví je trvale vyloučena z dárcovství krve, a je tedy diskriminována. Unie má přitom bojovat proti diskriminaci na základě pohlaví a sexuální orientace, což dosvědčuje jak dřívější článek 13 ES, tak stávající článek 19 SFEU a článek 21 Listiny základních práv Evropské unie (dále jen „Listina“) [53].

46. Bylo by jistě možné namítat, že jakýkoli mechanismus výběru je z podstaty věci diskriminační. Je však třeba se ujistit, že je takové rozdílné zacházení podle všeho řádně odůvodněné a proporcionální.

c) Je rozdílné zacházení odůvodněné a proporcionální?

47. Soudní dvůr opakovaně rozhodl, že „zdraví a život člověka zaujímají prvořadé místo mezi Smlouvou chráněnými statky a zájmy“ [54]. Ministerská vyhláška, která zcela a trvale vylučuje populaci MSM z dárcovství krve je přísnějším ochranným opatřením ve smyslu čl. 4 odst. 2 směrnice 2002/98, takže je nesporné, že sleduje legitimní cíl spočívající v maximálním snížení rizika nákazy pro příjemce, a přispívá tak k obecnému cíli zajistit vysokou úroveň ochrany veřejného zdraví zakotvenou v současnosti jak v čl. 168 odst. 1 SFEU, tak v článku 35 Listiny.

48. Ačkoli právní úprava dotčená ve věci v původním řízení sleduje legitimní cíl, zbývá dále ověřit, zda splňuje zásadu proporcionality, tj. že je přiměřená a nezbytná k dosažení sledovaného cíle, přičemž se rozumí, že pokud se nabízí volba mezi několika přiměřenými opatřeními, je třeba zvolit opatření nejméně omezující a dbát na to, aby způsobené nepříznivé následky nebyly nepřiměřené vzhledem ke sledovaným cílům [55].

51 — Podle mého názoru lze o této kvalifikaci pochybovat. Soudní dvůr minimálně ve dvou případech ve věci Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) a Hay (C-267/12, EU:C:2013:823) konstatoval, že došlo k přímé diskriminaci na základě sexuální orientace. V prvním případě se jednalo o vnitrostátní předpis, který vyhrazoval vyplácení vdovského důchodu pouze vdovám s tím, že se tohoto postavení mohla dovolávat pouze vdaná osoba, ačkoli sňatek nebyl umožněn osobám téhož pohlaví. Ve druhém případě šlo o kolektivní smlouvu, která stanovila nárok na dovolenou a výplatu příspěvku v případě uzavření manželství a nestanovila odpovídající práva pro případ, že dotyčné osoby uzavírají registrované partnerství, což je jediná forma partnerství otevřená osobám téhož pohlaví. V obou případech se však méně příznivé zacházení dotýkalo celé homosexuální komunity, žen i mužů, na rozdíl od vyloučení z dárcovství dotčeného ve věci v hlavním řízení.

52 — Krom údajů poskytnutých francouzskou vládou viz rovněž „VIH/sida en France: données de surveillance et études“, *Bulletin épidémiologique hebdomadaire* ze dne 1. prosince 2012, č. 46-47, s. 523 (dostupný na www.invs.sante.fr) nebo graf francouzského zdravotního ústavu s počtem HIV pozitivních dle způsobu nakažení a země narození pro roky 2003 až 2011 (dostupný na 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 — Úř. věst. 2007, C 303, s. 1. Poznamenávám též, že ve stanovisku ve věci Römer (C-147/08, EU:C:2010:425) vyzval generální advokát Jääskinen v návaznosti na analýzu, s níž se zcela ztotožňuji, Soudní dvůr k tomu, aby zakázal diskriminaci z důvodu sexuální orientace jako obecnou právní zásadu (viz body 122 a násl.). V rozsudku (C-147/08, EU:C:2011:286) však mohl Soudní dvůr odpovědět na předběžné otázky, které mu byly předloženy, aniž v tomto ohledu zaujal stanovisko. Možná nastal okamžik k takovému kroku vzhledem k tomu, že vyhláška dotčená ve věci v původním řízení byla přijata v lednu 2009, tj. před vstupem Lisabonské smlouvy v platnost a tedy před tím, než se Listina stala závaznou.

54 — Rozsudek Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93, bod 32 a citovaná judikatura). Rovněž viz Humanplasma (EU:C:2010:760, bod 32).

55 — Viz rozsudek Müller Fleisch (EU:C:2010:93, bod 43).

49. Zaprvé, trvalé vyloučení populace MSM skutečně směřuje k naplnění legitimního sledovaného cíle.

50. Zadruhé, vzniklé nevýhody je třeba vzhledem k dotčeným zájmům považovat za relativně snesitelné, přičemž pocit vyloučení z důvodů týkajících se osobního života musí být vážen oproti vysokému zájmu na ochraně zdraví příjemců. Dokážu si dále představit, že odmítnutí nezištného velkorysého gesta a solidarity jako v případě darování krve, by mohlo vyvolat nepochopení u osob, které jsou takto odmítnuty, nicméně je třeba uznat, že dárcovství krve není samo o sobě právem, nikdy nebylo uznáno jakožto všeobecné vzhledem k tomu, že jsou dárci vybíráni a musí v tomto ohledu splňovat určité podmínky, a poslední slovo mají v každém případě výlučně zdravotnické orgány, které jako jediné přímo nesou plnou odpovědnost za svá rozhodnutí [56].

51. Zatřetí, v kontextu veřejného zdraví si kontrola dodržování zásady proporcionality žádá zohlednit „skutečnost, že členský stát může rozhodnout o úrovni, na které zamýšlí zajistit ochranu zdraví, a způsobu, jímž má být této úrovně dosaženo. Jelikož se tato úroveň může mezi jednotlivými členskými státy lišit, musí být členským státům poskytnut určitý prostor pro volné uvážení“ [57]. Skutečnost, že některý členský stát stanoví méně přísná pravidla, než jsou pravidla, která se uplatní v jiném členském státě, tedy sama o sobě neznamená, že jsou posledně uvedená pravidla nepřiměřená [58].

52. To konkrétně znamená, že skutečnost, že Španělsko, Itálie, Slovensko, Finsko a Spojené království systematicky ani trvale nevylučují populaci MSM z dárcovství krve [59], nelze brát v úvahu při rozhodování, zda mohla francouzská vláda přijmout opatření, které by nebylo do takové míry v rozporu se zásadou rovného zacházení a zaručovalo by dosažení téhož výsledku. To platí tím spíše, že míra rizika není v jednotlivých členských státech identická, jelikož epidemiologická situace se konkrétně v případě nákazy HIV značně liší a ve Francii je míra prevalence HIV v populaci MSM nesporně zvláště vysoká [60].

53. Aby však bylo možné určit, zda trvalé vyloučení na základě ministerské vyhlášky nepřekračuje meze toho, co je nezbytné, předkládající soud musí provést určitá ověření, která nemůže Soudní dvůr provést na základě spisu, který mu byl předložen.

54. Zaprvé je třeba vzít v úvahu epidemiologickou situaci ve Francii a ujistit se, že jsou poskytnuté statistické údaje aktuální [61], reprezentativní a věrohodné.

55. Zadruhé musí být ověřeny některé technické zdravotnické skutečnosti.

56 — Viz bod 4.1 rezoluce Výboru ministrů Rady Evropy CM/Res(2008)5 o odpovědnosti dárců a omezení dárcovství krve a krevních složek, podle níž se doporučuje zajistit, aby měla transfúzní zařízení konečnou odpovědnost, pokud jde o kvalitu krve, a aby „odpovídala za konečné rozhodnutí o přijetí či vyloučení dárců na základě analýzy rizika vycházející z pravidelně aktualizovaných epidemiologických údajů s ohledem na právo příjemců na ochranu zdraví a z toho plynoucí povinnost snižovat riziko přenosu infekčních onemocnění. Tato práva a tyto povinnosti mají přednost před vším ostatním, *včetně vůle jednotlivce darovat svou krev* (kurziva provedena autorem stanoviska).

57 — Rozsudky Humanplasma (EU:C:2010:760, bod 39) a Venturini a další (C-159/12 až C-161/12, EU:C:2013:791, bod 59 a citovaná judikatura).

58 — Rozsudky Müller Fleisch (EU:C:2010:93, bod 45 a citovaná judikatura) a Humanplasma (EU:C:2010:760, bod 40).

59 — Španělsko a Itálie stanoví pouze dočasné vyloučení v případě více partnerů či změny partnera bez ohledu na povahu dotčeného vztahu (během řízení před Evropským soudem pro lidská práva došlo ke změně vnitrostátních předpisů, což vedlo k tomu, že tento soud nemusel posuzovat slučitelnost vyloučení homosexuálů z dárcovství krve s Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod podepsanou v Římě dne 4. listopadu 1950, viz ESLP, rozsudek Tosto v. Itálie ze dne 15. října 2002, sbírka č. 49821/99); Slovensko (podle toho, co vyplývá z parlamentní otázky č. E-0910/09 ze dne 17. února 2009), jakož i v nedávné době Finsko a Spojené království, se rozhodlo vyžadovat abstinenci v délce 12 měsíců u mužů, již prohlásili, že měli sexuální styk s jiným mužem.

60 — Vycházíme-li z údajů poskytnutých francouzskou vládou, které podle všeho potvrzuje zvláštní zpráva „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“ (obzvláště viz s. 4, 5 a příloha 2) Evropského střediska pro prevenci a kontrolu nemocí zřízeného nařízením Evropského parlamentu a Rady č. 851/2004 ze dne 21. dubna 2004 (Úř. věst. L 142, s. 1; Zvl. vyd. 15/08, s. 346).

61 — Rozsudek Francie v. Komise (C-601/11 P, EU:C:2013:465, bod 136).

56. Argument francouzské vlády se v zásadě soustředí pouze na riziko nákazy HIV, kterému je vystavena populace MSM. Jelikož je důvodem pro trvalé vyloučení zásadně riziko hrozící příjemci z důvodu „imunologického okna“, podotýkám, že francouzská vláda uvedla, že jeho nejdelší trvání – co se týče viru HIV 2 – je odhadováno na 22 dní. Pokud se nemýlím, maximální doba pro uchování krve činí asi 45 dní. Systematická karanténa krve darované populací MSM po takovou dobu před jejím testováním by mohla být objektivním řešením umožňujícím lépe naplnit sledovaný cíl.

57. Předkládající soud by se tak měl tázat, zda by byla taková karanténa ekonomicky snesitelná a vědecky proveditelná pro všechny či část krevních složek. Měl by konkrétně ověřit, že nenaruší řádné fungování transfúzního řetězce. Za tímto účelem může například vycházet ze zprávy o transfúzním řetězci předané v roce 2013 ministru sociálních věcí a zdravotnictví francouzským poslancem Olivier Véranem (dále jen „Véranova zpráva“), podle níž „se experti shodují na tom, že systematická karanténa plazmy související s virologickým screeningem umožňuje neutralizovat riziko virové nákazy“ [62]. Takové řešení se jeví jako optimální z pohledu ochrany zdraví příjemců: jednak umožňuje překonat problémy spojené s pocitem diskriminace na straně příslušníků populace MSM – který by je mohl vést k tomu neodpovídat pravdivě na dotazníky – a jednak je s veškerou darovanou krví zacházeno stejně s tím, že testování probíhá až po uplynutí fáze, během níž nelze virus zjistit, takže se riziko blíží nule. Uvádím, že vyjádření francouzské vlády jsou mladšího data, avšak zprávu nezmiňují.

58. Dále panuje určitá pochybnost ohledně koherence trvalého vyloučení. Na základě trvalé kontraindikace stanovené ministerskou vyhláškou ve spojení s výše uvedeným dotazníkem [63] je skutečnost, že muž měl alespoň jednou v životě – i kdyby k tomu došlo před deseti lety – sexuální styk s jiným mužem, důvodem pro trvalé vyloučení z dárcovství krve. Z toho je třeba dovodit, že nerozhoduje aktuální rizikové chování, ačkoli vzhledem k tomu, že jsou všechny odběry krve testovány na HIV, je nejkritičtějším obdobím právě ona fáze imunologického okna vystavující příjemce nejvyššímu riziku [64]. Je-li přitom opět hlavní motivací ona fáze imunologického okna, lze si představit, že přiměřenější by bylo dočasné vyloučení v závislosti na datu posledního styku.

59. V podobném duchu si lze klást otázku, proč neplatí zvláštní kontraindikace pro ženu, jejíž partner patří k populaci MSM. Pro osobu, jejíž partner je pozitivní, ostatně platí dočasná čtyřměsíční kontraindikace. Na jedné straně si lze představit, že takový pár je opatrnější, avšak na druhé straně si lze rovněž představit, že v takovém případě je vystavení riziku reálné, kdežto u populace MSM je bez individuálního zkoumání praktik méně určité. Je třeba rovněž možné srovnat příklad muže, který měl jednou v životě či příležitostně chráněný homosexuální styk – a je vyloučen definitivně – a případ heterosexuální osoby, která má nechráněný styk pravidelně, ale bude vyloučena pouze dočasně: je v takovém případě pouhá příslušnost k populaci MSM s to odůvodnit trvalé vyloučení?

60. Vrátíme-li se ke statistikám, uvádím, že v roce 2011 bylo pozitivních 2 400 osob z populace MSM. V tomtéž roce bylo 3 500 osob nakaženo při heterosexuálním styku, přičemž 2 400 z těchto heterosexuálních osob se narodilo v cizině [65]. Předkládající soud by měl objasnit, proč není v ministerské vyhlášce dotčené ve sporu v původním řízení [66] uvedena kontraindikace u této skupiny dárců.

62 — Viz strana 35 uvedené zprávy.

63 — Viz bod 9 tohoto stanoviska.

64 — Článek 20 doporučení Výboru ministrů Rady Evropy č. R(95) 14 uvádí, že „[k] vyloučení (dočasnému či případně trvalému) by mělo dojít u osob ve skupinách, u nichž vzhledem k jejich zdravotní minulosti nebo *současné* činnosti a chování, hrozí riziko přenosu infekčních onemocnění“ (kurziva provedena autorem stanoviska).

65 — Zdroj: výše uvedený graf francouzského zdravotního ústavu s počtem HIV pozitivních dle způsobu nakažení a země narození pro roky 2003 až 2011. Jedná se v zásadě o osoby narozené v subsaharské Africe (77 %) a ženy (58 %).

66 — Je jasné, že populace MSM je početně menší než heterosexuální populace, takže míra nákazy je v této populaci poměrně vyšší, což není skutečnost, kterou bych zde chtěl zpochybňovat. Je však rovněž nepopiratelné, že heterosexuální osoby narozené v zahraničí jsou skupinou poměrně zásadně vystavenou riziku nákazy HIV, aniž se na ně vztahuje zvláštní ochranné opatření uvedené v ministerské vyhlášce.

61. Konečně a možná hlavně, dotazník by mohl být upraven tak, aby sloužil k identifikaci rizikového chování v populaci MSM, což podle všeho uspokojivě činí v případě ostatních dárců. Zacílenější otázky – týkající se doby uplynulé od posledního styku, počtu partnerů, povahy styků, používání ochrany při styku či návštěvy nočních podniků – by neumožnily identifikovat sexuální orientaci, ale umožnily by naopak posoudit míru rizika, které představuje jednotlivý dárce z důvodu vlastního sexuálního chování[67].

62. Z výše uvedeného vyplývá, že je na předkládajícím soudu, aby se ujistil, že francouzská vláda tím, že trvale vyloučila muže, již udržovali či udržují sexuální styky s jiným mužem, z dárcovství krve, postupovala v rámci své posuzovací pravomoci, která je tradičně členským státům přiznána v oblasti veřejného zdraví, způsobem, který je v souladu se zásadou zákazu diskriminace na základě sexuální orientace, a obzvláště se zásadou proporcionality. Při ověřování toho, zda definitivní vyloučení nepřekračuje meze toho, co je nezbytné k dosažení legitimního cíle spočívajícího v ochraně zdraví příjemců, předkládající soud ověří zaprvé, že epidemiologická situace ve Francii popsaná před Soudním dvorem vychází z věrohodných, reprezentativních a aktuálních statistik, a zadruhé, že za současného stavu vědeckého poznání není možné zavést karanténu darované krve do uplynutí fáze imunologického okna bez nepřiměřeného zatížení transfúzního řetězce. Předkládající soud konečně zjistí případné důvody, které vedly k závěru, že se posouzení individuálního rizika na základě případně upraveného dotazníku a individuálního pohovoru s lékařským personálem, s jejichž pomocí se má zjistit, zda je sexuální chování potenciálního dárce tzv. „rizikové“, jeví jako nedostatečné k zajištění dostatečné ochrany v případě dárcovství krve od mužů, již udržovali či udržují sexuální styky s jiným mužem, ačkoli v případě zbytku populace toto možné je.

V – **Závěry**

63. S ohledem na výše uvedené navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na otázku položenou tribunal administratif de Strasbourg takto: Bod 2.1 přílohy III směrnice Komise 2004/33/ES ze dne 22. března 2004, kterou se provádí směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/98/ES, pokud jde o některé technické požadavky na krev a krevní složky, musí být vykládán v tom smyslu, že pouhá skutečnost, že muž udržoval či udržuje sexuální styky s jiným mužem, sama o sobě není sexuálním chováním vystavujícím vysokému riziku nákazy vážným infekčním onemocněním přenositelným krví. Je na předkládajícím soudu, aby se ujistil, že francouzská vláda tím, že trvale vyloučila muže, již udržovali či udržují sexuální styky s jiným mužem, z dárcovství krve, postupovala v rámci své posuzovací pravomoci, která je tradičně členským státům přiznána v oblasti veřejného zdraví, způsobem, který je v souladu se zásadou zákazu diskriminace na základě sexuální orientace a obzvláště se zásadou proporcionality. Při ověřování, že definitivní vyloučení nepřekračuje meze toho, co je nezbytné k dosažení legitimního cíle spočívajícího v ochraně zdraví příjemců, předkládající soud ověří zaprvé, že epidemiologická situace ve Francii popsaná před Soudním dvorem vychází z věrohodných, reprezentativních a aktuálních statistik, a zadruhé, že za současného stavu vědeckého poznání není možné zavést karanténu darované krve do uplynutí fáze imunologického okna bez nepřiměřeného zatížení transfúzního řetězce. Předkládající soud konečně zjistí případné důvody, které vedly k závěru, že se posouzení individuálního rizika na základě případně upraveného dotazníku a individuálního pohovoru s lékařským personálem, s jejichž pomocí se má zjistit, zda je sexuální chování potenciálního dárce tzv. ‚rizikové‘, jeví jako nedostatečné k zajištění dostatečné ochrany příjemců v případě dárcovství krve od mužů, již udržovali či udržují sexuální styky s jiným mužem, ačkoli v případě zbytku populace toto možné je.

67 — V tomto ohledu podotýkám, že jde rovněž o doporučení z výše uvedené Véranovy zprávy: viz s. 36 uvedené zprávy.