Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PAOLA MENGOZZIEGO
przedstawiona w dniu 17 lipca 2014 r.[1]

Sprawa C-528/13

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

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez tribunal administratif de Strasbourg (Francja)]

Zdrowie publiczne — Krwiodawstwo — Kryteria dopuszczalności krwiodawców — Kryteria wykluczenia stałego lub tymczasowego — Wykluczenie ostateczne mężczyzn mających stosunki seksualne z innym mężczyzną — Zasada niedyskryminacji z powodu orientacji seksualnej — Proporcjonalność

Spis treści

I – Ramy prawne . . . 2
A – Prawo Unii . . . 2
B – Prawo francuskie . . . 3
II – Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne . . . 4
III – Postępowanie przed Trybunałem . . . 5
IV – Ocena prawna . . . 5
A – Podsumowanie stanowiska rządu francuskiego . . . 5
B – Ocena . . . 7
1. W kwestii wykładni pkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33 . . . 8

1 — Język oryginału: francuski.

a) Punkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33 może zostać wdrożony jedynie wobec wysokiego niebezpieczeństwa zakażenia poważnymi chorobami zakaźnymi przenoszonymi przez krew 8

b) Czy okoliczność, iż mężczyzna miał lub ma stosunki seksualne z innym mężczyzną, stanowi „zachowanie seksualne" w rozumieniu pkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33? 9

2. W przedmiocie zakresu swobodnego uznania pozostawionego państwom członkowskim przez dyrektywę 2004/33 oraz w przedmiocie przyznanej im możliwości utrzymania lub wprowadzenia bardziej rygorystycznych środków ochrony 10

a) Przestrzeganie przepisów traktatu jako granica wykonywania kompetencji krajowych 10

b) Rozporządzenie ministerialne stanowi dyskryminację pośrednią opartą na podwójnym połączeniu płci i orientacji seksualnej 12

c) Czy odmienne traktowanie jest uzasadnione i proporcjonalne? 13

V – Wnioski 16

1. Niniejsze odesłanie prejudycjalne podnosi delikatną kwestię, a mianowicie kwestię zgodności z prawem Unii przepisu krajowego, który wyklucza z kręgu krwiodawców w sposób stały mężczyzn, którzy mają stosunki seksualne z innymi mężczyznami.

I – Ramy prawne

A – *Prawo Unii*

2. Ramy prawne prawa Unii można podsumować w następujący sposób.

3. Przyjęta na podstawie art. 152 ust. 4 lit. a) WE [obecnie art. 168 ust. 4 lit. a) TFUE] dyrektywa 2002/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 stycznia 2003 r. ustanawiająca normy jakości i bezpiecznego pobierania, testowania, przetwarzania, przechowywania i dystrybucji krwi ludzkiej i składników krwi oraz zmieniająca dyrektywę 2001/83/WE [2], powstała po stwierdzeniu przez prawodawcę Unii sytuacji, „w której ich jakość i bezpieczeństwo [krwi pełnej, osocza i komórek krwi pochodzenia ludzkiego], o ile przeznaczone są do transfuzji i nieprzetworzone jako takie – nie podlegają żadnemu wiążącemu prawodawstwu wspólnotowemu" [3]. W intencji rzeczonego prawodawcy leżało zatem przyjęcie przepisów, które gwarantowałyby „krwi i składnikom krwi porównywalność pod względem jakości i bezpieczeństwa w procesie transfuzji krwi, podejmowanych na obszarach państw członkowskich", ponieważ ustanowienie wysokich standardów jakości i bezpieczeństwa będzie pomocne w upewnieniu opinii publicznej [4]. Dyrektywa 2002/98 ma na celu tym samym ustanowienie normy jakości i bezpieczeństwa dla ludzkiej krwi i składników krwi w celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony zdrowia ludzkiego [5]. Nakazała ona również państwom członkowskim czuwać nad tym, aby

2 — Dz.U. 2003, L 33, s. 30 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 15, t. 7, s. 346.

3 — Motyw 3 dyrektywy 2002/98.

4 — Motyw 3 dyrektywy 2002/98.

5 — Artykuł 1 dyrektywy 2002/98.

czynności odnoszące się do pobierania i badania krwi i składników krwi, ich przetworzenia, przechowywania i dystrybucji były podejmowane wyłącznie przez te zakłady krwiodawstwa, które zostały prawidłowo wyznaczone, upoważnione lub akredytowane, oraz nad tym, że będą one podlegały różnym rodzajom kontroli i inspekcji [6]. Dyrektywa ustanowiła również zasady monitorowania krwi oraz dobrowolnego i nieodpłatnego dawania krwi, a także zasadę obowiązkowej kontroli każdej oddanej krwi [7].

4. Z kolei wymogi dotyczące kwalifikowalności dawców krwi i osocza, to znaczy w szczególności kryteria dotyczące stałego wykluczenia i kryteria czasowego wykluczenia nie zostały ustanowione przez dyrektywę 2002/98, lecz przeciwnie, zostały one przyjęte przez dyrektywę Komisji 2004/33/WE z dnia 22 marca 2004 r. wykonującą dyrektywę 2002/98 w zakresie niektórych wymagań technicznych dotyczących krwi i składników krwi [8], przy zastosowaniu procedury regulacyjnej z udziałem komitetu, przewidzianej w art. 28 dyrektywy 2002/98 [9].

5. W związku z tym to dyrektywa 2004/33 ustanowiła te wymogi. Jej załącznik III ustala kryteria kwalifikacji dla dawców pełnej krwi lub składników krwi. Punkt 2 załącznika III poświęcony jest kryteriom wykluczenia rzeczonych dawców.

6. Punkt 2.1 załącznika III wymienia w tabeli kryteria trwałego wyłączenia kandydatów do pobrań alogenicznych [10]. Opis zachowania seksualnego przewidziany w tabeli został zredagowany w następujący sposób: „Osoby, których zachowanie seksualne naraża je na wysokie ryzyko nabycia ostrych chorób zakaźnych, które mogą być przenoszone we krwi".

7. Punkt 2.2 załącznika III wylicza kryteria wykluczenia czasowego dla kandydatów do pobrań alogenicznych, a pkt 2.2.2 rzeczonego załącznika przewiduje dokładniej kryteria wykluczenia związane z niebezpieczeństwem zakażenia w drodze transfuzji. Tytuł tabeli poświęconej „[o]sobom, których zachowanie seksualne lub działalność zawodowa grozi ryzykiem nabycia choroby zakaźnej, która może być przenoszona we krwi" ustanawia następujące wykluczenie: „Wykluczenie po zaprzestaniu zachowania grożącego ryzykiem na okres uzależniony od danej choroby i dostępności właściwych badań".

B – *Prawo francuskie*

8. Ministre de la Santé et des Sports (minister ds. zdrowia i sportu) przyjął w dniu 12 stycznia 2009 r. arrêté fixant les critères de sélection des donneurs de sang (rozporządzenie ustanawiające kryteria klasyfikacji dawców krwi, zwane dalej „rozporządzeniem ministerialnym") [11].

9. Artykuł 1 tego rozporządzenia ministerialnego ustala warunki, na jakich może zostać dokonany pobór krwi. Zgodnie z art. 1 tytuł V pkt 1, który dotyczy charakterystyki klinicznej dawcy, do osoby upoważnionej do dokonania klasyfikacji dawców należy ocena możliwości dokonania poboru z uwagi na przeciwskazania i ich czas trwania, ich dawność oraz ich rozwój za pomocą dodatkowych pytań w kwestionariuszu poprzedzającym pobranie [12]. Pytania te stawiane są w razie potrzeby w trakcie przesłuchania poprzedzającego pobranie, które ma systematyczny charakter. Zgodnie z tym przepisem

6 — Artykuły 5 i 8 dyrektywy 2002/98.

7 — Odpowiednio, art. 14, 20 i 21 oraz załącznik IV do dyrektywy 2002/98.

8 — Dz.U. L 91, s. 25 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 15, t. 8, s. 272.

9 — Zobacz art. 29 dyrektywy 2002/98.

10 — To znaczy pobrań przeznaczonych dla innych osób, a nie dla samego dawcy, który to jedyny przypadek interesuje nas w niniejszej sprawie (zob. pkt 2 załącznika I do dyrektywy 2004/33).

11 — JO RF z dnia 18 stycznia 2009 r., s. 1067.

12 — Z kwestionariuszem można zapoznać się na następującej stronie internetowej: http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr%E9-don_pour_la_m%E9tropole.pdf.

kandydat nie jest dopuszczany do oddania krwi, jeżeli po jego stronie pojawia się jedno z przeciwwskazań, o których mowa w tabeli załącznika II do rozporządzenia ministerialnego. Przewidziano, że organy służby zdrowia mogą zmienić, dodać lub znieść przeciwwskazania w poborze krwi na podstawie szczególnej sytuacji epidemiologicznej lub z uwagi na dane z badania krwi.

10. Załącznik II do rozporządzenia ministerialnego zawiera tabelę dotyczącą przeciwwskazań. Dokładniej, w tabeli B znajdują się przeciwwskazania w przypadku niebezpieczeństwa dla dawców. Część tabeli B poświęcona niebezpieczeństwu związanemu z przenoszeniem infekcji wirusowej przedstawia się w następujący sposób:

Przeniesienie zakażenia wirusowego	Niebezpieczeństwo związane z wystawieniem kandydata na dawcę na czynnik zakaźny przenoszony drogą płciową	Stosunki seksualne bez zabezpieczenia z okazjonalnymi partnerami	P[13] cztery miesiące po ostatnim niezabezpieczonym stosunku seksualnym
		Wielość partnerów seksualnych: więcej niż jeden partner seksualny w okresie czterech ostatnich miesięcy	P cztery miesiące od czasu zakończenia sytuacji wielości partnerów
		Mężczyzna mający stosunki seksualne z innym mężczyzną	P stałe
		Stosunki seksualne bez zabezpieczenia z nowym partnerem od czasu mniej niż dwóch miesięcy	P cztery miesiące od czasu ostatniego stosunku seksualnego bez zabezpieczenia
	Niebezpieczeństwo związane z wystawieniem kandydata na dawcę na czynnik zakaźny przenoszony drogą płciową	Partner, który sam miał więcej niż jednego partnera w okresie ostatnich czterech miesięcy	P cztery miesiące
		Partner, który używał narkotyków lub innych substancji dopingujących stosowanych dożylnie, i nie jest znany jego statut serologiczny HIV[14] i HBV	P cztery miesiące od ostatniego stosunku płciowego
		Partner mający pozytywny wynik serologiczny na HIV, HTLV, HCV, HBV (HBS – Ag+)	P cztery miesiące od daty ostatniego stosunku seksualnego [...]
		Partner mający niedawno STD (chorobę przenoszoną drogą płciową) lub w trakcie leczenia	P cztery miesiące po wyleczeniu partnera

II – Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

11. W dniu 29 kwietnia 2009 r. lekarz Établissement français du sang (EFS) odmówił pobrania krwi, któremu zamierzał poddać się Geoffroy Léger, z tego powodu, iż ten ostatni był homoseksualistą.

13 — P: przeciwwskazania.

14 — HIV: ludzki wirus niedoboru odporności.

12. W decyzji o odmowie lekarz EFS zastosował rozporządzenie ministerialne, które uznaje za przeciwwskazanie stałe dla oddania krwi okoliczność, iż kandydat na dawcę miał stosunki seksualne z innym mężczyzną.

13. G. Léger wniósł skargę zmierzającą do stwierdzenia nieważności tej decyzji. Podniósł w szczególności, że rozporządzenie ministerialne w zakresie, w jakim ustanawia ww. stałe przeciwwskazanie, narusza dyrektywę 2004/33, a w szczególności jej pkt B[15] załącznika II, oraz pkt 2.1 załącznika III. Rozporządzenie ministerialne narusza również między innymi art. 3, 8 i 14 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPC"), a także zasadę równości.

14. Mając w ten sposób do czynienia z trudnością związaną z wykładnią prawa Unii, tribunal administratif de Strasbourg postanowił zawiesić postępowanie i w postanowieniu odsyłającym, które wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 8 października 2013 r., zwrócić się do niego na podstawie art. 267 TFUE z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy w świetle załącznika III do dyrektywy [2004/33] okoliczność, że mężczyzna utrzymuje stosunki seksualne z innym mężczyzną, stanowi sama w sobie zachowanie seksualne narażające na ryzyko nabycia ostrych chorób zakaźnych, które mogą być przenoszone przez krew, i uzasadniające stałe wykluczenie jako dawców krwi osób, które przejawiały takie zachowanie seksualne, czy też okoliczność ta może jedynie stanowić w zależności od konkretnych okoliczności sprawy zachowanie seksualne grożące niebezpieczeństwem nabycia ostrej choroby zakaźnej, która może być przenoszona przez krew, i uzasadniające tymczasowe wykluczenie osób jako dawców krwi przez określony czas po zaprzestaniu zachowania grożącego takim niebezpieczeństwem?".

III – Postępowanie przed Trybunałem

15. Uwagi na piśmie zostały przedstawione Trybunałowi jedynie przez rząd francuski i Komisję Europejską.

IV – Ocena prawna

A – *Podsumowanie stanowiska rządu francuskiego*

16. Rząd francuski uważa, że dyrektywa 2004/33 nie sprzeciwia się temu, aby państwo członkowskie uznało, że okoliczność, iż dany mężczyzna utrzymuje kontakty seksualne z innym mężczyzną (HSH)[16], stanowi zachowanie seksualne wiążące się z niebezpieczeństwem kontaktu z poważnymi chorobami zakaźnymi przenoszonymi przez krew, co uzasadnia trwałe wykluczenie dawcy.

17. Po pierwsze, zachowanie seksualne polegające, jeżeli chodzi o mężczyznę, na pozostawaniu w stosunkach seksualnych z innym mężczyzną stanowiłoby samo w sobie zachowanie seksualne, które byłoby w stanie uzasadnić stałe wykluczenie dawcy. Dyrektywa 2002/98 wpisuje się szeroko w kontekst wdrożenia wspólnej polityki zdrowia publicznego i zmierza do ustanowienia wysokich standardów jakości i bezpieczeństwa – które to cele są wszechobecne w dyrektywie – poprzez skoordynowane podejście do bezpieczeństwa krwi, w następstwie poszczególnych przypadków zakażeń w drodze

15 — Część B załącznika II do dyrektywy 2004/33 jest poświęcona informacjom, jakie placówki dokonujące transfuzji krwi powinny uzyskać od dawców przy okazji każdego pobrania.

16 — Akronim HSH jest francuskim ekwiwalentem angielskiego wyrażenia „men having sex with men" (MSM) rozwiniętego w latach 90. przez epidemiologów w celu opisania mężczyzn mających stosunki seksualne z innymi mężczyznami, niezależnie od ich ewentualnych stosunków seksualnych z kobietami lub ich tożsamością biseksualną lub gejowską na płaszczyźnie osobistej lub społecznej (źródło: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, wersja poprawiona, październik 2011, s. 19).

transfuzji. W ten sposób dyrektywa 2002/98 została przyjęta na podstawie art. 152 ust. 4 lit. a) WE. Jej głównym celem jest między innymi cel ochrony biorcy krwi, i z tego względu dyrektywa kładzie nacisk na to, iż krew powinna pochodzić od osób, których stan zdrowia jest taki, że żaden szkodliwy skutek nie będzie wynikał z krwiodawstwa, oraz że zmniejszone zostało w jak największym stopniu ryzyko przeniesienia choroby zakaźnej [17]. Dokładniej selekcja dawców jest jednym z trzech środków zmniejszenia tego niebezpieczeństwa [18].

18. O ile dyrektywa 2004/33 przewiduje, że osoby, których zachowanie seksualne naraża je na niebezpieczeństwo kontaktu z poważnymi chorobami zakaźnymi przenoszonymi przez krew, powinny zostać wykluczone w sposób stały z pobierania, to jednak nie definiuje ona tego pojęcia. Ponadto to samo narażenie na niebezpieczeństwo zostało przewidziane w pkt 2.2.2 załącznika III do rzeczonej dyrektywy, który przewiduje kryteria wyłączenia czasowego. Pozostałe wersje różnią się ponadto od siebie. W takim przypadku utrwalone orzecznictwo Trybunału nakazuje odnoszenie się do ogólnego założenia i celu dyrektywy, którymi jest, zdaniem rządu francuskiego, maksymalne ograniczenie niebezpieczeństwa i wdrożenie wysokich standardów dotyczących jakości i bezpieczeństwa. W tym kontekście przejściowe niebezpieczeństwo uzasadniałoby wykluczenie czasowe, podczas gdy większe niebezpieczeństwo uzasadniające bardziej surowy środek powinno uzasadniać wykluczenie stałe. Ponieważ działanie Unii w tej dziedzinie wpisuje się jako uzupełnienie do działania państw członkowskich i w poszanowaniu odpowiedzialności tych państw [19], ocena niebezpieczeństwa należy do nich na podstawie ich własnej sytuacji epidemiologicznej.

19. W kwestii tej rząd francuski powołuje się na elementy statystyczne wykazujące, że odsetek osób żyjących z HIV [20] wśród populacji HSH jest 65 razy wyższy niż wśród pozostałej części populacji. Jeżeli chodzi o występowanie zarażenia przez HIV [21], to w 2008 r. na 6940 nowych zarejestrowanych zakażeń, 3320 osób należało do populacji HSH. To znaczy, z uwagi na okres utajnienia, w trakcie którego wirusy HIV 1 i HIV 2 nie mogą zostać wykryte w trakcie badań na obecność – odpowiednio 12 i 22 dni – sytuacja ta może być szczególnie problematyczna dla dawców krwi. Rada Europy w uchwale z dnia 27 marca 2013 r. [22] potwierdziła ponadto, że populacja HSH jest narażona na wysokie niebezpieczeństwo zarażenia, a tym samym przeniesienia poważnych chorób zakaźnych przenoszonych przez krew.

20. Po drugie, rząd francuski utrzymuje, że z uwagi na te czynniki stosowanie wykluczenia tylko czasowego nie jest możliwe. W ten sposób Rada Europy zaleca stosowanie przeciwwskazania czasowego jedynie po ustaleniu, że dane zachowanie nie wiąże się z wysokim niebezpieczeństwem. Tymczasem nawet Rada Europy stwierdziła, oceniając wpływ na bezpieczeństwo transfuzji oddanej krwi pochodzącej od populacji HSH istnienie zwiększonego niebezpieczeństwa przeniesienia wirusa HIV [23]. Rząd francuski uważa, że „zachowanie" HSH wiąże się z wysokim niebezpieczeństwem, które nie jest czasowe, o czym świadczą ww. dane statystyczne. Dodaje, że szczątkowe niebezpieczeństwo zakażeniem wirusem HIV – to znaczy stosunek zakażonych pobrań do łącznej liczby pobrań – wynosi 1 pobranie potencjalnie zakażone na 2 900 000, oraz że połowa pobrań zakażonych wirusem HIV pochodzi od populacji HSH, która coraz częściej przejawia tendencję do oddawania krwi pomimo stałego przeciwwskazania. Rząd francuski uważa, że przejście od wykluczenia stałego do wykluczenia

17 — Motyw 24 dyrektywy 2002/98.

18 — Po poddaniu każdego pobrania testom i zabiegom zwalczającym wirusy.

19 — Rząd francuski wymienia w tym miejscu art. 168 ust. 7 TFUE.

20 — To znaczy przewaga określana tradycyjnie jako oznaczająca odsetek osób, które żyją z HIV w danej populacji w danym momencie (źródło: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, s. 23).

21 — Oznacza to liczbę nowych osób, które zostały zarażone wirusem HIV w trakcie danego okresu w danej populacji (źródło: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, op.cit., s. 16).

22 — Uchwała CM/Res(2013)3 przyjęta przez Komitet Ministrów Rady Europy w dniu 27 marca 2013 r. w sprawie zachowania seksualnego dawców krwi mającego wpływ na bezpieczeństwo transfuzji.

23 — Rząd francuski opiera się w tej kwestii na ww. uchwale CM/Res (2013)3.

czasowego byłoby fałszywym sygnałem dla populacji HSH, która mimo wszystko przejawia obecnie tendencję do samowykluczania się z łańcucha transfuzji, i prowadziłoby jednocześnie do niebezpieczeństwa przekształcenia poboru krwi w dodatkowy środek przenoszenia HIV oraz do zmniejszenia zakresu powszechnej dyskusji nad zapobieganiem zakażeniu wirusem HIV.

21. Rząd francuski podnosi również, że uznanie wykluczenia stałego HSH za sprzeczne z dyrektywą 2004/33 pozbawiałoby wszelkiej skuteczności pkt 2.1 załącznika III do rzeczonej dyrektywy. O ile istnieją inne zachowania seksualne wiążące się z niebezpieczeństwem zakażenia [24], to jednak wszystkie one stanowią mniejsze niebezpieczeństwo zakażenia poważnymi chorobami zakaźnymi przenoszonymi przez krew w porównaniu do populacji HSH, o czym świadczą wyżej przypomniane dane statystyczne. Jeżeli taka sytuacja nie odpowiada sytuacji opisanej w pkt 2.1 załącznika III, rząd francuski zastanawia się nad tym, co mogłoby jej odpowiadać. Na tej podstawie dochodzi on do wniosku, że populacja HSH może stanowić jedynie przedmiot stałego wykluczenia.

22. Po trzecie, nawet jeżeli pkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33 powinien być interpretowany w ten sposób, że populacja HSH może zostać objęta jedynie wykluczeniem tymczasowym, to i tak państwo członkowskie mogłoby zawsze stosować środki zapewniające jeszcze większą ochronę i mogłoby uznać, że taki poziom niebezpieczeństwa zakażenia uzasadnia stałe wykluczenie. Rząd francuski powołuje się na art. 6 lit. a) TFUE oraz art. 168 ust. 4 lit. a) TFUE. Ostatni z wymienionych przepisów przewiduje, że państwa członkowskie mogą utrzymać lub ustanowić takie środki, co zostało przypomniane nie tylko w motywie 22, ale także w art. 4 ust. 2 dyrektywy 2002/98, który stanowi, że rzeczona dyrektywa nie zabrania państwom członkowskim utrzymania lub wprowadzenia bardziej rygorystycznych środków ochrony przy jednoczesnym poszanowaniu przepisów traktatu. Ochrona zdrowia ludzkiego i życia osób zajmuje zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pierwsze miejsce spośród dóbr i interesów chronionych przez Unię i państwa członkowskie mogą swobodnie postanowić o poziomie ochrony oraz o sposobie jego osiągnięcia, a tym samym nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby państwo członkowskie uznało, że populacja HSH powinna stanowić przedmiot stałego wykluczenia z krwiodawstwa z powodu wysokiego niebezpieczeństwa, na jakie narażeni są dawcy tej populacji, które to niebezpieczeństwo zostałoby potwierdzone przez dane epidemiologiczne dostarczone przez rząd francuski. W ten sposób bardziej rygorystyczny środek ochrony, jaki stanowi takie ostateczne wykluczenie, okazuje się proporcjonalny do słusznego zamierzonego celu.

B – *Ocena*

23. W pierwszej kolejności chodzi o ustalenie, czy okoliczność utrzymywania przez mężczyznę stosunków seksualnych z innym mężczyzną stanowi „zachowanie seksualne" narażające na wysokie niebezpieczeństwo zakażenia poważnymi chorobami zakaźnymi w rozumieniu pkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33.

24. Jeżeli nie miałoby to miejsca, to wówczas należałoby zbadać w drugiej kolejności, czy państwo członkowskie może, korzystając z zakresu swobodnego uznania przyznawanego mu tradycyjnie w dziedzinie zdrowia publicznego, przyjąć środki ustanawiające większą ochronę tego zdrowia, które polegają na stałym wykluczeniu dawcy krwi należącego do populacji HSH.

24 — Jak na przykład okoliczność odbywania stosunków bez zabezpieczenia z okazjonalnym lub nowym partnerem od dwóch miesięcy, odbywania stosunków seksualnych z więcej niż jednym partnerem w ciągu czterech ostatnich miesięcy lub odbywania stosunków seksualnych z partnerem, który sam miał co najmniej dwóch partnerów w ciągu czterech ostatnich miesięcy.

1. W kwestii wykładni pkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33

a) Punkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33 może zostać wdrożony jedynie wobec wysokiego niebezpieczeństwa zakażenia poważnymi chorobami zakaźnymi przenoszonymi przez krew

25. Wykładnia, jaką należy nadać powodowi wykluczenia przewidzianemu w pkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33, jest dyskusyjna, tym bardziej że, jak to podkreślił rząd francuski, jeden z powodów czasowego wykluczenia wymieniony w pkt 2.2.2 rzeczonego załącznika ma taką samą treść, ponieważ wymienia „[o]soby, których zachowanie seksualne lub działalność zawodowa *grozi ryzykiem* nabycia choroby zakaźnej, która może być przenoszona we krwi” [25]. Oczywiście zamiarem prawodawcy nie mogło być to, aby jedno zachowanie określone w ten sam sposób mogło stanowić jednocześnie przedmiot wykluczenia stałego i czasowego. Rząd francuski, i podobnie Komisja wskazały w tej kwestii istnienie rozbieżności w dostępnych wersjach językowych załącznika III do dyrektywy 2004/33.

26. W rzeczywistości bowiem, zgodnie z rozważanymi wersjami językowymi, bądź to wykluczenie czasowe obejmuje jedynie istnienie zwykłego niebezpieczeństwa w porównaniu do wysokiego ryzyka objętego wykluczeniem stałym [26]; bądź też załącznik III wymienia w obydwu przypadkach wysokie ryzyko [27]; albo, tak jak to ma miejsce w wersji francuskiej, załącznik posługuje się w obydwu przypadkach jedynie pojęciem „ryzyka”, bez żadnego dookreślenia [28]. Tymczasem konieczność jednolitej wykładni prawa Unii wyklucza, aby w razie wątpliwości tekst przepisu był rozważany w odizolowaniu, lecz nakazuje przeciwnie, aby był on interpretowany w świetle wersji sporządzonych w innych językach urzędowych – które to porównanie, jak mieliśmy możliwość zauważyć – nie jest ponadto jasne – i na podstawie ogólnego założenia i celu uregulowania, którego przepis ten stanowi część [29]. Mówiąc innymi słowy, sama tylko okoliczność, iż pkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33 w wersji językowej francuskiej nie przewiduje, że osoby, których zachowanie seksualne naraża je na „zwykłe” ryzyko zarażenia się poważnymi chorobami zakaźnymi, nie stanowi samo w sobie wystarczającego elementu dla stwierdzenia zgodności stałego wykluczenia krajowego z tą dyrektywą.

27. Dyrektywa 2004/33, precyzując wymogi techniczne z dyrektywy 2002/98, sama dąży do realizacji jej celu. Otóż, tak jak podniósł rząd francuski, prawodawca uczynił okoliczność poprawy jakości i bezpieczeństwa łańcucha transfuzji priorytetem dyrektywy 2002/98.

28. Jej przyjęcie wpisuje się w kontekst, w którym państwa członkowskie wcześniej doświadczyły braków w ich własnych systemach nadzoru i zabezpieczania łańcucha transfuzji. W konsekwencji organy ponadnarodowe podjęły tę kwestię, tak na poziomie Rady Europy [30], jak i na poziomie Unii. Niemniej jednak należało zaczekać na dyrektywę 2002/98, której podstawą prawną jest art. 152 ust. 4 lit. a) WE – który przewiduje przyjęcie „środków ustanawiających wysokie standardy jakości i bezpieczeństwa [...] krwi”, aby zobaczyć, jak Unia przyjmuje pierwszy wiążący tekst w tej dziedzinie [31]. W dyrektywie tej cel jakości i bezpieczeństwa jest wszechobecny [32]. Chodzi o zapobieżenie przenoszeniu chorób [33] poprzez zapewnienie, że krew pochodzić będzie od osób, których stan zdrowia jest taki, że

25 — Kursywa moja.

26 — Zobacz np. wersje w językach włoskim, greckim, angielskim i portugalskim.

27 — Zobacz np. wersje w językach hiszpańskim i niemieckim.

28 — Podobny brak precyzji istnieje również, jeżeli chodzi o treść pkt 2.2.2 załącznika III do dyrektywy 2004/33. O ile wersja francuska przewiduje zachowanie seksualne lub działalność zawodową, tak wersje hiszpańska i włoska ograniczają się do powołania się na zachowanie lub działalność seksualną, podczas gdy wersja portugalska mówi jedynie o zachowaniu lub działalności, nie dookreślając jej charakteru, nie mówiąc już o pozostałych wersjach językowych dyrektywy 2004/33.

29 — Zobacz wśród licznego orzecznictwa wyroki: Haasová, C-22/12, EU:C:2013:692, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo; Drozdovs, C-277/12, EU:C:2013:685, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo.

30 — Można przytoczyć tytułem przykładu zalecenie nr R(95) 14 Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 12 października 1995 r. w sprawie ochrony zdrowia dawców i biorców w ramach transfuzji krwi.

31 — Zobacz motyw 3 dyrektywy 2002/98. Jeżeli chodzi o akty niewiążące przyjęte przez instytucję, zobacz motywy 6–9 dyrektywy.

32 — Zobacz motywy 1, 3, 5 oraz art. 1 dyrektywy 2002/98.

33 — Motywy 1 i 2 dyrektywy 2002/98.

żaden szkodliwy skutek nie będzie wynikał z krwiodawstwa oraz że zmniejszone zostało w jak największym zakresie ryzyko przeniesienia [34], a wszystko to w celu wzmocnienia zaufania jednostek [35]. Tę samą troskę można zauważyć przy lekturze dyrektywy 2004/33 [36], której wskazanym celem jest zapewnienie wysokiego poziomu ochrony zdrowia ludzkiego [37].

29. W związku z tym wiadomo, że załączniki do dyrektywy 2004/33 powinny być interpretowane w świetle tego celu. Jestem również zdania, że pkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33 powinien być interpretowany, jak to przyznaje ponadto rząd francuski w pismach, w ten sposób, że osoby, których zachowanie seksualne naraża je na *wysokie* niebezpieczeństwo zarażenia się poważnymi chorobami zakaźnymi przenoszonymi przez krew, są wykluczone ostatecznie z poboru krwi. Taka wykładnia okazuje się stosowna nie tylko po to, aby rozróżnienie dokonane przez prawodawcę Unii pomiędzy, z jednej strony, powodami czasowego wykluczenia i powodami stałego wykluczenia, z drugiej strony, zachowały całe swoje znaczenie, ale również jest spójna z ideą, również obecną w dyrektywie, zmniejszenia w jak największym stopniu niebezpieczeństwa przeniesienia. W ten sposób wysokie ryzyko powoduje stałe wykluczenie, podczas gdy ryzyko mniejsze, bardziej ograniczone, powoduje jedynie wykluczenie czasowe.

b) Czy okoliczność, iż mężczyzna miał [38] lub ma stosunki seksualne z innym mężczyzną, stanowi „zachowanie seksualne" w rozumieniu pkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33?

30. Jeżeli z uwagi na powyższe wydaje się precyzować granica pomiędzy wykluczeniem czasowym a wykluczeniem stałym, pozostaje ustalenie tego, co może oznaczać „zachowanie seksualne" narażające na wysokie ryzyko zakażenia.

31. W kwestii tej akta przedstawione Trybunałowi nie zawierają żadnego elementu dotyczącego prac przygotowawczych nad dyrektywą 2004/33, które mogłyby wskazywać na to, co prawodawca zamierzał rozumieć przez „zachowanie seksualne", a dyrektywa nie zawiera jakiejkolwiek innej definicji w tym zakresie. Ocena dokumentów pochodzących od Rady Europejskiej nie dostarcza dodatkowych wyjaśnień, ponieważ Komitet Ministrów ograniczył się jedynie do określenia zachowania seksualnego wiążącego się z ryzykiem, jak również „zachowania seksualnego narażającego daną osobę na ryzyko lub wysokie ryzyko zarażenia się poważnymi chorobami zakaźnymi, które mogą być przenoszone przez krew" [39]. W związku z tym należy powołać się w tym zakresie na znaczenie powszechne.

32. Ze ściśle literalnego punktu widzenia, zachowanie opisuje sposób, w jaki osoba się zachowuje, jej sposób zachowania się; chodzi o ogół jej reakcji, to znaczy o jej prowadzenie się [40]. Pojęcie zachowania wiąże się a priori z oceną subiektywną i zachowanie seksualne definiowane byłoby w związku z tym przez zwyczaje i praktykę seksualną danej jednostki, innymi słowy przez konkretne warunki, w których dochodziło do odnośnych stosunków seksualnych.

33. W związku z tym pojawia się pytanie, czy stałe wykluczenie HSH ma dotyczyć określonej orientacji seksualnej, czy raczej, właściwie mówiąc, rzeczywistego zachowania?

34 — Motyw 24 dyrektywy 2002/98.

35 — Motywy 3 i 6 dyrektywy 2002/98.

36 — Zobacz również motywy 2 i 4 oraz art. 4 i 6 dyrektywy 2004/33.

37 — Motyw 1 dyrektywy 2004/33.

38 — Zgodnie z treścią kwestionariusza.

39 — Zobacz załącznik 1 do ww. uchwały CM/Res(2013)3.

40 — Zgodnie z definicją znajdującą się w *Le petit Larousse illustré*, Paris, Larousse 2011.

34. W rzeczywistości bowiem kryterium wykluczającym stosowanym przez rozporządzenie ministerialne jest okoliczność, iż aktywność seksualna mężczyzny polega lub polegała na stosunkach seksualnych z innym mężczyzną, niezależnie od warunków, w jakich doszło do tych stosunków, ich częstotliwości, lub stosowanych praktyk. Oczywiście kryterium to nie zostało wyraźnie i bezpośrednio sformułowane w oparciu o orientację seksualną, ponieważ kategoria HSH nie została oficjalnie zdefiniowana na podstawie orientacji seksualnej [41]. Niemniej jednak wprowadza ono rodzaj niepodważalnego domniemania, zgodnie z którym stosunek HSH wiąże się nieodzownie i systematycznie z wysokim niebezpieczeństwem zakażenia. W praktyce, zasadniczo, jeżeli nie wyłącznie [42], cała homoseksualna lub biseksualna populacja męska znajduje się w rzeczywistości na zawsze wykluczona z krwiodawstwa z tego tylko powodu, że mężczyźni odbywali aktualnie stosunki seksualne z innym mężczyzną.

35. Moim zdaniem kryterium krajowe zostało sformułowane jednocześnie w sposób zbyt szeroki i zbyt ogólny, podczas gdy pojęcie „zachowania seksualnego", którym posługuje się prawodawca Unii wymaga identyfikacji zachowania, precyzyjnej postawy, narażającej kandydata na wysokie niebezpieczeństwo zakażenia. Ponadto Komisja podkreśliła już okoliczność, że „zachowanie seksualne" przewidziane przez dyrektywę 2004/33 nie powinno być rozumiane jako synonim „orientacji seksualnej" [43].

36. Stwierdzenie, że pkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33 wymaga, aby z poboru krwi zostały wykluczone osoby, w odniesieniu do których ustalono istnienie określonego, dokładnego zachowania, które naraziło lub naraża je na wysokie ryzyko i które nie zmierza do wykluczenia tak ogólnego, jak wykluczenie przewidziane w rozporządzeniu ministerialnym, nie prowadzi w przeciwieństwie do tego, co twierdzi rząd francuski, do pozbawienia skuteczności pkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33. Zobowiązuje to jednak, co prawda, do doprecyzowania kryteriów stałego wykluczenia. Jednakże można w tym momencie pomyśleć o osobach zawodowo zajmujących się działalnością seksualną [44], które moim zdaniem spełniałyby warunki bycia objętymi stałym wykluczeniem na podstawie pkt 2.1 rzeczonego załącznika.

37. Z powyższego wynika, że pkt 2.1 załącznika III do dyrektywy 2004/33 powinien być interpretowany w ten sposób, że sama tylko okoliczność, iż mężczyzna odbywa lub odbywał stosunki seksualne z innym mężczyzną, nie stanowi sama w sobie zachowania seksualnego narażającego na wysokie ryzyko zakażenia poważnymi chorobami zakaźnymi przenoszonymi przez krew.

2. W przedmiocie zakresu swobodnego uznania pozostawionego państwom członkowskim przez dyrektywę 2004/33 oraz w przedmiocie przyznanej im możliwości utrzymania lub wprowadzenia bardziej rygorystycznych środków ochrony

a) Przestrzeganie przepisów traktatu jako granica wykonywania kompetencji krajowych

38. Jak już wcześniej podkreśliłem, dyrektywa 2002/98, w odniesieniu do której dyrektywa 2004/33 ustaliła wymogi techniczne, została przyjęta na podstawie art. 152 ust. 4 lit a) WE, który przewidywał warunki, na jakich Rada mogła przyczynić się do realizacji określonych celów, a w szczególności celu w postaci przyjęcia „środków ustanawiających wysokie standardy jakości i bezpieczeństwa [...] krwi

41 — Zobacz definicję akronimu HSH w przypisie 16 niniejszej opinii, jak również trzeci motyw ww. uchwały CM/Res CM/Res(2013)3.

42 — Hipoteza przedstawiona przez Komisję w pisemnych uwagach, o części homoseksualnej lub biseksualnej populacji męskiej, która pozostaje w całkowitej abstynencji, a tym samym jest dopuszczalna do krwiodawstwa, lecz wydaje się zbyt marginalna, aby uwzględnić ją w niniejszych rozważaniach.

43 — Zobacz odpowiedź Komisji z dnia 17 sierpnia 2011 r. na pytanie parlamentarne z wnioskiem o pisemną odpowiedź z dnia 1 lipca 2011 r. (E-006484/2011).

44 — Ten przypadek został przewidziany przez Radę Unii Europejskiej w zaleceniach z dnia 29 czerwca 1998 r. w sprawie przydatności dawców krwi i osocza oraz badania metodą przesiewową oddanej krwi we Wspólnocie Europejskiej [Dz.U. L 203, s. 14, a dokładniej złącznik II pkt C lit. l) załącznika do rzeczonego zalecenia] oraz przez Komitet Ministrów Rady Europy, w szczególności w trzecim motywie ww. uchwały CM/Res(2013)3.

i pochodnych krwi". Litera a) rzeczonego artykułu wyjaśniała ponadto, że „środki przyjęte na podstawie ustępu 3 nie stanowią przeszkody dla państwa członkowskiego w utrzymaniu lub ustanawianiu bardziej rygorystycznych środków ochronnych" [45]. Artykuł 152 ust. 5 WE stwierdzał, że działanie Wspólnoty w dziedzinie zdrowia publicznego w pełni szanowało odpowiedzialność państw członkowskich, a w szczególności, że „środki określone w ust. 4 lit. a) nie naruszają przepisów krajowych dotyczących pozyskiwania [...] krwi" [46].

39. O ile z powyższego należy wywieść, że wcześniejsze działanie Wspólnoty, a obecnie działanie Unii, przybiera formę jedynie środków towarzyszących, zachęcających lub koordynacyjnych, lecz w oczywisty sposób nie środków harmonizujących, to jednak Trybunał nigdy nie interpretował tych przepisów w ten sposób, że przepisy krajowe unikają jakiejkolwiek kontroli ich zgodności z prawem Unii.

40. W ten sposób w dziedzinie zabezpieczeń społecznych Trybunał orzekł już, że „o ile wiadomo, że prawo Unii nie narusza kompetencji państw członkowskich w zakresie organizacji systemów zabezpieczenia społecznego i przy braku harmonizacji na poziomie Unii, to do prawa każdego z poszczególnych państw członkowskich należy ustalenie warunków przyznania świadczeń z dziedziny zabezpieczenia społecznego [...]. Następnie należy przypomnieć, że na podstawie art. 152 ust. 5 WE działanie Unii w dziedzinie zdrowia publicznego w pełni szanuje odpowiedzialność państw członkowskich za organizację i świadczenie usług zdrowotnych i opieki medycznej. Jednakże przy wykonywaniu tej kompetencji państwa członkowskie powinny przestrzegać prawa Unii, w szczególności zaś postanowień dotyczących swobodnego świadczenia usług [...]. W ten sposób Trybunał orzekł, że art. 152 ust. 5 WE nie wyklucza, by państwa członkowskie mogły być zobowiązane na podstawie innych przepisów traktatowych […] do wprowadzenia pewnych dostosowań w ich krajowym systemie zabezpieczenia społecznego, *czego nie można by uznać za naruszenie ich suwerenności w tej dziedzinie*" [47].

41. Mutatis mutandis Trybunał powinien również orzec, że poddanie wykonywania innych kompetencji krajowych przewidzianych w art. 152 ust. 5 WE przestrzeganiu przepisów traktatu nie stanowi zagrożenia dla ich suwerenności w tej dziedzinie. Ostatnie sformułowanie zawarte w rzeczonym artykule, które przewiduje w szczególności krwiodawstwo, nie wydaje się temu sprzeciwiać.

42. W ten sposób wobec prawa krajowego mającego na celu zapewnienie dobrowolnego i nieodpłatnego charakteru krwiodawstwa, które okazuje się ustanawiać zwiększoną ochronę w porównaniu do przepisów dyrektywy 2002/98 [48], Trybunał nie utracił kontroli z tego powodu, że prawo krajowe wynikało z zakresu zastosowania art. 152 ust. 5 WE. Przeciwnie, poddał on rzeczone prawo testowi zgodności z innymi przepisami traktatu, w niniejszej sprawie przepisami poświęconymi swobodnemu przepływowi towarów. Ponadto stwierdził on, że art. 28 WE w związku z art. 30 WE sprzeciwia się regulacji krajowej, zgodnie z którą przywóz krwi lub składników krwi z innego państwa członkowskiego miałby być zgodny z prawem tylko pod warunkiem, mającym zastosowanie także do produktów krajowych, że krew, z której pozyskiwane są owe produkty, została oddana w ten sposób, iż dawcy nie tylko nie otrzymali wynagrodzenia, lecz także nie uzyskali zwrotu kosztów poniesionych w celu oddania krwi [49].

45 — Obecny art. 168 ust. 4 lit. a) TFUE.

46 — W identycznym duchu zob. art. 168 ust. 7 TFUE.

47 — Wyrok Komisja/Portugalia, C-255/09, EU:C:2011:695, pkt 47–49 i przytoczone tam orzecznictwo. Kursywa jest moja. Trybunał zgodził się z opinią rzecznika generalnego w tej sprawie, który stwierdził w tej kwestii, że „Republika Portugalska nie [mogła] się skutecznie powołać na swoją pierwotną kompetencję w zakresie organizacji systemu ochrony zdrowia i opieki medycznej na swoim terytorium państwowym w celu uchylenia się od zobowiązań, które wynikają dla niej z innych postanowień pierwotnego prawa Unii" [zob. opinia rzecznik generalnej V. Trstenjak w sprawie Komisja/Portugalia (C-255/09, EU:C:2011:246)].

48 — Taki ustanawiający zwiększoną ochronę środek jest dopuszczony przez art. 4 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2002/98.

49 — Wyrok Humanplasma, C-421/09, EU:C:2010:760, pkt 46.

43. Zauważam wreszcie, że okoliczność, iż przestrzeganie przepisów traktatu stanowi naturalną granicę wykonywania kompetencji krajowych, zostało potwierdzone przez art. 4 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2002/98, zgodnie z którym „[n]iniejsza dyrektywa nie stanowi przeszkody dla państw członkowskich w utrzymaniu i wprowadzaniu na swoim terytorium bardziej rygorystycznych środków ochronnych, *zgodnych z przepisami Traktatu*” [50] nie została zakwestionowana ani przez rząd francuski [51], ani przez Komisję [52].

b) Rozporządzenie ministerialne stanowi dyskryminację pośrednią opartą na podwójnym powiązaniu płci i orientacji seksualnej

44. Ponieważ swoboda państw członkowskich kończy się w chwili, gdy zagrożone jest przestrzeganie pierwotnego prawa Unii, ograniczę się do zauważenia w tym zakresie, że rozporządzenie ministerialne poprzez wykluczenie w sposób definitywny wszystkich mężczyzn, którzy mieli lub mają stosunki seksualne z innymi mężczyznami, wprowadza do systemu wyboru dawców oczywistą dyskryminację pośrednią [53] polegającą na połączeniu odmiennego traktowania ze względu na płeć – kryterium dotyczy tylko mężczyzn – oraz ze względu na orientację seksualną – sporne kryterium dotyczy prawie wyłącznie mężczyzn homoseksualnych lub biseksualnych.

45. Pomimo że zalecenie R(95)14 przypomniało znaczenie wprowadzenia prawidłowej selekcji dawców krwi, przy uniknięciu wszelkiej możliwej dyskryminacji, tak ww. uchwała CM/Res(2013)3 przyznała, że doszło do wykluczenia populacji HSH, to znaczy całej kategorii populacji, w braku możliwości większego doprecyzowania dostępnych danych statystycznych na podstawie uwzględnienia indywidualnego ryzyka. Tymczasem uściślając, statystyki przeciwstawiają regularnie populacji HSH populację heteroseksualną; do tego stopnia, że wyrażenie HSH stało się w duchu powszechnym jak i naukowym synonimem „homoseksualny” lub „biseksualny” [54]. Męska społeczność homoseksualna i biseksualna została wykluczona z krwiodawstwa, i to w sposób ostateczny: stanowi ona zatem przedmiot dyskryminacji. Tymczasem prawo Unii zmierza do zwalczania dyskryminacji opartej na płci i orientacji seksualnej, o czym świadczą zarówno dotychczasowy art. 13 WE, jak i aktualny art. 19 TFUE i art. 21 karty [55].

46. Można by przeciwko temu podnieść, iż każdy mechanizm selekcji ze względu na jego charakter, jest dyskryminujący. Niemniej jednak należy upewnić się, że takie odmienne traktowanie jest zarówno uzasadnione, jak i proporcjonalne.

50 — Kursywa jest moja.

51 — Zobacz pkt 90 jej uwag na piśmie.

52 — Zobacz odpowiedzi Komisji z dnia 1 kwietnia 2009 r. na pytanie parlamentarne nr E-0910/2009 (które odnosiło się do przestrzegania zasady proporcjonalności) oraz z dnia 17 sierpnia 2011 r. na pytanie parlamentarne nr E-006484/2011 (które odnosiło się m.in. do art. 21 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”) (Dz.U. 2007, C 303, s. 1).

53 — Moim zdaniem można by się zawahać nad tą klasyfikacją. Trybunał co najmniej dwa razy stwierdził już istnienie dyskryminacji bezpośredniej opartej na orientacji seksualnej w wyrokach Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179 oraz Hay, C-267/12, EU:C:2013:823. W pierwszym przypadku chodziło zasadniczo o prawo krajowe, które zastrzegało wypłatę renty wdowiej tylko na rzecz osoby owdowiałej, przez co rozumiano, że tylko osoba zamężna mogła powoływać się na ten status, podczas gdy małżeństwo nie było dostępne dla osób tej samej płci. W drugim przypadku chodziło o układ zbiorowy, który przewidywał prawo do urlopu i wypłaty premii w przypadku zawarcia małżeństwa, przy czym nie przewidywał odpowiednich praw w przypadku, w którym odnośne osoby zawarły partnerski związek cywilny, będący jedynym dostępnym związkiem partnerskim dla osób tej samej płci. Niemniej jednak w obydwu przypadkach, i w przeciwieństwie do wykluczenia w sprawie głównej, mniej korzystne traktowanie dotknęło całej społeczności homoseksualnej, tak męskiej, jak i żeńskiej.

54 — Poza danymi przedstawionymi przez rząd francuski zob. również VIH/sida en France: données de surveillance et études, *Bulletin épidémiologique hebdomadaire* du 1er décembre 2012, nº 46–47, s. 523 (można znaleźć go na stronie www.invs.sante.fr) lub także wykres Institut français de veille sanitaire w kwestii liczby wykrycia wyników seropozytywnych HIV według sposobu zakażenia oraz według państwa urodzenia w latach 2003–2011 (dostępny na stronie 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).

55 — Zauważam również, że w opinii sporządzonej w sprawie Römer, C-147/08, EU:C:2010:425, oraz zgodnie z oceną, z którą całkowicie się zgadzam, rzecznik generalny N. Jääskinen zaproponował Trybunałowi uznanie zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną jako ogólną zasadę prawną (zob. pkt 122 i nast.). W wyroku w tej samej sprawie, tj. wyroku Römer, C-147/08, EU:C:2011:286, Trybunał odpowiedział jednak na przedstawione mu pytania prejudycjalne bez zajmowania stanowiska w tej kwestii. Być może teraz nadeszła chwila, aby Trybunał zajął takie stanowisko, z uwagi na okoliczność, że rozporządzenie w sprawie głównej zostało przyjęte w styczniu 2009 r., to znaczy po wejściu w życie traktatu z Lizbony, a zatem przed uzyskaniem przez kartę mocy wiążącej.

c) Czy odmienne traktowanie jest uzasadnione i proporcjonalne?

47. Trybunał wielokrotnie orzekał, że „zdrowie i życie osób ma pierwszorzędne miejsce pośród dóbr i interesów chronionych traktatem” [56]. Ponieważ rozporządzenie ministerialne ustanawia całkowite i stałe wykluczenie populacji HSH z krwiodawstwa, stanowiące środek bardziej restrykcyjny w rozumieniu art. 4 ust. 2 dyrektywy 2002/98, to nie można zaprzeczyć, że dąży ono do słusznego celu, jakim jest ograniczenie w maksymalnym stopniu ryzyka zakażenia dla odbiorców krwi i przyczynienie się w ten sposób do ogólnego celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony zdrowia publicznego, o którym przypomina aktualnie art. 168 ust. 1 TFUE, jak i art. 35 karty.

48. Jeżeli rozporządzenie sporne w postępowaniu głównym rzeczywiście dąży do słusznego celu, to pozostaje sprawdzić, czy przestrzega ono ponadto zasady proporcjonalności, to znaczy, czy jest ono właściwe i konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu, przez co rozumie się, że w sytuacji gdy istnieje wybór spośród różnych właściwych środków, należy zastosować środek mniej restrykcyjny, oraz że spowodowane niedogodności nie powinny być nadmierne w stosunku do zamierzonego celu [57].

49. Po pierwsze, stałe wykluczenie populacji HSH zmierza rzeczywiście do osiągnięcia słusznego zamierzonego celu.

50. Po drugie, odnośnie do spowodowanych niedogodności z uwagi na stawkę, z jaką mamy do czynienia, należy uznać je za stosunkowo znośne, ponieważ uczucie wykluczenia ze względów dotyczących życia prywatnego powinien być wyrażony z nadrzędnym interesem ochrony zdrowia dawców. Ponadto, mogę zrozumieć, że odrzucenie gestu bezinteresownej hojności i solidarności, jakim jest darowanie krwi, może prowokować reakcję niezrozumienia po stronie osób, którym przedstawia się odmowę, niemniej jednak należy stwierdzić, że krwiodawstwo nie jest samo w sobie prawem, że jego powszechność nigdy nie została uznana, ponieważ dawcy stanowią przedmiot selekcji i powinni z tego względu spełniać określoną liczbę warunków, oraz że w każdym wypadku ostatnie słowo należy do służb zdrowia, które same ponoszą pełną bezpośrednią odpowiedzialność za ich decyzje [58].

51. Po trzecie, w kontekście zdrowia publicznego kontrola przestrzegania proporcjonalności wymaga „uwzględnienia okoliczności, że państwo członkowskie może decydować o poziomie, na jakim zamierza zapewnić ochronę zdrowia publicznego, i o sposobach osiągnięcia tego poziomu. Ponieważ poziom ten może być różny w różnych państwach członkowskich, państwom członkowskim należy pozostawić określony zakres swobodnego uznania” [59]. W konsekwencji okoliczność, że państwo członkowskie ustala reguły mniej rygorystyczne od stosowanych w innym państwie członkowskim, nie oznacza sama w sobie, iż te ostatnie są nieproporcjonalne [60].

56 — Wyrok Müller Fleisch, C-562/08, EU:C:2010:93, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz podobnie wyrok Humanplasma, EU:C:2010:760, pkt 32.

57 — Zobacz wyrok Müller Fleisch, EU:C:2010:93, pkt 43.

58 — Zobacz pkt 4.1 uchwały CM/Res(2008)5 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie odpowiedzialności dawców oraz ograniczenia krwiodawstwa i składników krwi, zgodnie z którym zaleca się czuwanie nad tym, aby stacje poboru krwi ponosiły ostateczną odpowiedzialność za jakość krwi, oraz aby to one były „odpowiedzialne za ostateczną decyzję o dopuszczeniu lub wykluczeniu dawców na podstawie ryzyka opartego na regularnie uaktualnianych danych epidemiologicznych oraz w duchu prawa biorców do ochrony zdrowia oraz wynikającego z niego obowiązku zmniejszenia ryzyka przenoszenia chorób zakaźnych. Owe prawa i obowiązki mają pierwszeństwo przed każdym innym względem, w tym *przed wolą osób oddania krwi*” (kursywa jest moja).

59 — Wyroki: Humanplasma, EU:C:2010:760, pkt 39; Venturini i in., od C-159/12 do C-161/12, EU:C:2013:791, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo.

60 — Wyroki: Müller Fleisch, EU:C:2010:93, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo; Humanplasma, EU:C:2010:760, pkt 40.

52. Konkretnie oznacza to, że okoliczność, iż Hiszpania, Włochy, Słowacja, Finlandia i Zjednoczone Królestwo nie wykluczają ani systematycznie, ani ostatecznie populacji HSH z krwiodawstwa [61], nie powinna być brana pod uwagę w chwili orzekania, czy środek mniej ograniczający zasadę równego traktowania, lecz potencjalnie prowadzący do tego samego wyniku, mógł zostać przyjęty przez rząd francuski. Jest to prawdziwe, tym bardziej że poziom ryzyka nie jest jednolity we wszystkich państwach członkowskich, ponieważ ich sytuacja epidemiologiczna, w szczególności z punktu widzenia zarażeń wirusem HIV, jest bardzo różna, oraz ponieważ wiadomo, że Francja posiada szczególnie wysoki odsetek przewagi wirusa HIV wśród populacji HSH [62].

53. Niemniej jednak, aby ustalić, czy stałe wykluczenie zawarte w rozporządzeniu ministerialnym nie wychodzi poza to, co jest konieczne, sąd odsyłający powinien dokonać określonych weryfikacji, czego nie pozwala dokonać Trybunałowi stan przekazanych mu akt sprawy.

54. W ten sposób, po pierwsze, należy uwzględnić sytuację epidemiologiczną właściwą dla Francji, upewniając się, że przedstawione dane statystyczne są najnowsze [63], reprezentatywne i wiarygodne.

55. Po drugie, należy zbadać określoną liczbę elementów dotyczących techniki medycznej.

56. Argument rządu francuskiego prawie wyłącznie skupił się na ryzyku zakażenia wirusem HIV, na jaki narażona jest populacja HSH. O ile stałe wykluczenie jest zasadniczo uzasadnione ryzykiem, na jakie narażony jest biorca z racji „okresu utajnienia", to jednak zauważam, że rząd francuski wskazał, że najdłuższy okres, jeżeli chodzi o wirus HIV 2 – wynosi 22 dni. Tymczasem, jeżeli się nie mylę, najdłuższy okres przechowywania krwi wynosi około 45 dni. Oznacza to, że wprowadzenie systematycznej kwarantanny pobranej krwi pochodzącej od populacji HSH w trakcie tego okresu przed jej zbadaniem, mogłoby być obiektywnie rozwiązaniem umożliwiającym lepsze osiągnięcie zamierzonego celu.

57. Sąd odsyłający powinien także zastanowić się nad tym, czy taka gwarancja będzie możliwa do zaakceptowania z ekonomicznego punktu widzenia i możliwa do zrealizowania z naukowego punktu widzenia dla wszystkich lub części składników krwi. Powinien on zbadać w szczególności, czy nie będzie to szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania łańcucha transfuzji. W tym celu może on się oprzeć na przykład na wnioskach sprawozdania z obiegu krwi przekazanego w 2013 r. ministrowi ds. społecznych i zdrowia przez Oliviera Vérana, posła francuskiego (zwanego dalej „sprawozdaniem Vérana"), zgodnie z którym „eksperci są zgodni co do tego, że wprowadzanie systematycznej kwarantanny osocza w połączeniu z badaniem wirusologicznym pozwoliłoby na zniesienie jakiegokolwiek ryzyka przeniesienia wirusa" [64]. Jeżeli chodzi o ochronę zdrowia odbiorców, takie rozwiązanie wydaje się optymalne: po pierwsze, pozwala ono na pokonanie problemów związanych z uczuciem dyskryminacji, jakiego mogliby doświadczyć członkowie populacji HSH – które to uczucie mogłoby popchnąć ich do nieudzielenia szczerej odpowiedzi w kwestionariuszu – i po drugie, poddaje

61 — Hiszpania i Włochy przewidują jedynie wykluczenie czasowe w przypadku wielości partnerów, niezależnie od charakteru danego związku (zmiana prawa, która miała miejsce w trakcie postępowania przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka pozwoli Włochom ponadto na uniknięcie kontroli zgodności z europejską Konwencją praw człowieka i podstawowych wolności, podpisaną w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r., wykluczenia homoseksualistów z krwiodawstwa: zob. wyrok ETPC z dnia 15 października 2002 r. w sprawie Tosto przeciwko Włochom, skarga nr 49821/99); Słowacja (zgodnie z tym, co wynika z treści pytania parlamentarnego nr E-0910/09 z dnia 17 lutego 2009 r., a także wreszcie, Finlandia i Zjednoczone Królestwo, opowiedziały się za wymogiem abstynencji przez 12 miesięcy przez mężczyzn, którzy zadeklarowali odbycie stosunku z innym mężczyzną.

62 — Jeżeli posłużylibyśmy się danymi przedstawionymi przez rząd francuski, które zostały potwierdzone przez specjalne sprawozdanie „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" (zob. w szczególności s. 4, 5 załącznika 2) Europejskiego Centrum ds. Zapobiegania i Kontroli Chorób ustanowionego przez rozporządzenie (WE) nr 851/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. (Dz.U. L 142, s. 1).

63 — Wyrok Francja/Komisja, C-601/11 P, EU:C:2013:465, pkt 136.

64 — Zobacz s. 35 rzeczonego sprawozdania.

ono każdą pobraną krew takiemu samemu traktowaniu, zezwalając na upływ okresu, w trakcie którego wirus jest niewykrywalny, przed jej zbadaniem, tak że zbliżylibyśmy się do ryzyka wynoszącego zero. Chciałbym zauważyć, że uwagi rządu francuskiego mogą być późniejsze od wydania tego sprawozdania, jednakże nie wspominają one o nim.

58. Ponadto istnieją pewne wątpliwości co do spójnego charakteru stałego wykluczenia. Na podstawie przeciwwskazania stałego ustalonego przez rozporządzenie ministerialne w związku z przewidzianym tam kwestionariuszem [65], okoliczność, że mężczyzna przynajmniej raz w życiu – nawet jeżeli było to dziesięć lat temu – miał stosunek seksualny z innym mężczyzną, powoduje jego ostateczne wykluczenie z krwiodawstwa. Na tej podstawie należy wnosić, że aktualny charakter ryzykowanego zachowania nie ma znaczenia, jeżeli każda pobrana krew byłaby badana na obecność wirusa HIV, ponieważ to okres utajnienia stanowi krytyczny okres, który naraża biorców na największe ryzyko [66]. Tymczasem ponownie, jeżeli głównym uzasadnieniem jest okres utajnienia, można by przyjąć, że czasowe wykluczenie ustalone na podstawie daty ostatniego stosunku byłoby najbardziej stosowne.

59. W podobny sposób można się zastanawiać nad powodami, dla których brak jest szczególnego przeciwwskazania dotyczącego kobiety, której partner należałby do populacji HSH. Ponadto osoba, której partner jest seropozytywny, stanowi przedmiot wykluczenia czasowego przez cztery miesiące. Z jednej strony, można sobie wyobrazić, że w ramach takiej pary stosowane są zaostrzone środki ostrożności, jednakże z drugiej strony można by również stwierdzić, że w takim przypadku narażenie na niebezpieczeństwo jest rzeczywiste, podczas gdy dla populacji HSH, bez indywidualnej oceny stosowanych praktyk, wydaje się ono mniej oczywiste. Należy również przyjrzeć się hipotezie, w której mężczyzna mający jeden raz w życiu, okazyjnie, stosunek homoseksualny z zabezpieczeniem – zostaje wykluczony, oraz hipotezie, w której osoba heteroseksualna, która regularnie odbywa stosunki bez zabezpieczenia, zostaje jednakże objęta tylko wykluczeniem czasowym: czy oznacza to, że sama tylko przynależność do populacji HSH może uzasadniać w takim przypadku definitywne wykluczenie?

60. Wracając w tej kwestii do statystyk, chciałbym zauważyć, że w 2011 r. 2400 osób odkryło, że są seropozytywne. W tym samym roku 3500 osób zostało zakażonych przez stosunki heteroseksualne, z czego 2400 osób heteroseksualnych urodzonych za granicą [67]. Sąd odsyłający powinien zmierzać do wyjaśnienia powodów, dla których ta kategoria dawców nie stanowi przedmiotu żadnego przeciwwskazania zgodnie ze spornym w postępowaniu głównym rozporządzeniem ministerialnym [68].

61. Wreszcie, a może przede wszystkim, kwestionariusz można przeredagować w taki sposób, aby służył on czasowej identyfikacji ryzykownych zachowań wśród populacji HSH, tak jak to wydaje się mieć miejsce w przypadku pozostałej części krwiodawców. Bardziej szczegółowe pytania – dotyczące okresu, jaki upłynął od ostatniego stosunku, liczby partnerów, charakteru stosunków, zabezpieczonego charakteru stosunków, uczęszczania lokali nocnych – umożliwiłyby identyfikację nie tyle orientacji seksualnej, co przeciwnie, ocenę poziomu ryzyka, jakie jest związane z każdym poszczególnym dawcą ze względu na jego własne zachowanie seksualne [69].

65 — Zobacz pkt 9 niniejszej opinii.

66 — Artykuł 20 zalecenia nr R(95) 14 Komitetu Ministrów Rady Europy wskazuje, że „wykluczenie (czasowe lub ostateczne, w odpowiednim przypadku), powinno zostać orzeczone wobec osób należących do kategorii, które ze względu na wcześniejsze leczenie lub ze względu na ich *aktualną* działalność i zachowanie, wiążą się z ryzykiem przeniesienia chorób zakaźnych" (kursywa jest moja).

67 — Źródło: ww. wykres Institut français de veille sanitaire dotyczący liczby wykrycia seropozytywności HIV ze względu na sposób zarażenia się i kraj urodzenia w latach 2003–2011. Chodzi zasadniczo o osoby urodzone w Afryce subsaharyjskiej (77%) i kobiety (58%).

68 — Oczywiste jest, że z uwagi na to, iż populacja HSH jest mniej liczna niż populacja heteroseksualna, odsetek zakażeń jest proporcjonalnie wyższy u tej populacji, co nie stanowi tutaj przedmiotu dyskusji. Niemniej jednak nie można zaprzeczyć temu, że osoby heteroseksualne urodzone za granicą stanowią proporcjonalnie kategorię szczególnie narażoną na ryzyko zarażenia wirusem HIV, przy czym nie stanowią one przedmiotu środka szczególnej ostrożności w świetle rozporządzenia ministerialnego.

69 — Zauważam w tym zakresie, że chodzi tam również o zalecenie występujące w ww. sprawozdaniu Vérana, zob. s. 36 rzeczonego sprawozdania.

62. Z powyższego wynika, że do sądu odsyłającego należy zapewnienie, iż poprzez wykluczenie w sposób trwały z krwiodawstwa mężczyzn, którzy mieli stosunki seksualne z innym mężczyzną, rząd francuski skorzystał z zakresu swobodnego uznania, które tradycyjnie przynależy państwom członkowskim w dziedzinie ochrony zdrowia publicznego w taki sposób, jaki jest zgodny z wymogami zasady niedyskryminacji z powodu orientacji seksualnej, a w szczególności z zasadą proporcjonalności. Kontrolując, czy przepis o definitywnym wykluczeniu nie wychodzi poza to, co jest konieczne dla realizacji słusznego celu, jakim jest ochrona zdrowia biorców, do sądu tego należy w szczególności upewnienie się, po pierwsze, że sytuacja epidemiologiczna właściwa dla Francji, taka jak została przedstawiona Trybunałowi, opiera się na wiarygodnych, reprezentatywnych i najnowszych statystykach, oraz po drugie, że w aktualnym stanie wiedzy naukowej nie jest możliwe bez poddawania łańcucha transfuzji nadmiernym niedogodnościom przewidzenie środków wprowadzających kwarantannę pobranej krwi w oczekiwaniu na upływ okresu utajnienia. Wreszcie do tego sądu należy również ustalenie ewentualnych powodów, dla których ocena indywidualnego ryzyka za pomocą odpowiednio przeformułowanego kwestionariusza i indywidualnego wywiadu przeprowadzonego przez personel medyczny mająca na celu ustalenie, czy kandydat na dawcę przejawia „ryzykowne" zachowanie, podczas gdy jest możliwa w stosunku do pozostałej części populacji, okazuje się niewłaściwa dla zapewnienia w wystarczający sposób ochrony biorców, jeżeli chodzi o krew pobraną od mężczyzn, którzy mają lub mieli stosunki seksualne z innym mężczyzną.

V – Wnioski

63. Z uwagi na ogół powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał odpowiedział w następujący sposób na pytania przedstawione przez tribunal administratif de Strasbourg: Punkt 2.1 załącznika III do dyrektywy Komisji 2004/33/WE z dnia 22 marca 2004 r. wykonującej dyrektywę 2002/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie niektórych wymagań technicznych dotyczących krwi i składników krwi powinien być interpretowany w ten sposób, że sama tylko okoliczność, że mężczyzna miał lub ma obecnie stosunki seksualne z innym mężczyzną, nie stanowi sama w sobie zachowania seksualnego narażającego na wysokie ryzyko zakażenia poważnymi chorobami zakaźnymi przenoszonymi przez krew. Do sądu odsyłającego należy upewnienie się, że poprzez stałe wykluczenie z krwiodawstwa mężczyzn, którzy mieli lub mają stosunki seksualne z innym mężczyzną, rząd francuski skorzystał z zakresu swobodnego uznania, które tradycyjnie przynależy państwom członkowskim w dziedzinie ochrony zdrowia publicznego w taki sposób, jaki jest zgodny z wymogami zasady niedyskryminacji z powodu orientacji seksualnej, a w szczególności z zasadą proporcjonalności. Kontrolując, czy przepis o definitywnym wykluczeniu nie wychodzi poza to, co jest konieczne dla realizacji słusznego celu, jakim jest ochrona zdrowia biorców, do sądu tego należy w szczególności upewnienie się, po pierwsze, że sytuacja epidemiologiczna właściwa dla Francji, taka, jak została przedstawiona Trybunałowi, opiera się na wiarygodnych, reprezentatywnych i najnowszych statystykach, oraz po drugie, że w aktualnym stanie wiedzy naukowej nie jest możliwe bez poddawania łańcucha transfuzji nadmiernym niedogodnościom przewidzenie środków wprowadzających kwarantannę pobranej krwi w oczekiwaniu na upływ okresu utajnienia. Wreszcie do tego sądu należy również ustalenie ewentualnych powodów, dla których ocena indywidualnego ryzyka za pomocą odpowiednio przeformułowanego kwestionariusza i indywidualnego wywiadu przeprowadzonego przez personel medyczny mająca na celu ustalenie, czy kandydat na dawcę przejawia „ryzykowne" zachowanie, podczas gdy jest możliwa w stosunku do pozostałej części populacji, okazuje się niewłaściwa dla zapewnienia w wystarczający sposób ochrony biorców, jeżeli chodzi o krew pobraną od mężczyzn, którzy mają lub mieli stosunki seksualne z innym mężczyzną.