Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
PAOLO MENGOZZI
prednesené 17. júla 2014[1]

Vec C-528/13

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

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Tribunal administratif de Strasbourg (Francúzsko)]

„Verejné zdravie — Darcovstvo krvi — Kritériá vhodnosti darcov — Kritériá trvalého alebo dočasného vylúčenia — Trvalé vylúčenie mužov, ktorí mali sexuálny styk s iným mužom — Zásada zákazu diskriminácie na základe sexuálnej orientácie — Proporcionalita“

Obsah

I – Právny rámec 2

A – Právo Únie 2

B – Francúzske právo 3

II – Spor vo veci samej a prejudiciálna otázka 4

III – Konanie na Súdnom dvore 5

IV – Právna analýza 5

A – Zhrnutie stanoviska francúzskej vlády 5

B – Posúdenie 7

1. O výklade bodu 2.1 prílohy III k smernici 2004/33 7

a) Bod 2.1 prílohy III k smernici 2004/33 možno uplatniť len v prípade vysokého rizika nakazenia závažným infekčným ochorením, ktoré sa prenáša krvou 7

1 — Jazyk prednesu: francúzština.

b) Je skutočnosť, že muž udržiaval alebo udržiava sexuálne styky s iným mužom „sexuálnym správaním“ v zmysle bodu 2.1 prílohy III k smernici 2004/33? 8

2. O miere voľnej úvahy, ktorú členským štátom ponecháva smernica 2004/33 a o možnosti zachovať alebo prijať prísnejšie ochranné opatrenia 10

a) Dodržanie ustanovení Zmluvy ako hranice pre výkon vnútroštátnych právomocí ... 10

b) Vyhláška ministerstva zakladá nepriamu dvojnásobnú diskrimináciu na základe pohlavia a sexuálnej orientácie 11

c) Je rozdielne zaobchádzanie odôvodnené a primerané? 12

V – Návrh 15

1. Návrh na začatie tohto prejudiciálneho konania sa týka chúlostivej problematiky, a to zlučiteľnosti vnútroštátneho opatrenia, ktoré z darcovstva krvi trvale vylučuje mužov, ktorí udržiavajú alebo udržiavali sexuálne styky s inými mužmi, s právom Únie.

I – Právny rámec

A – *Právo Únie*

2. Právny rámec v práve Únie možno zhrnúť takto.

3. Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2002/98/ES z 27. januára 2003, ktorou sa stanovujú normy kvality a bezpečnosti pre odber, skúšanie, spracovanie, uskladňovanie a distribúciu ľudskej krvi a zložiek krvi a ktorou sa mení a dopĺňa smernica 2001/83/ES[2], ktorá bola prijatá na základe článku 152 ods. 4 písm. a) ES [teraz článok 168 ods. 4 písm. a) ZFEÚ], vychádza z konštatovania normotvorcu Únie, podľa ktorého „kvalita a bezpečnosť [celej krvi, plazmy a krvných buniek ľudského pôvodu], ak sú určené na transfúziu, a nie na spracovanie ako také, nie sú predmetom žiadnej záväznej legislatívy spoločenstva“.[3] Uvedený normotvorca teda dáva na vedomie svoj zámer prijať ustanovenia, ktoré zabezpečia, „že krv a jej zložky budú na akékoľvek použitie vykazovať porovnateľnú kvalitu a bezpečnosť v transfúznej sieti všetkých členských štátov vzhľadom na voľný pohyb občanov v rámci územia spoločenstva“, pričom stanovenie vysokých štandardov kvality a bezpečnosti má prispieť k upokojeniu verejnosti.[4] Smernica 2002/98 tak sleduje cieľ ustanoviť normy kvality a bezpečnosti ľudskej krvi a zložiek krvi s cieľom zabezpečiť vysokú úroveň ochrany ľudského zdravia.[5] Predovšetkým ukladá členským štátom povinnosť zabezpečiť, aby činnosti vzťahujúce sa na odber a skúšanie ľudskej krvi a zložiek krvi, na ich prípravu, uskladnenie a distribúciu, vykonávali len zariadenia, ktoré boli riadne určené a akreditované, ktoré podliehajú rôznym inšpekciám a kontrolným opatreniam.[6] V smernici sa zakotvila aj zásada spätného sledovania krvi, neziskovosti a dobrovoľnosti darcovstva, ako aj povinné skúšanie každej darovanej krvi.[7]

2 — Ú. v. ES L 33, 2003, s. 30; Mim. vyd. 06/003, s. 71.

3 — Odôvodnenie 3 smernice 2002/98.

4 — Tamže.

5 — Článok 1 smernice 2002/98.

6 — Články 5 a 8 tamže.

7 — Články 14, 20 a 21 v uvedenom poradí a príloha IV k smernici 2002/98.

4. Požiadavky týkajúce sa vhodnosti darcov krvi a plazmy, t. j. najmä kritériá trvalého a dočasného vylúčenia z darcovstva, však nestanovuje smernica 2002/98, ale smernica Komisie 2004/33/ES z 22. marca 2004, ktorým sa vykonáva smernica 2002/98 týkajúca sa niektorých technických požiadaviek na krv a zložky z krvi [8], v súlade s komitologickým postupom ustanoveným v článku 28 smernice 2002/98 [9].

5. Tieto požiadavky teda stanovila smernica 2004/33. Príloha III k tejto smernici stanovuje kritéria vhodnosti pre darcov celej krvi alebo zložiek z krvi. Bod 2 prílohy III obsahuje kritériá na vylúčenie uvedených darcov.

6. V bode 2.1 prílohy III sú v tabuľke vymenované kritériá trvalého vylúčenia kandidátov na alogénne odbery. [10] Opis sexuálneho správania uvedený v tabuľke je takýto: „Osoby, ktorých sexuálne správanie ich vystavuje vysokému riziku získania závažných infekčných ochorení, ktoré sa prenášajú krvou“.

7. V bode 2.2 prílohy III sú vymenované kritériá dočasného vylúčenia kandidátov na alogénne odbery a v bode 2.2.2 tejto prílohy sú uvedené konkrétne kritériá vylúčenia týkajúce sa vystavenia sa riziku infekcie prenášanej transfúziou. V časti tabuľky venovanej „osobám, ktorých sexuálne správanie alebo profesionálna činnosť ich vystavuje riziku nadobudnutia infekčných chorôb, ktoré môžu byť prenášané krvou“ je uvedené nasledujúce vylúčenie: „Vylúčenie po skončení rizikového správania na dobu určenú danou chorobou a dostupnosťou primeraných testov“.

B – *Francúzske právo*

8. Ministre de la Santé et des Sports (minister zdravotníctva a športu) prijal 12. januára 2009 vyhlášku, ktorou sa stanovujú pravidlá pre výber darcov krvi [11] (ďalej len „vyhláška ministerstva“).

9. Článok 1 vyhlášky ministerstva stanovuje podmienky, za ktorých možno darovať krv. Podľa článku 1 hlavy V bodu 1, ktorý sa týka klinickej charakteristiky darcu, osobe poverenej výberom darcov prislúcha povinnosť posúdiť možné darcovstvo so zreteľom na kontraindikácie a ich trvanie, ich časovú postupnosť a vývoj pomocou doplňujúcich otázok v dotazníku, ktorý sa vypĺňa pred darovaním. [12] Tieto otázky sa prípadne kladú pri systematickom pohovore, ktorý prebieha pred darovaním. Podľa tohto ustanovenia darca nemôže darovať krv, ak sa u neho vyskytne kontraindikácia uvedená v niektorej z tabuliek v prílohe II k vyhláške ministerstva. Stanovilo sa, že zdravotnícke orgány môžu zmeniť, doplniť alebo vyňať kontraindikácie darovania krvi v závislosti od konkrétnej epidemiologickej situácie alebo údajov týkajúcich sa hemovigilancie.

8 — Ú. v. EÚ L 91, s. 25.

9 — Pozri článok 29 smernice 2002/98/ES.

10 — To znamená odobratá krv určená inej osobe, a nie sebe samému, čo je prípad, ktorý je v prejednávanej veci jediným predmetom nášho záujmu (pozri bod 2 prílohy I k smernici 2004/33).

11 — JORF z 18. januára 2009, s. 1067.

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

10. Príloha II k vyhláške ministerstva obsahuje tabuľky s kontraindikáciami. Tabuľka B konkrétne uvádza kontraindikácie v prípade rizika pre príjemcu. Časť tabuľky B venovaná rizikám súvisiacim s prenosom vírusovej infekcie znie takto:

Prenesenie vírusovej infekcie	Riziko vystavenia potenciálneho darcu sexuálne prenosnému infekčnému ochoreniu	Nechránený sexuálny styk/nechránené sexuálne styky s príležitostným partnerom	KI[*] štyri mesiace po poslednom nechránenom sexuálnom styku
		Viac sexuálnych partnerov: viac než jeden partner za posledné štyri mesiace	KI[*] štyri mesiace po ukončení styku s viacerými sexuálnymi partnermi
		Muž, ktorý udržiava sexuálne styky s iným mužom	KI trvale
		Nechránené sexuálne styky s novým partnerom počas obdobia kratšieho ako dva mesiace	KI[*] štyri mesiace po poslednom nechránenom sexuálnom styku
	Riziko vystavenia sexuálneho partnera potenciálneho darcu sexuálne prenosnému infekčnému ochoreniu	Partner, ktorý mal v období posledných štyroch mesiacov viac ako jedného partnera	KI štyri mesiace
		Partner, ktorý si injekčne aplikoval drogy alebo dopingové látky, u ktorého nie je známy sérologický stav HIVI[**]	KI štyri mesiace po poslednom sexuálnom styku
		Partner s pozitívnym sérologickým nálezom na: HIV, HTLV, HBV„ (AgHBs+)	KI štyri mesiace po poslednom sexuálnom styku…
		Partner, ktorý sa nedávno vyliečil alebo sa lieči z PPI	KI štyri mesiace po vyliečení partnera.

*– KI: kontraindikácia.

** – HIV: Human Immunodeficiency Virus (vírus ľudskej imunodeficiencie).

II – **Spor vo veci samej a prejudiciálna otázka**

11. Dňa 29. apríla 2009 lekár Établissement français du sang (EFS, Francúzske transfuziologické zariadenie) odmietol darcovstvo krvi, ktoré chcel uskutočniť pán Geoffroy Léger, z dôvodu, že menovaný uviedol, že je homosexuál.

12. V zamietavom rozhodnutí lekár EFS uplatnil vyhlášku ministerstva, podľa ktorej je trvalou kontraindikáciou darcovstva krvi skutočnosť, že potenciálny darca mal sexuálny styk s mužom.

13. Pán Léger podal na vnútroštátny súd žalobu o neplatnosť tohto rozhodnutia. Predovšetkým usudzuje, že vyhláška ministerstva, ktorá stanovuje vyššie uvedenú trvalú kontraindikáciu, je v rozpore so smernicou 2004/33, konkrétne s jej prílohou II bodom B[13] a prílohou III bodom 2.1. Vyhláška ministerstva je v rozpore aj s článkami 3, 8 a 14 Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd podpísaného v Ríme 4. novembra 1950 (ďalej len „EDĽP"), ako aj so zásadou rovnosti.

14. Vzhľadom na ťažkosti týkajúce sa výkladu práva Únie Tribunal administratif de Strasbourg (Správny súd v Štrasburgu) rozhodol prerušiť konanie a návrhom na začatie prejudiciálneho konania, ktorý bol kancelárii Súdneho dvora doručený 8. októbra 2013, položiť Súdnemu dvoru na základe článku 267 ZFEÚ túto prejudiciálnu otázku:

„Predstavuje vzhľadom na prílohu III k smernici [2004/33] okolnosť, že muž mal sexuálny styk s iným mužom, sama osebe sexuálne správanie, ktorým sa osoba vystavuje riziku nákazy závažnými infekčnými ochoreniami, ktoré sa prenášajú krvou, a ktoré odôvodňuje trvalé vylúčenie osôb s takýmto sexuálnym správaním z možnosti darovať krv, alebo len môže, podľa okolností veci samej, predstavovať sexuálne správanie, ktorým sa osoba vystavuje riziku nákazy závažnými infekčnými ochoreniami, ktoré sa prenášajú krvou, a ktoré odôvodňuje dočasné vylúčenie možnosti darovať krv počas určitého obdobia po skončení rizikového správania?"

III – **Konanie na Súdnom dvore**

15. Písomné pripomienky Súdnemu dvoru predložili len francúzska vláda a Európska komisia.

IV – **Právna analýza**

A – *Zhrnutie stanoviska francúzskej vlády*

16. Francúzska vláda sa domnieva, že smernica 2004/33 nebráni tomu, aby členský štát považoval skutočnosť, že muž udržiava sexuálne styky s iným mužom (MSM)[14], za sexuálne správanie vystavujúce riziku nákazy vážnym infekčným ochorením, ktoré sa prenáša krvou, ktoré je dôvodom na trvalé vylúčenie z darcovstva.

17. Po prvé sexuálne správanie, pri ktorom sa muž sexuálne stýka s iným mužom, je podľa francúzskej vlády sexuálnym správaním, ktoré samo osebe odôvodňuje trvalé vylúčenie z darcovstva. Smernica 2002/98 zapadá do širšieho kontextu zavedenia spoločnej politiky v oblasti zdravotníctva a jej účelom je stanoviť vysoké štandardy kvality a bezpečnosti – čo sú ciele, ktoré prestupujú uvedenou smernicou – koordinovaným prístupom k bezpečnosti krvi v nadväznosti na prípady infekcie prenesené transfúziou. Smernica 2002/98 bola prijatá na základe článku 152 ods. 4 písm. a) ES. Jej hlavným cieľom je okrem iného ochrana príjemcu darovanej krvi a v tomto ohľade stanovuje, že krv by sa mala získavať od jednotlivcov, ktorých zdravotný stav zaručuje, že dôsledkom darovania nedôjde k škodlivým účinkom a riziko prenosu infekčných ochorení je znížené na minimum.[15] Výber darcov je jedným z troch spôsobov, ako znížiť toto riziko.[16]

13 — Časť B prílohy II k smernici 2004/33 je venovaná informáciám, ktoré má transfuziologické zariadenie získať od darcov pri každom darovaní.

14 — Akronym MSM je slovenským ekvivalentom anglického výrazu „men having sex with men" (MSM), ktorý v 90. rokoch začali používať epidemiológovia na označenie mužov, ktorí udržiavali sexuálne styky s inými mužmi, nezávisle od ich prípadných sexuálnych stykov so ženami alebo od toho, či sa z osobného a spoločenského hľadiska identifikujú ako bisexuáli alebo homosexuáli (Zdroj: *Terminologický sprievodca UNAIDS*. revidované znenie, október 2011, s. 19).

15 — Odôvodnenie 24 smernice 2002/98.

16 — Spolu s testovaním každej darovanej krvi a jej úpravou na účely neutralizácie.

18. Smernica 2004/33 síce stanovuje, že osoby, ktorých sexuálne správanie ich vystavuje riziku nakazenia vážnymi infekčnými ochoreniami, ktoré sa prenášajú krvou, sú trvale vylúčené z darcovstva, ale tento pojem nevymedzuje. Na rovnaké vystavenie sa riziku sa navyše vzťahuje bod 2.2.2 prílohy III k uvedenej smernici, ktorý stanovuje kritériá dočasného vylúčenia. Okrem toho ostatné jazykové znenia sa navzájom líšia. V takom prípade je podľa ustálenej judikatúry Súdneho dvora potrebné prihliadať na všeobecnú systematiku a účel smernice, ktorým je podľa francúzskej vlády maximálne obmedzenie rizika a zavedenie vysokých štandardov bezpečnosti a kvality. V týchto súvislostiach je prechodné riziko dôvodom na dočasné vylúčenie a vyššie riziko, ktoré môže byť dôvodom na prísnejšie opatrenie, môže viesť k trvalému vylúčeniu. Keďže činnosť Únie v tejto oblasti dopĺňa činnosť členských štátov a so zreteľom na zodpovednosť týchto členských štátov,[17] je na nich, aby posúdili riziko podľa svojej vlastnej epidemiologickej situácie.

19. Francúzska vláda v tejto súvislosti spomína štatistické údaje, podľa ktorých je v porovnaní so zvyškom obyvateľstva počet osôb žijúcich s HIV[18] 65-krát vyšší v populácii MSM. Pokiaľ ide o nakazenie HIV[19], v roku 2008 bolo zaznamenaných 6 940 prípadov novonakazených osôb, z toho 3 320 osôb z populácie MSM. Lenže s ohľadom na obdobie „diagnostického okna“, počas ktorého testovaním nemožno zistiť vírus HIV 1 (12 dní) a HIV 2 (22 dní), je podľa nej taká situácia na účely darovania krvi značne problematická. Rada Európy podľa nej vo svojom uznesení z 27. marca 2013[20] potvrdila, že populácia MSM je vystavená vysokému riziku nakazenia, a teda prenosu závažných infekčných ochorení, ktoré sa prenášajú krvou.

20. Po druhé francúzska vláda tvrdí, že so zreteľom na tieto skutočnosti nemôže byť vylúčenie z darcovstva iba dočasné. Rada Európy odporúča, aby sa dočasná kontraindikácia uplatnila len v prípade, ak sa zistilo, že uvedeným správaním nie je osoba vystavená vysokému riziku. Táto Rada pritom pri posudzovaní vplyvu darcovstva krvi od populácie MSM na bezpečnosť transfúzií dospela k záveru, že riziko prenosu HIV je vyššie.[21] Francúzska vláda sa domnieva, že „správanie“ MSM ich vystavuje vysokému, a nie prechodnému riziku, o čom svedčia už zmienené štatistické údaje. Dodáva, že zvyškové riziko nákazy HIV, t. j. pomer nakazených osôb darujúcich krv a celkový počet darcov predstavuje 1 potenciálne nakazený darca z 2 900 000 a že polovica darcov nakazených HIV pochádza z populácie MSM, ktorá podľa nej čoraz častejšie daruje krv napriek trvalej kontraindikácii. Francúzska vláda sa domnieva, že zmena trvalého vylúčenia na dočasné by vyslala nesprávny signál populácii MSM, u ktorej v súčasnosti prevláda napriek všetkému tendencia nezapájať sa do transfúzneho reťazca, a že by hrozilo, že sa darovanie krvi stane ďalším spôsobom šírenia HIV a dôjde k minimalizácii významu všeobecnej diskusie o prevencii HIV.

21. Francúzska vláda ďalej tvrdí, že považovať trvalé vylúčenie populácie MSM za vylúčenie, ktoré je v rozpore so smernicou 2004/33, by zbavilo bod 2.1 prílohy III k uvedenej smernice potrebného účinku. Hoci podľa nej existujú iné spôsoby sexuálneho správania vystavujúce riziku nakazenia[22], v porovnaní s populáciou MSM všetky vystavujú menšiemu riziku nakazenia vážnym infekčným ochorením, ktoré sa prenáša krvou, o čom svedčia vyššie uvedené štatistické údaje. Keďže ale také riziko nezodpovedá prípadu uvedenému v bode 2.1 prílohy III, francúzska vláda si kladie otázku, čo by mu mohlo naozaj zodpovedať. Usudzuje z toho, že populáciu MSM možno vylúčiť len trvale.

17 — Francúzska vláda tu uvádza článok 168 ods. 7 ZFEÚ.

18 — To znamená prevalencia tradične definovaná ako množstvo jednotlivcov žijúcich s HIV v populácii v určitom časovom okamihu (Zdroj: *Terminologický sprievodca UNAIDS*, c. d., s. 23).

19 — T. j. počet nových osôb nakazených HIV v určitom období v určitej populácii (Zdroj: *Terminologický sprievodca UNAIDS*, c. d., s. 16).

20 — Uznesenie Výboru ministrov Rady Európy CM/Res(2013)3 z 27. marca 2013 o sexuálnom správaní darcov krvi, ktoré má vplyv na bezpečnosť transfúzií.

21 — Francúzska vláda v tomto bode vychádza z vyššie uvedeného uznesenia CM/Res(2013)3.

22 — Ako nechránený sexuálny styk s príležitostným partnerom alebo novým partnerom, ak vzťah trvá kratšie ako dva mesiace, sexuálny styk s viac než jedným partnerom v posledných štyroch mesiacoch alebo sexuálny styk s partnerom, ktorý mal v posledných štyroch mesiacoch viac než jedného partnera.

22. Po tretie, aj keby sa bod 2.1 prílohy III k smernici 2004/33 mal vykladať v tom zmysle, že populácia MSM by mala byť vylúčená len dočasne, členský štát by stále mohol uplatniť prísnejšie ochranné opatrenia a považovať také riziko za riziko odôvodňujúce trvalé vylúčenie. Francúzska vláda pripomína článok 6 písm. a) ZFEÚ a článok 168 ods. 4 písm. a) ZFEÚ. Ustanovenie uvedené ako posledné stanovuje, že členské štáty môžu také opatrenia zachovať alebo prijať, čo sa uvádza nielen v bode 22 odôvodnenia, ale aj v článku 4 ods. 2 smernice 2002/98, podľa ktorého uvedená smernica nebráni členskému štátu, aby dodržiaval alebo zaviedol prísnejšie ochranné opatrenia, ktoré sú v súlade s ustanoveniami Zmluvy. Ochrana ľudského zdravia a života osôb zaujíma podľa ustálenej judikatúry prvé miesto medzi Úniou chránenými hodnotami a záujmami a členské štáty môžu voľne rozhodovať o tom, do akej miery a ako ich budú chrániť, takže podľa francúzskej vlády nič nebráni tomu, aby členský štát trvale vylúčil populáciu MSM z darcovstva z dôvodu vysokého rizika, ktorému sa táto populácia darcov vystavuje, čo potvrdzujú aj epidemiologické údaje poskytnuté francúzskou vládou. Prísnejšie ochranné opatrenie v podobe takého vylúčenia je teda podľa nej primerané sledovanému legitímnemu cieľu.

B – *Posúdenie*

23. Najprv treba určiť, či sexuálny styk muža s iným mužom možno považovať za „sexuálne správanie“, ktoré ich vystavuje vysokému riziku získania závažných infekčných ochorení v zmysle bodu 2.1 prílohy III k smernici 2004/33.

24. Ak by to tak nebolo, v druhom rade bude potrebné preskúmať, či členský štát môže, postupujúc v súlade s mierou voľnej úvahy, ktorá sa mu tradične priznáva v oblasti verejného zdravia, prijať takéto prísnejšie ochranné opatrenie, ktoré z darcovstva krvi trvale vylúči populáciu MSM.

1. O výklade bodu 2.1 prílohy III k smernici 2004/33

a) Bod 2.1 prílohy III k smernici 2004/33 možno uplatniť len v prípade vysokého rizika nakazenia závažným infekčným ochorením, ktoré sa prenáša krvou

25. Spôsob, akým sa má vykladať dôvod na vylúčenie uvedený v bode 2.1 prílohy III k smernici 2004/33, je predmetom diskusie tým skôr – ako zdôraznila francúzska vláda –, že jeden z dočasných dôvodov uvedený v bode 2.2.2 uvedenej prílohy je formulovaný rovnako, keďže sa v ňom spomínajú „osoby, ktorých sexuálne správanie alebo profesionálna činnosť ich *vystavuje riziku* nadobudnutia infekčných chorôb, ktoré môžu byť prenášané krvou“.[23] Úmyslom normotvorcu zjavne nemohlo byť vylúčiť rovnako vymedzené správanie v jednom prípade trvale a v druhom prípade dočasne. Francúzska vláda aj Komisie v tomto smere poukázali na rozdiely v jazykových zneniach prílohy III k smernici 2004/33.

26. Podľa uvedených jazykových znení sa totiž dočasné vylúčenie vzťahuje len na bežné riziko a trvalé vylúčenie sa vzťahuje na vysoké riziko[24], alebo príloha III uvádza v oboch prípadoch vysoké riziko[25], alebo v prípade francúzskeho znenia príloha uvádza v oboch prípadoch „riziko“ bez ďalšieho spresnenia.[26] Lenže nutnosť vykladať právo Únie jednotne vylučuje, aby sa ustanovenie v prípade pochybností posudzovalo izolovane, a naopak vyžaduje, aby sa vykladalo aj vo svetle znení v iných úradných jazykoch – čo však zjavne neprináša vysvetlenie – a podľa všeobecnej systematiky a účelu

23 — Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

24 — Pozri napríklad talianske, grécke, anglické a portugalské znenie.

25 — Pozri napríklad španielske a nemecké znenie.

26 — Rovnaká nepresnosť sa objavuje aj v znení bodu 2.2.2 prílohy III k smernici 2004/33. Francúzske znenie sa týka sexuálneho správania alebo profesijnej činnosti, kým španielske a talianske znenie uvádzajú len správanie alebo činnosť, ktorých povahu nespresňujú, ak sa spomínajú len tieto jazykové znenia smernice 2004/33.

právneho predpisu, ktorého súčasťou je toto ustanovenie.[27] Inými slovami, samotná skutočnosť, že bod 2.1 prílohy III k smernici 2004/33 vo francúzskom znení sa týka len osôb, ktorých sexuálne správanie ich vystavuje „bežnému“ riziku nakazenia závažným infekčným ochorením, nestačí na to, aby sa dospelo k záveru, že trvalé vylúčenie stanovené vnútroštátnou právnou úpravou je v súlade so smernicou.

27. Keďže smernica 2004/33 spresňuje technické požiadavky smernice 2002/98, sleduje rovnaký cieľ ako uvedená smernica. Ako však uviedla francúzska vláda, normotvorca stanovil ako prioritu smernice 2002/98 zlepšenie kvality a bezpečnosti transfúzneho reťazca.

28. Smernica bola prijatá v situácii, keď sa v členských štátoch vyskytli problémy v systémoch kontroly a zaistenia bezpečnosti transfúzneho reťazca. Otázkou sa preto začali zaoberať nadnárodné orgány tak na úrovni Rady Európy[28], ako aj Únie. Prvým záväzným predpisom Únie v tejto oblasti sa však stala až smernica 2002/98[29], ktorej právnym základom je článok 152 ods. 4 písm. a) ES, ktorý stanovil, že sa prijmú „na stanovenie vysokých štandardov kvality a bezpečnosti… pre krv“. Kvalita a bezpečnosť sú všadeprítomným cieľom smernice.[30] Ide o to, aby sa predchádzalo prenosu ochorení[31] tým, že darovaná krv bude pochádzať od osôb, ktorých zdravotný stav je taký, že v dôsledku odberu nevzniknú žiadne nežiaduce účinky a že sa bude minimalizovať akékoľvek riziko prenosu infekčného ochorenia[32], a to s cieľom posilniť dôveru jednotlivcov.[33] To isté vyplýva aj zo smernice 2004/33[34], ktorého cieľom je zabezpečiť vysokú úroveň ochrany ľudského zdravia[35].

29. Je teda zrejmé, že prílohy k smernici 2004/33 treba vykladať z hľadiska tohto cieľa. Zároveň zastávam názor, že bod 2.1 prílohy III k smernici 2004/33 treba vykladať v tom zmysle, čo francúzska vláda napokon uznáva v písomných vyjadreniach, že osoby, ktorých sexuálne správanie ich vystavuje vysokému riziku nákazy závažným infekčným ochorením, ktoré sa prenáša krvou, sú trvale vylúčené z darcovstva krvi. Takýto výklad je podľa všetkého vhodný nielen z hľadiska relevantnosti rozdielu, ktorý normotvorca Únie robí medzi dôvodmi na dočasné vylúčenie a dôvodmi na trvalé vylúčenie, ale aj z hľadiska súladu s ideou smernice maximálne znížiť riziko prenosu. Vysoké riziko tak vedie k trvalému vylúčeniu a nižšie, obmedzenejšie riziko, vedie len k dočasnému vylúčeniu.

b) Je skutočnosť, že muž udržiaval[36] alebo udržiava sexuálne styky s iným mužom „sexuálnym správaním“ v zmysle bodu 2.1 prílohy III k smernici 2004/33?

30. Hoci sa so zreteľom na vyššie uvedené podľa všetkého spresňuje hranica medzi dočasným a trvalým vylúčením, zostáva určiť, čo môže byť „sexuálnym správaním“ vystavujúcim vysokému riziku nakazenia.

27 — Z početnej judikatúry pozri rozsudok Haasová (C-22/12, EU:C:2013:692, bod 48 a citovaná judikatúra) a Drozdovs (C-277/12, EU:C:2013:685, bod 39 a citovaná judikatúra).

28 — Ide napríklad o odporúčanie č. R(95) 14 Výboru ministrov Rady Európy z 12. októbra 1995 k ochrane zdravia darcov a príjemcov pri transfúzii krvi.

29 — Pozri odôvodnenie 3 smernice 2002/98. Pokiaľ ide o opatrenia orgánov, ktoré nie sú záväzné, pozri body 6 až 9 odôvodnenia uvedenej smernice.

30 — Pozri odôvodnenia 1, 3, 5 a článok 1 smernice 2002/98.

31 — Odôvodnenia 1 a 2 smernice 2002/98.

32 — Odôvodnenie 24 smernice 2002/98.

33 — Odôvodnenia 3 a 6 smernice 2002/98.

34 — Pozri najmä odôvodnenia 2 a 4 a články 4 a 6 smernice 2004/33.

35 — Odôvodnenie 1 smernice 2004/33.

36 — V súlade so znením dotazníka.

31. V tomto smere spis predložený Súdnemu dvoru neobsahuje žiadnu informáciu týkajúcu sa prípravných prác na smernici 2004/33, ktorá by naznačovala, čo normotvorca myslel pod „sexuálnym správaním“, a v tomto ohľade neobsahuje žiadne vymedzenie pojmu. Preskúmaním dokumentov Rady Európy sa tiež nedospelo k väčšiemu objasneniu, pretože výbor ministrov iba vymedzil rizikové sexuálne správanie ako „sexuálne správanie vystavujúce dotknuté osoby riziku alebo vysokému riziku nakazenia závažným infekčným ochorením, ktoré sa prenáša krvou“. [37] Treba ho teda chápať v bežnom zmysle slova.

32. V doslovnom poňatí je správanie spôsob, ako sa jednotlivec správa, ako koná; je to súhrn jej reakcií, t. j. jej prejavov [38]. Pojem „správanie“ v sebe zahŕňa apriórne subjektívne posúdenie a sexuálne správanie je teda dané sexuálnymi zvyklosťami a praktikami dotknutého jednotlivca, inými slovami konkrétnymi podmienkami, za akých dochádza k sexuálnym stykom.

33. Natíska sa teda otázka: dotýka sa trvalé vylúčenie MSM konkrétnej sexuálnej orientácie, alebo skôr vlastného správania v pravom zmysle slova?

34. Vylučujúcim kritériom použitým vo vyhláške ministerstva je totiž skutočnosť, že muž bol alebo je sexuálne aktívny, pričom táto aktivita spočíva v sexuálnom styku s iným mužom bez ohľadu na podmienky tohto styku/týchto stykov, ich frekvenciu či použité praktiky. Kritérium, samozrejme, nie je výslovne a priamo formulované na základe sexuálnej orientácie, pretože kategória MSM nie je oficiálne definovaná na základe sexuálnej orientácie. [39] Vedie však k určitej domnienke, že vzťah MSM ich nevyhnutne a systematicky vystavuje vysokému riziku nakazenia. V praxi ide predovšetkým, ale nie výlučne [40], o homosexuálov či bisexuálov mužského pohlavia, ktorí sú z darcovstva trvale vylúčení z jediného dôvodu, že udržiavali či udržiavajú sexuálne styky s iným mužom.

35. Uplatnené vnútroštátne kritérium je podľa môjho názoru formulované príliš široko a všeobecne, zatiaľ čo pojem „sexuálne správanie“ použitý normotvorcom Únie vyžaduje identifikáciu konkrétneho správania či postoja vystavujúceho potenciálneho darcu vysokému riziku nakazenia. Okrem toho Komisia už zdôraznila skutočnosť, že „sexuálne správanie“ podľa smernice 2004/33 sa nemá chápať ako synonymum „sexuálnej orientácie“. [41]

36. Na rozdiel od toho, čo tvrdí francúzska vláda, nezbavuje záver, že bod 2.1 prílohy III k smernici 2004/33 vyžaduje, aby z darcovstva krvi boli trvale vylúčené osoby, v prípade ktorých bolo identifikované konkrétne správanie, ktoré ich vystavilo alebo vystavuje vysokému riziku, a že tento nevedie až k takému všeobecnému vylúčeniu ako ministerská vyhláška bod 2.1 prílohy III k smernici 2004/33 jeho potrebného účinku. To si však vyžaduje presnejšie formulovať kritérium na trvalé vylúčenie. Možno uvažovať o jednotlivcoch vykonávajúcich prostitúciu [42], ktorí podľa môjho názoru spĺňajú podmienky na trvalé vylúčenie na základe tohto bodu 2.1 uvedenej prílohy.

37. Z uvedeného vyplýva, že bod 2.1 prílohy III k smernici 2004/33 treba vykladať v tom zmysle, že samotná skutočnosť, že muž udržiaval alebo udržiava sexuálne styky s iným mužom, nie je sama osebe sexuálnym správaním, ktoré ho vystavuje vysokému riziku nakazenia závažným infekčným ochorením, ktoré sa prenáša krvou.

37 — Pozri prílohu 1 k vyššie uvedenému uzneseniu CM/Res(2013)3.

38 — Podľa definície uvedenej v *Le petit Larousse illustré*, vydanie 2011, Larousse, Paríž.

39 — Pozri definíciu akronymu MSM v poznámke pod čiarou 15 týchto návrhov, ako aj odôvodnenie 3 uvedeného uznesenia CM/Res(2013)3.

40 — Domnienka predostretá Komisiou, ktorá sa týka homosexuálov alebo bisexuálov mužského pohlavia, ktorí úplne abstinujú, a mohli by teda byť darcami krvi, mi celkovo pripadá dosť okrajová a netreba na ňu pri týchto úvahách prihliadať.

41 — Pozri odpoveď Komisie zo 17. augusta 2011 na parlamentnú otázku so žiadosťou o písomnú odpoveď z 1. júla 2011 (E-006484/2011).

42 — Tento prípad ostatne uvádza Rada Európskej únie vo svojom odporúčaní z 29. júna 1998 o vhodnosti darcov krvi a krvnej plazmy a vyšetrení darovanej krvi v Európskom spoločenstve [Ú. v. ES L 203, 21. 7. 1998, s. 14: pozri konkrétne prílohu II bod C 1 uvedeného odporúčania] a Výbor ministrov Rady Európy v treťom bode odôvodnenia vyššie uvedeného uznesenia CM/Res(2013)3.

2. O miere voľnej úvahy, ktorú členským štátom ponecháva smernica 2004/33 a o možnosti zachovať alebo prijať prísnejšie ochranné opatrenia

a) Dodržanie ustanovení Zmluvy ako hranice pre výkon vnútroštátnych právomocí

38. Ako som už zdôraznil, smernica 2002/98, ktorej technické požiadavky boli stanovené smernicou 2004/33, bola prijatá na základe článku 152 ods. 4 písm. a) ES, ktorý stanovoval podmienky, za ktorých Rada môže prispieť k uskutočneniu určitých cieľov, a konkrétne cieľa spočívajúceho v prijatí „opatrení na stanovenie vysokých štandardov kvality a bezpečnosť… pre krv a krvné deriváty“. V písmene a) uvedeného článku sa ďalej spresňovalo, že „tieto opatrenia nebránia žiadnemu členskému štátu v zachovaní alebo prijatí prísnejších ochranných opatrení“.[43] Článok 152 ods. 5 ES potvrdzoval, že činnosť Spoločenstva v oblasti verejného zdravia plne rešpektuje zodpovednosť členských štátov, a najmä že „ustanovenia uvedené v odseku 4 písm. a) obzvlášť neovplyvnia vnútroštátne ustanovenia o darcovstve… krvi“.[44]

39. Hoci z vyššie uvedeného treba vyvodiť, že činnosť Spoločenstva v minulosti a Únie v súčasnosti môžu mať podobu len sprievodných, podporných alebo koordinačných opatrení a v žiadnom prípade harmonizačných opatrení, Súdny dvor tieto ustanovenia nikdy nevyložil v tom zmysle, že vnútroštátne opatrenia nepodliehajú žiadnemu preskúmaniu ich súladu s právom Únie.

40. V oblasti sociálneho zabezpečenia tak Súdny dvor rozhodol, že „právo Únie síce nezasahuje do právomoci členských štátov organizovať svoje systémy sociálneho zabezpečenia a pokiaľ chýba harmonizácia na úrovni Európskej únie, je na právnej úprave každého členského štátu, aby stanovil podmienky poskytovania dávok sociálneho zabezpečenia… Ďalej je potrebné uviesť, že podľa článku 152 ods. 5 ES činnosť Spoločenstva v oblasti verejného zdravia plne rešpektuje zodpovednosť členských štátov za organizáciu zdravotníctva a poskytovanie zdravotníckych služieb a zdravotnej starostlivosti. Pri výkone tejto právomoci však členské štáty musia dodržiavať právo Únie, najmä ustanovenia týkajúce sa voľného pohybu služieb… Okrem toho Súdny dvor rozhodol, že článok 152 ods. 5 ES nevylučuje, že členské štáty sú na základe iných ustanovení Zmluvy… povinné prispôsobiť svoje systémy sociálneho zabezpečenia *bez toho, aby to bolo možné považovať za narušenie ich zvrchovaných právomocí v tejto oblasti*“.[45]

41. Súdny dvor by mal *mutatis mutandis* ďalej rozhodnúť, že podmienenie výkonu iných vnútroštátnych právomocí uvedených v článku 152 ods. 5 ES dodržiavaním ustanovení Zmluvy nenarúša ich zvrchovanú právomoc v tejto oblasti. Znenie uvedeného článku v časti venovanej osobitne darcovstvu krvi tomu podľa všetkého nebráni.

42. V prípade vnútroštátnej právnej úpravy, ktorá má zaistiť dobrovoľnosť a neziskový charakter darcovstva a podľa všetkého stanovuje väčšiu mieru ochrany než ustanovenia smernice 2002/98[46], Súdny dvor neobmedzil preskúmanie z dôvodu, že vnútroštátna právna úprava patrila do pôsobnosti článku 152 ods. 5 ES. Uvedenú právnu úpravu naopak podrobil testu zlučiteľnosti s inými ustanoveniami Zmluvy, v danom prípade ustanoveniami o voľnom pohybu tovaru. Okrem toho rozhodol, že článok 28 ES v spojení s článkom 30 ES bránil vnútroštátnej právnej úprave, ktorá

43 — Terajší článok 168 ods. 4 bod a) ZFEÚ.

44 — V podobnom duchu pozri terajší článok 168 ods. 7 ZFEÚ.

45 — Rozsudok Komisia/Portugalsko (C-255/09, EU:C:2011:695, body 47 až 49 a citovaná judikatúra), kurzívou zvýraznil generálny advokát. Súdny dvor sa tak v tejto veci pridržiaval návrhov generálnej advokátky, ktorá v tejto súvislosti konštatovala, že „Portugalská republika sa so zámerom vyhnúť sa povinnostiam, ktoré jej ukladá právo Únie, [nemohla] úspešne… odvolávať na pôvodnú právomoc organizovať systém zdravotníctva a lekárskej starostlivosti na svojom štátnom území“ [pozri bod 64 návrhov, ktoré predniesla generálna advokátka Trstenjak (EU:C:2011:246)].

46 — Také ustanovenia, ktoré zakladajú väčšiu mieru ochrany, povoľuje článok 4 ods. 2 druhý pododsek smernice 2002/98.

stanovila, že dovoz krvi a zložiek krvi pochádzajúcich z iného členského štátu je prípustný pod podmienkou, uplatniteľnou aj na domáce produkty, že darcovia nielenže poskytli krv, z ktorej boli tieto produkty získané, bezplatne, ale aj bez získania náhrady nákladov, ktoré vynaložili na účely uskutočnenia tohto darovania. [47]

43. Nakoniec podotýkam, že skutočnosť, že ustanovenia Zmluvy vytyčujú prirodzené hranice pre výkon vnútroštátnych právomocí, potvrdzuje aj článok 4 ods. 2 prvý pododsek smernice 2002/98, podľa ktorého „táto smernica nebráni členskému štátu, aby na svojom území dodržiaval alebo zavádzal prísnejšie ochranné opatrenia, ktoré sú v súlade s ustanoveniami Zmluvy“, [48] čo nespochybňuje ani francúzska vláda [49], ani Komisia [50].

b) Vyhláška ministerstva zakladá nepriamu dvojnásobnú diskrimináciu na základe pohlavia a sexuálnej orientácie

44. Keďže sloboda členských štátov končí tam, kde je ohrozené dodržiavanie primárneho práva Únie, v tomto ohľade len podotýkam, že vyhláška ministerstva, ktorá natrvalo vylúčila všetkých mužov, ktorí udržiavali alebo udržiavajú sexuálne styky s iným mužom, zaviedla do systému výberu darcov zjavnú nepriamu diskrimináciu [51], ktorá spočíva v rozdielnom zaobchádzaní na základe pohlavia – keďže uvedené kritérium sa týka len mužov – a sexuálnej orientácie – keďže uvedené kritérium sa takmer výlučne týka homosexuálnych a bisexuálnych mužov.

45. Napriek tomu, že odporúčanie R(95)14 poukazuje na nutnosť zaviesť náležitý výber darcov a súčasne vylúčiť akúkoľvek diskrimináciu, už citovaným uznesením CM/Res(2013)3 sa uznalo, že došlo k vylúčeniu populácie MSM, t. j. celej kategórie populácie z dôvodu, že dostupné štatistické údaje nemožno spresniť v závislosti od individuálneho rizika. Práve štatistiky pritom zvyčajne konfrontujú populáciu MSM s heterosexuálnou populáciou: výraz MSM sa tak vo všeobecnom aj vedeckom zmysle slova stal synonymom pre „homosexuála“ alebo „bisexuála“. [52] Komunita homosexuálov a bisexuálov mužského pohlavia je trvale vylúčená z darcovstva krvi a je teda diskriminovaná. Únie má pritom bojovať proti diskriminácii na základe pohlavia a sexuálnej orientácie, o čom svedčí tak pôvodný článok 13 ES, ako aj terajší článok 19 ZFEÚ a článok 21 Charty (Charta základných práv Európskej únie). [53]

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

48 — Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

49 — Pozri bod 90 jej písomných pripomienok.

50 — Pozri odpovede Komisie z 1. apríla 2009 na parlamentnú otázku č. E-0910/2009 (ktorá sa týka dodržiavania zásady proporcionality) a zo 17. augusta 2011 na parlamentnú otázku č. E-006484/2011 [(ktorá sa týka najmä článku 21 Charty základných práv Európskej únie (ďalej len „Charta“ (Ú. v. EÚ C 303, 2007, s. 1)].

51 — Podľa môjho názoru sa o tejto kvalifikácii dá pochybovať. Súdny dvor najmenej v dvoch prípadoch vo veci Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) a Hay (C-267/12, EU:C:2013:823) rozhodol, že došlo k priamej diskriminácii na základe sexuálnej orientácie. V prvom prípade išlo o vnútroštátnu právnu úpravu, ktorá vyhradzovala vyplácanie vdovského dôchodku len vdovám, pričom tohto postavenia sa mohla dovolávať iba vydatá osoba, hoci sobáš nebol umožnený osobám rovnakého pohlavia. V druhom prípade išlo o kolektívnu zmluvu, ktorá stanovila nárok na dovolenku a vyplatenie príspevku v prípade uzavretia manželstva a nestanovila zodpovedajúce práva pre prípad, že dotknuté osoby uzatvoria registrované partnerstvo, čo je jediná forma partnerstva umožnená osobám rovnakého pohlavia. V oboch prípadoch sa však menej priaznivé zaobchádzanie dotýkalo celej homosexuálnej komunity, žien aj mužov, na rozdiel do vylúčenia z darcovstva dotknutého v konaní vo veci samej.

52 — Okrem údajov poskytnutých francúzskou vládou pozri aj: VIH/sida en France: données de surveillance et études. In: *Bulletin épidémiologique hebdomadaire* z 1. decembra 2012, č. 46 – 47, s. 523 (dostupný na www.invs.sante.fr) alebo graf Institut français de veille sanitaire (Francúzsky zdravotnícky ústav) znázorňujúci počet HIV pozitívnych osôb podľa spôsobov nakazenia a krajiny narodenia za obdobie rokov 2003 – 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 — Ďalej podotýkam, že v návrhoch predložených vo veci Römer (C-147/08, EU:C:2010:425) generálny advokát Jääskinen v nadväznosti na analýzu, s ktorou sa úplne nestotožňujem, vyzval Súdny dvor, aby zakázal diskrimináciu z dôvodu sexuálnej orientácie ako všeobecnú právnu zásadu (pozri bod 122 a nasl.). V rozsudku (C-147/08, EU:C:2011:286) však Súdny dvor mal možnosť odpovedať na prejudiciálne otázky, ktoré mu boli predložené, ale v tomto smere nezaujal stanovisko. Možno nastala chvíľa na uskutočnenie takéhoto kroku, so zreteľom na skutočnosť, že vyhláška dotknutá vo veci samej bola prijatá v januári 2009, čiže pred nadobudnutím platnosti Lisabonskej zmluvy, a teda predtým, ako sa Charta stala záväznou.

46. Dalo by sa, samozrejme, namietať, že akýkoľvek mechanizmus výberu je svojou podstatou diskriminačný. Treba sa však ubezpečiť, že takéto rozdielne zaobchádzanie je riadne odôvodnené a primerané.

c) Je rozdielne zaobchádzanie odôvodnené a primerané?

47. Súdny dvor opakovane usúdil, že „zdravie a život osôb zaujímajú prvé miesto medzi Zmluvou chránenými hodnotami a záujmami“.[54] Vyhláška ministerstva, ktorá úplne a trvale vylučuje populáciu MSM z darcovstva krvi, je prísnejším ochranným opatrením v zmysle článku 4 ods. 2 smernice 2002/98, takže je nesporné, že sleduje legitímny cieľ, ktorý spočíva v maximálnom znížení rizika nakazenia pre príjemcov, čím prispieva k všeobecnému cieľu zabezpečiť vysokú úroveň ochrany verejného zdravia, ktorý je v súčasnosti stanovený tak v článku 168 ods. 1 ZFEÚ, ako aj v článku 35 Charty.

48. Hoci právna úprava dotknutá v konaní vo veci samej sleduje legitímny cieľ, zostáva ešte overiť, či spĺňa zásadu proporcionality, t. j. či je primeraná a nevyhnutná na dosiahnutie sledovaného cieľa, pričom platí, že v prípade, ak sa ponúka možnosť voľby medzi niekoľkými primeranými opatreniami, treba zvoliť opatrenie, ktoré je najmenej obmedzujúce, a dbať o to, aby spôsobené nepriaznivé dôsledky neboli neprimerané so zreteľom na sledované ciele.[55]

49. Po prvé trvalé vylúčenie populácie MSM skutočne smeruje k naplneniu sledovaného legitímneho cieľa.

50. Po druhé vzniknuté negatívne dôsledky je s ohľadom na dotknuté záujmy potrebné považovať za pomerne znesiteľné, pričom pocit vylúčenia z dôvodov týkajúcich sa osobného života treba posudzovať z hľadiska vysokého záujmu na ochrane zdravia príjemcov. Okrem toho si viem predstaviť, že odmietnutie nezištného veľkorysého gesta a solidarity, akým je darovanie krvi, by mohlo vyvolať nepochopenie u osôb, ktoré sú takto odmietnuté, ale treba uznať, že darcovstvo krvi nie je samo osebe právom, nikdy nebola uznaná jeho všeobecná platnosť, pretože darcovia sa vyberajú a v tomto ohľade musia spĺňať určité podmienky, a posledné slovo majú v každom prípade výlučne zdravotnícke orgány, ktoré ako jediné nesú priamu plnú zodpovednosť za svoje rozhodnutia.[56]

51. Po tretie v kontexte verejného zdravia je pri overovaní dodržiavania zásady proporcionality potrebné vziať do úvahy „skutočnosť, že členský štát sa môže rozhodnúť, na akej úrovni zamýšľa zabezpečiť ochranu verejného zdravia, a akým spôsobom sa má táto úroveň dosiahnuť. Keďže táto úroveň sa môže v jednotlivých členských štátoch líšiť, treba členským štátom priznať určitú mieru voľnej úvahy“.[57] Skutočnosť, že niektorý členský štát stanovuje menej prísne pravidlá, než sú pravidlá uplatniteľné v inom členskom štáte, teda samo osebe neznamená, že posledné uvedené pravidlá sú neprimerané.[58]

54 — Rozsudok Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93, bod 32 a citovaná judikatúra). Pozri aj rozsudok Humanplasma (EU:C:2010:760, bod 32).

55 — Pozri rozsudok Müller Fleisch (EU:C:2010:93, bod 43).

56 — Pozri bod 4.1 uznesenia Výboru ministrov Rady Európy CM/Res(2008)5 o zodpovednosti darcov a obmedzení darcovstva krvi a zložiek krvi, v ktorom sa odporúča zabezpečiť, aby transfúzne zariadenia niesli konečnú zodpovednosť za kvalitu krvi, a aby „zodpovedali za konečné rozhodnutie o prijatí alebo vylúčení darcov na základe analýzy rizika založenej na pravidelne aktualizovaných epidemiologických údajoch, so zreteľom na právo príjemcov na ochranu zdravia a z toho vyplývajúcu povinnosť znižovať riziko prenosu infekčných ochorení. Tieto práva a povinnosti majú prednosť pred všetkým ostatným *vrátane vôle jednotlivca darovať svoju krv* (kurzívou zvýraznil generálny advokát).

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

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

52. Konkrétne to znamená, že skutočnosť, že Španielsko, Taliansko, Slovensko, Fínsko a Spojené kráľovstvo systematicky ani trvale nevylučujú populáciu MSM z darcovstva krvi [59], nemožno vziať do úvahy pri rozhodovaní, či francúzska vláda mohla prijať opatrenie, ktoré by nebolo do takej miery v rozpore so zásadou rovnosti zaobchádzania a zaručovalo by dosiahnutie takého istého výsledku. To platí o to viac, že miera rizika nie je v jednotlivých členských štátoch rovnaká, pretože ich epidemiologická situácia sa osobitne v prípade nákazy HIV značne líši a je zrejmé, že vo Francúzsku je miera prevalencie HIV v populácii MSM obzvlášť vysoká. [60]

53. Aby sa však dalo určiť, či trvalé vylúčenie na základe vyhlášky ministerstva neprekračuje rámec toho, čo je nevyhnutné, vnútroštátny súd musí vykonať určité overenia, ktoré Súdny dvor nemôže vykonať na základe spisu, ktorý mu bol predložený.

54. Po prvé treba vziať do úvahy epidemiologickú situáciu vo Francúzsku a uistiť sa, že poskytnuté štatistické údaje sú aktuálne, [61] reprezentatívne a spoľahlivé.

55. Po druhé treba overiť niektoré údaje z oblasti zdravotníckej techniky.

56. Argumentácia francúzskej vlády sa takmer výlučne sústreďuje len na riziko nakazenia HIV, ktorému je vystavená populácia MSM. Keďže dôvodom na trvalé vylúčenie je hlavne riziko, ktoré hrozí príjemcovi z dôvodu „diagnostického okna“, podotýkam, že francúzska vláda uviedla, že dĺžka najdlhšej fázy – pokiaľ ide o vírus HIV 2 – sa odhaduje na 22 dní. Ak sa nemýlim, maximálna doba na uchovanie krvi je približne 45 dní. Systematická karanténa krvi darovanej populáciou MSM tak dlhú dobu pred jej testovaním by objektívne mohla byť riešením umožňujúcim lepšie uskutočniť sledovaný cieľ.

57. Vnútroštátny súd by si tak mal položiť otázku, či by taká karanténa bola ekonomicky znesiteľná a vedecky uskutočniteľná v prípade všetkých alebo časti zložiek krvi. Predovšetkým by si mal overiť, že nenaruší riadne fungovanie transfúzneho reťazca. Pritom by sa mohol oprieť napríklad o správu o transfúznom reťazci, ktorú v roku 2013 odovzdal ministrovi sociálnych vecí a zdravotníctva francúzsky poslanec Olivier Véran (ďalej len „Véranova správa“), podľa ktorej „sa experti zhodujú na tom, že systematická karanténa plazmy súvisiaca s virologickým skríningom umožňuje neutralizovať akékoľvek riziko vírusovej nákazy“. [62] Také riešenie sa javí ako optimálne z hľadiska ochrany zdravia príjemcov: umožňuje jednak prekonať problémy spojené s pocitom diskriminácie u príslušníkov populácie MSM – ktorý by ich mohol viesť k tomu, aby neodpovedali pravdivo na dotazníky – a jednak sa so všetkou darovanou krvou zaobchádza rovnako, pričom testovanie sa uskutočňuje až po uplynutí fázy, počas ktorej nemožno zistiť vírus, takže riziko sa približuje k nule. Podotýkam, že pripomienky francúzskej vlády sú mladšieho dáta, ale neobsahujú zmienku o správe.

58. Okrem toho existujú isté pochybnosti o koherencii trvalého vylúčenia. Na základe trvalej kontraindikácie stanovenej vyhláškou ministerstva, v spojení s vyššie uvedeným dotazníkom [63] je skutočnosť, že muž mal aspoň raz v živote – aj keby k tomu došlo pred desiatimi rokmi – sexuálny styk s iným mužom, dôvodom na trvalé vylúčenie z darcovstva krvi. Z toho treba vyvodiť, že aktuálne

59 — Španielsko a Taliansko ustanovili len dočasné vylúčenie v prípade viacerých partnerov alebo zmeny partnera bez ohľadu na povahu dotknutého vzťahu (v priebehu konania pred Európskym súdom pre ľudské práva došlo k zmene vnútroštátnych predpisov, v dôsledku čoho tento súd nemusel posudzovať zlučiteľnosť vylúčenia homosexuálov z darcovstva krvi s Európskym dohovorom o ochrane ľudských práv a základných slobôd podpísaným v Ríme 4. novembra 1950, pozri ESĽP, rozsudok Tosto v. Taliansko z 15. októbra 2002, žaloba č. 49821/99); Slovensko (podľa toho, čo vyplýva z parlamentnej otázky č. E-0910/09 zo 17. februára 2009), ako aj nedávno Fínsko a Spojené kráľovstvo, sa rozhodli vyžadovať abstinenciu v dĺžke 12 mesiacov v prípade mužov, ktorí vyhlásili, že mali sexuálny styk s iným mužom.

60 — Ak sa vychádza z údajov poskytnutých francúzskou vládou, ktoré podľa všetkého potvrdzuje osobitná správa 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 (pozri najmä s. 4, 5 a prílohu 2) Európskeho centra pre prevenciu a kontrolu chorôb zriadeného nariadením Európskeho parlamentu a Rady č. 851/2004 z 21. apríla 2004 (Ú. v. ES L 142, s. 1; Mim. vyd. 15/008, s. 346).

61 — Rozsudok Francúzsko/Komisia (C-601/11 P, EU:C:2013:465, bod 136).

62 — Pozri s. 35 uvedenej správy.

63 — Pozri bod 9 týchto návrhov.

rizikové správanie nie je rozhodujúce, hoci vzhľadom na to, že všetky odbery krvi sa testujú na HIV, najkritickejším obdobím je práve diagnostické okno, počas ktorého sú príjemcovia vystavení najväčšiemu riziku.[64] Ak je pritom opäť hlavným dôvodom diagnostické okno, možno si predstaviť, že primeranejšie by bolo dočasné vylúčenie stanovené v závislosti od dátumu posledného styku.

59. V podobnom duchu si možno položiť otázku, prečo sa osobitná kontraindikácia nevzťahuje na ženu, ktorej partner patrí k populácii MSM. Na osobu, ktorej partner je pozitívny, sa napokon vzťahuje dočasná štvormesačná kontraindikácia. Na jednej strane si viem predstaviť, že taký pár je opatrnejší, ale na druhej strane si viem predstaviť aj to, že v takom prípade je vystavenie riziku reálne, zatiaľ čo v prípade populácie MSM je bez individuálneho preskúmania používaných praktík menej určité. Treba tiež porovnať prípad muža, ktorý mal raz v živote alebo príležitostne chránený homosexuálny styk – a je trvale vylúčený – a prípad heterosexuálnej osoby, ktorá má nechránený styk pravidelne, ale bude vylúčená iba dočasne: môže v takom prípade samotná príslušnosť k populácii MSM odôvodniť trvalé vylúčenie?

60. Aby som sa vrátil k štatistikám, podotýkam, že v roku 2011 bolo podľa zistení pozitívnych 2 400 osôb v populácii MSM. V tom istom roku sa 3 500 osôb nakazilo pri heterosexuálnom styku, pričom 2 400 z týchto heterosexuálnych osôb sa narodilo v cudzine.[65] Vnútroštátny súd by mal objasniť, prečo nie je vo vyhláške ministerstva, dotknutej v spore vo veci samej[66], uvedená kontraindikácia u tejto skupiny darcov.

61. Nakoniec a možno predovšetkým by sa dotazník mohol upraviť tak, aby slúžil na identifikáciu rizikového správania v populácii MSM, čo podľa všetkého uspokojivo robí v prípade ostatných darcov. Cielenejšie otázky – týkajúce sa času, ktorý uplynul od posledného styku, počtu partnerov, povahy stykov, používania ochrany pri styku alebo návštevy nočných podnikov – by tiež neumožnili identifikovať sexuálnu orientáciu, ale naopak by umožnili posúdiť mieru rizika, ktoré predstavuje jednotlivý darca z dôvodu svojho vlastného sexuálneho správania.[67]

62. Z vyššie uvedeného vyplýva, že vnútroštátnemu súdu prislúcha povinnosť uistiť sa, že francúzska vláda tým, že trvale vylúčila mužov, ktorí udržiavali alebo udržiavajú sexuálne styky s iným mužom, z darcovstva krvi, postupovala v súlade s mierou voľnej úvahy, ktorá sa tradične priznáva členským štátom v oblasti verejného zdravia, spôsobom, ktorý je v súlade s požiadavkami vyplývajúcimi zo zásady zákazu diskriminácie na základe sexuálnej orientácie, a najmä zo zásady proporcionality. Pri overovaní toho, či trvalé vylúčenie neprekračuje rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie legitímneho cieľa spočívajúceho v ochrane zdravia príjemcov, vnútroštátny súd overí po prvé, že epidemiologická situácia vo Francúzsku opísaná na Súdnom dvore vychádza zo spoľahlivých, reprezentatívnych a aktuálnych štatistík, a po druhé, že pri súčasnom stave vedeckého poznania nemožno zaviesť karanténu darovanej krvi, kým neuplynie obdobie diagnostického okna, bez neprimeraného zaťaženia transfúzneho reťazca. Vnútroštátnemu súdu napokon tiež prislúcha zistiť prípadné dôvody, ktoré viedli k záveru, že posúdenie individuálneho rizika na základe prípadne upraveného dotazníka a individuálneho pohovoru s lekárskym personálom, prostredníctvom ktorého sa má zistiť, či je sexuálne správanie potenciálneho darcu tzv. „rizikové“, sa javí ako nedostatočné na zabezpečenie uspokojivej ochrany príjemcov v prípade darcovstva krvi od mužov, ktorí udržiavali alebo udržiavajú sexuálne styky s iným mužom, hoci v prípade zvyšnej časti populácie dostatočné je.

64 — Článok 20 odporúčania Výboru ministrov Rady Európy č. R(95) 14 uvádza, že „k vylúčeniu (dočasnému alebo prípadne trvalému) by malo dôjsť v prípade osôb patriacich k skupinám, v ktorých vzhľadom na ich zdravotnú minulosť alebo *súčasné* činnosti a správanie, hrozí riziko prenosu infekčných ochorení“ (kurzívou zvýraznil generálny advokát).

65 — Zdroj: vyššie uvedený graf Institut français de veille sanitaire (Francúzsky zdravotnícky ústav) znázorňujúci počet HIV pozitívnych osôb podľa spôsobu nakazenia a krajiny narodenia za obdobie rokov 2003 – 2011. Predovšetkým ide o osoby narodené v subsaharskej Afrike (77 %) a ženy (58 %).

66 — Je jasné, že populácia MSM je početne oveľa menšia ako heterosexuálna populácia, takže miera nakazenia je v tejto populácii pomerne vyššia, čo nie je skutočnosť, ktorú by som tu chcel spochybňovať. Nemožno však poprieť ani to, že heterosexuálne osoby narodené v zahraničí predstavujú skupinu, ktorá je obzvlášť výrazne vystavená riziku nakazenia HIV a pritom sa na ňu nevzťahuje osobitné ochranné opatrenie uvedené vo vyhláške ministerstva.

67 — V tejto súvislosti uvádzam, že ide tiež o odporúčanie z vyššie uvedenej Véranovej správy: pozri s. 36 uvedenej správy.

V – **Návrh**

63. Vzhľadom na všetky vyššie uvedené úvahy navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na prejudiciálnu otázku, ktorú položil Tribunal administratif de Strasbourg, takto: Bod 2.1 prílohy III k smernici Komisie 2004/33/ES z 22. marca 2004, ktorým sa vykonáva smernica Európskeho parlamentu a Rady 2002/98/ES, pokiaľ ide o niektoré technické požiadavky na odber a skúšanie všetkej krvi a zložiek krvi, sa má vykladať v tom zmysle, že okolnosť, že muž udržiaval alebo udržiava sexuálny styk s iným mužom, sama osebe nepredstavuje sexuálne správanie, ktorým sa osoba vystavuje vysokému riziku nakazenia závažnými infekčnými ochoreniami, ktoré sa prenášajú krvou. Vnútroštátnemu súdu prislúcha povinnosť uistiť sa, že francúzska vláda tým, že trvale vylúčila mužov, ktorí udržiavali alebo udržiavajú sexuálne styky s iným mužom, z darcovstva krvi, postupovala v súlade s mierou voľnej úvahy, ktorá sa tradične priznáva členským štátom v oblasti verejného zdravia, spôsobom, ktorý je v súlade s požiadavkami vyplývajúcimi zo zásady zákazu diskriminácie na základe sexuálnej orientácie, a najmä zo zásady proporcionality. Pri overovaní toho, či trvalé vylúčenie neprekračuje rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie legitímneho cieľa spočívajúceho v ochrane zdravia príjemcov, vnútroštátny súd overí po prvé, že epidemiologická situácia vo Francúzsku opísaná na Súdnom dvore vychádza zo spoľahlivých, reprezentatívnych a aktuálnych štatistík, a po druhé, že pri súčasnom stave vedeckého poznania nemožno zaviesť karanténu darovanej krvi, kým neuplynie obdobie diagnostického okna, bez neprimeraného zaťaženia transfúzneho reťazca. Vnútroštátnemu súdu napokon tiež prislúcha zistiť prípadné dôvody, ktoré viedli k záveru, že posúdenie individuálneho rizika na základe prípadne upraveného dotazníka a individuálneho pohovoru s lekárskym personálom, prostredníctvom ktorého sa má zistiť, či je sexuálne správanie potenciálneho darcu tzv. „rizikové“, sa javí ako nedostatočné na zabezpečenie uspokojivej ochrany príjemcov v prípade darcovstva krvi od mužov, ktorí udržiavali alebo udržiavajú sexuálne styky s iným mužom, hoci v prípade zvyšnej časti populácie dostatočné je.