Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
PAOLA MENGOZZIJA,
predstavljeni 17. julija 2014[1]

Zadeva C-528/13

Geoffrey Léger
proti
Ministre des affaires sociales, de la santé et des Droits des femmes
in
Établissement français du sang
(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo Tribunal administratif de Strasbourg (Francija))

„Javno zdravje — Dajanje krvi — Merila ustreznosti krvodajalcev — Merila za trajno ali začasno odklonitev — Dokončna odklonitev moških, ki so imeli spolne odnose z drugim moškim — Načelo prepovedi diskriminacije na podlagi spolne usmerjenosti — Sorazmernost“

Kazalo

I – Pravni okvir 2

A – Pravo Unije 2

B – Francosko pravo 3

II – Spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje 4

III – Postopek pred Sodiščem 5

IV – Pravna analiza 5

A – Povzetek stališča francoske vlade 5

B – Presoja 7

1. Razlaga točke 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33 7

a) Točko 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33 je mogoče izvajati le, če obstaja večje tveganje obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo. 7

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

b) Ali to, da je moški imel ali ima spolne odnose z drugim moškim, pomeni „spolno vedenje“ v smislu točke 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33 8

2. Diskrecijska pravica, ki je dana državam članicam z Direktivo 2004/33, in možnost, priznana tem državam, da ohranijo ali uvedejo strožje zaščitne ukrepe 10

a) Upoštevanje določb Pogodbe kot omejitev izvajanja nacionalnih pristojnosti 10

b) Ministrski odlok pomeni posredno diskriminacijo na podlagi dvojne kombinacije spola in spolne usmerjenosti 11

c) Ali je različno obravnavanje utemeljeno in sorazmerno 12

V – Predlog 15

1. S tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe se postavlja občutljivo vprašanje združljivosti nacionalnega ukrepa, ki določa trajno odklonitev dajanja krvi za moške, ki so imeli ali imajo spolne odnose z drugimi moškimi, s pravom Unije.

I – **Pravni okvir**

A – *Pravo Unije*

2. Pravni okvir v pravu Unije je mogoče povzeti tako.

3. Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2002/98/ES z dne 27. januarja 2003 o določitvi standardov kakovosti in varnosti za zbiranje, preskušanje, predelavo, shranjevanje in razdeljevanje človeške krvi in komponent krvi ter o spremembi Direktive 2001/83/ES,[2] sprejeta na podlagi člena 152(4)(a) ES (postal člen 168(4)(a) PDEU), izhaja iz ugotovitve zakonodajalca Unije, da „kakovost in varnost [polne krvi, plazme in krvnih celic človeškega izvora], v primeru, da so namenjene transfuziji, in ne predelavi, niso predmet zavezujoče zakonodaje Skupnosti“.[3] Navedeni zakonodajalec je torej izrazil namen sprejeti predpise, ki bi „ne glede na njihov predvideni namen zagot[avljali] primerljivo kakovost in varnost krvi in njenih komponent v celotni transfuzijski verigi krvi v vseh državah članicah“, pri čemer mora določitev visokih standardov kakovosti in varnosti prispevati k temu, da bo javnosti to zagotovljeno.[4] Direktiva 2002/98 tako uresničuje cilj določiti standarde kakovosti in varnosti človeške krvi in komponent krvi, da bi zagotovila visoko raven varovanja zdravja ljudi.[5] Državam članicam je predvsem naložila, naj zagotavljajo, da lahko samo ustrezno imenovane in akreditirane ustanove opravljajo dejavnosti zbiranja, testiranja, predelave, shranjevanja in razdeljevanja krvi in komponent krvi ter da se v njih opravljajo različni inšpekcijski pregledi in kontrolni ukrepi.[6] S to direktivo so bila potrjena tudi načela sledljivosti krvi, neplačanega in prostovoljnega dajanja krvi ter obveznega testiranja vsake odvzete krvi.[7]

2 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 15, zvezek 8, str. 272.

3 — Uvodna izjava 3 Direktive 2002/98.

4 — Uvodna izjava 3 Direktive 2002/98.

5 — Člen 1 Direktive 2002/98.

6 — Člena 5 in 8 Direktive 2002/98.

7 — Členi 14, 20 in 21 Direktive 2002/98 ter Priloga IV k tej direktivi.

4. Zahteve glede primernosti dajalcev krvi in plazme, to je zlasti merila za trajno odklonitev in merila za začasno odklonitev, pa niso bile določene z Direktivo 2002/98, ampak so bile nasprotno sprejete z Direktivo Komisije 2004/33/ES z dne 22. marca 2004 o izvajanju Direktive 2002/98 glede nekaterih tehničnih zahtev za kri in komponente krvi [8] po postopku komitologije iz člena 28 Direktive 2002/98. [9]

5. Te zahteve so bile torej določene šele z Direktivo 2004/33. V Prilogi III k tej direktivi so določena merila primernosti za dajalce polne krvi in komponent krvi. Točka 2 Priloge III vsebuje merila za odklonitev navedenih dajalcev.

6. V preglednici v točki 2.1 Priloge III so našteta merila za trajno odklonitev dajalcev alogenih odvzemov. [10] Spolno vedenje, kot je navedeno v preglednici, je opisano tako: „Osebe, ki so zaradi svojega spolnega vedenja izpostavljene večjemu tveganju obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo“.

7. V preglednici v točki 2.2 Priloge III so našteta merila za začasno odklonitev dajalcev alogenih odvzemov, medtem ko se točka 2.2.2 navedene priloge nanaša posebej na merila za odklonitev, povezana s podvrženostjo tveganju okužbe z boleznijo, ki se prenaša s transfuzijo. V preglednici je za „[o]sebe, ki so zaradi svojega vedenja ali udejstvovanja izpostavljene tveganju obolevanja za nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo“, določena ta odklonitev: „Odklon [odklonitev] po prenehanju rizičnega vedenja za določeno obdobje, glede na obravnavano bolezen in glede na razpoložljivost ustreznih testov“.

B – *Francosko pravo*

8. Ministre de la santé et des sports (minister za zdravje in šport) je 12. januarja 2009 sprejel odlok o določitvi meril za izbor krvodajalcev [11] (v nadaljevanju: ministrski odlok).

9. Člen 1 ministrskega odloka določa pogoje, v katerih se lahko odvzame kri. V skladu s členom 1, naslov V, točka 1, ki se nanaša na klinične znake krvodajalca, mora oseba, pooblaščena za izbor krvodajalcev, oceniti možnost dajanja krvi glede na kontraindikacije in njihovo trajanje, preteklost in razvoj na podlagi dodatnih vprašanj, ki jih postavi poleg vprašalnika, ki se izpolni pred dajanjem krvi. [12] Ta vprašanja se v skrajnem primeru postavijo na pogovoru pred dajanjem krvi, ki pa je sistematično. V skladu s to določbo se kandidatu zavrne dajanje krvi, če zanj obstaja ena od kontraindikacij, navedenih v preglednicah v Prilogi II k ministrskemu odloku. Določeno je, da lahko zdravstveni organi spremenijo, dodajo ali črtajo kontraindikacije v zvezi z dajanjem krvi glede na posebne epidemiološke razmere ali podatke v zvezi s hemovigilanco.

8 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 15, zvezek 8, str. 272.

9 — Glej člen 29 Direktive 2002/98.

10 — Torej odvzemov krvi, namenjenih drugim posameznikom, in ne krvodajalcu, kar je edini primer, ki nas zanima v tej zadevi (glej točko 2 Priloge I k Direktivi 2004/33).

11 — JORF z dne 18. januarja 2009, str. 1067.

12 — Vprašalnik si je mogoče ogledati na naslovu http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr %E9-don_pour_la_m % E9tropole.pdf.

10. Priloga II k ministrskemu odloku vsebuje preglednice kontraindikacij. Natančneje, v preglednici B so naštete kontraindikacije v primeru tveganja za prejemnika. V delu preglednice B, ki se nanaša na tveganje, povezano s prenosom virusnega obolenja, je navedeno:

Prenos virusnega obolenja	Tveganje izpostavljenosti krvodajalca okužbi s spolno prenosljivo boleznijo	Nezaščiten(-i) spolni odnos(-i) z naključnim partnerjem	KI[*] štiri mesece po zadnjem nezaščitenem spolnem odnosu
		Spolni odnosi z več partnerji: več kot en partner v zadnjih štirih mesecih	KI štiri mesece po koncu spolnih odnosov z več partnerji
		Moški, ki je imel spolne odnose z moškim	Trajna KI
		Nezaščiteni spolni odnosi z novim partnerjem v zadnjih dveh mesecih	KI štiri mesece po zadnjem nezaščitenem spolnem odnosu
	Tveganje izpostavljenosti spolnega partnerja krvodajalca okužbi s spolno prenosljivo boleznijo	Partner, ki je imel sam več kot enega partnerja v zadnjih štirih mesecih	KI štiri mesece
		Partner, ki je vbrizgaval nedovoljene droge ali poživila ter čigar serološki status HIV[**] in HBV ni znan	KI štiri mesece po zadnjem spolnem odnosu
		Partner s pozitivnim serološkim testom na: HIV, HTLV, HCV, VHB (HBsAg+)	KI štiri mesece po zadnjem spolnem odnosu […]
		Partner, ki je imel pred kratkim spolno prenosljivo bolezen ali se zdravi zanjo	KI štiri mesece po ozdravitvi partnerja

* KI: kontraindikacija
** HIV: virus humane imunske pomanjkljivosti.

II – **Spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje**

11. Zdravnik Établissement français du sang (francoska ustanova za kri, v nadaljevanju: EFS) je 29. aprila 2009 zavrnil dajanje krvi Geoffroyu Légerju, ker se je ta opredelil za homoseksualca.

12. Zdravnik EFS je pri odločitvi o zavrnitvi uporabil ministrski odlok, po katerem je trajna kontraindikacija za dajanje krvi dejstvo, da je imel krvodajalec spolne odnose z moškim.

13. G. Léger je pri predložitvenem sodišču vložil tožbo za razglasitev ničnosti te odločbe. Predvsem trdi, da so z ministrskim odlokom v delu, ki določa zgoraj navedeno trajno kontraindikacijo, kršeni Direktiva 2004/33 ter zlasti del B Priloge II[13] in točka 2.1 Priloge III k tej direktivi. Z ministrskim odlokom naj bi bili poleg tega kršeni tudi členi 3, 8 in 14 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisane v Rimu 4. novembra 1950 (v nadaljevanju: EKČP), ter načelo enakosti.

13 — V delu B Priloge II k Direktivi 2004/33 so navedene informacije, ki jih morajo transfuzijske ustanove pridobiti od krvodajalcev pri vsakem odvzemu.

14. Tribunal administratif de Strasbourg je tako zaradi težav, povezanih z razlago prava Unije, prekinilo odločanje in s predložitveno odločbo, ki je v sodno tajništvo Sodišča prispela 8. oktobra 2013, Sodišču v predhodno odločanje na podlagi člena 267 PDEU predložilo to vprašanje:

„Ali glede na Prilogo III k Direktivi [2004/33] to, da ima moški spolne odnose z drugim moškim, samo po sebi pomeni spolno vedenje, ki je podvrženo večjemu tveganju obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo, in utemeljuje trajno odklonitev darovanja krvi za osebe s takim spolnim vedenjem, ali lahko glede na okoliščine posameznega primera pomeni samo spolno vedenje, ki je podvrženo večjemu tveganju obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo, in utemeljuje začasno odklonitev darovanja krvi za omejeno obdobje po tveganem vedenju?“

III – **Postopek pred Sodiščem**

15. Pisna stališča sta pri Sodišču predložili le francoska vlada in Evropska komisija.

IV – **Pravna analiza**

A – *Povzetek stališča francoske vlade*

16. Francoska vlada meni, da Direktiva 2004/33 ne nasprotuje temu, da država članica meni, da okoliščina, da ima moški spolne odnose z drugim moškim (MSM),[14] pomeni spolno vedenje, ki je podvrženo večjemu tveganju obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo, in utemeljuje trajno odklonitev od dajanja krvi.

17. Prvič, spolno vedenje moškega, ki ima spolne odnose z drugim moškim, je samo po sebi spolno vedenje, ki lahko utemeljuje trajno odklonitev dajanja krvi. Direktiva 2002/98 v širšem smislu spada v okvir vzpostavitve skupne politike javnega zdravja, njen namen pa je določiti visoke standarde kakovosti in varnosti – cilji iz te Direktive – za usklajen pristop k varnosti krvi po več primerih okužbe s transfuzijo. Direktiva 2002/98 je bila tako sprejeta na podlagi člena 152(4)(a) ES. Prednostni cilj je poleg tega varovanje prejemnika, zato se v Direktivi vztraja, da je treba kri odvzeti osebam, katerih zdravstveno stanje je tako, da ni nobenih škodljivih posledic pri dajanju krvi in da je vsako tveganje za prenos nalezljivih bolezni zmanjšano na najmanjšo mogočo mero.[15] Izbor krvodajalcev pa je eden od treh načinov za zmanjševanje tega tveganja.[16]

18. Čeprav je v Direktivi 2004/33 določeno, da je treba osebe, ki so zaradi svojega spolnega vedenja podvržene večjemu tveganju obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo, trajno odkloniti glede dajanja krvi, pa direktiva tega pojma ne opredeljuje. Poleg tega je ta podvrženost tveganju navedena v točki 2.2.2 Priloge III k tej direktivi, ki določa merila za začasno odklonitev. V drugih jezikovnih različicah so poleg tega razlike. V takem primeru je v ustaljeni sodni praksi Sodišča določeno, da se je treba sklicevati na splošno sistematiko in cilj Direktive, ki je po mnenju francoske vlade čim bolj omejiti tveganje in vzpostaviti visoke standarde varnosti in kakovosti.

14 — Kratica MSM označuje izraz „*men having sex with men*“ (MSM), ki so ga v 90. letih 20. stoletja razvili epidemiologi za opis moških, ki imajo spolne odnose z drugimi moškimi, ne glede na njihove morebitne spolne odnose z ženskami ali njihovo biseksualnost ali homoseksualnost na osebni ali družbeni ravni (vir: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, pregledana različica, oktober 2011, str. 19).

15 — Uvodna izjava 24 Direktive 2002/98.

16 — Tako da se vsaka odvzeta kri testira in obdela za zmanjšanje tveganja virusnega obolenja.

V tem okviru bi začasno tveganje utemeljevalo začasno odklonitev, medtem ko bi moralo biti večje tveganje, ki lahko utemeljuje strožji ukrep, razlog za trajno odklonitev. Ker dejavnost Unije na tem področju dopolnjuje dejavnost držav članic ob upoštevanju njihove odgovornosti,[17] bi morale biti države članice pristojne za oceno tveganja glede na svoje epidemiološke razmere.

19. Francoska vlada v tej točki omenja statistične podatke, ki kažejo, da je delež posameznikov z virusom HIV[18] v populaciji MSM 65-krat večji kot v preostali populaciji. Kar zadeva incidenco okužbe s HIV,[19] naj bi leta 2008 3320 oseb od 6940 novo odkritih primerov okužbe spadalo v populacijo MSM. Ob upoštevanju inkubacijske dobe, v kateri virusov HIV 1 in HIV 2 ni mogoče odkriti na presejalnih testih – to je od 12 do 22 dni – pa bi bil tak položaj za dajanje krvi posebno problematičen. Svet Evrope naj bi sicer v resoluciji z dne 27. marca 2013[20] potrdil, da je populacija MSM podvržena visokemu tveganju obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo, in torej prenašanju teh bolezni.

20. Drugič, francoska vlada zatrjuje, da glede na te dejavnike uporaba le začasne odklonitve ne bi bila mogoča. Svet Evrope tako priporoča, da se začasna kontraindikacija uporabi le, če je ugotovljeno, da zadevno vedenje ne pomeni podvrženosti večjemu tveganju. Svet Evrope pa je ob oceni učinka pri populaciji MSM odvzete krvi na varnost transfuzije krvi sklepal, da obstaja večje tveganje za prenos virusa HIV.[21] Francoska vlada meni, da „vedenje“ MSM podvrže večjemu, in ne začasnemu tveganju, kot kažejo že omenjeni statistični podatki. Dodaja, da je preostalo tveganje okužbe z virusom HIV – to je razmerje med okuženo odvzeto krvjo in celotno odvzeto krvjo – ena potencialno okužena odvzeta kri na 2.900.000 odvzemov ter da je polovica odvzete krvi, okužene z virusom HIV, odvzeta populaciji MSM, ki je vse bolj nagnjena k dajanju krvi kljub trajni kontraindikaciji. Francoska vlada meni, da je prehod s trajne na začasno odklonitev lažen znak za populacijo MSM, ki je trenutno kljub vsemu nagnjena k temu, da se sama izključuje iz transfuzijske verige, ter bi lahko pomenil, da se dajanje krvi spreminja v dodaten način testiranja na virus HIV in hkrati zmanjšuje pomen splošne razprave o preprečevanju virusa HIV.

21. Francoska vlada zatrjuje tudi, da bi s tem, če bi se za trajno odklonitev MSM štelo, da je v nasprotju z Direktivo 2004/33, odvzeli polni učinek točki 2.1 Priloge III k navedeni direktivi. Čeprav obstajajo tudi druga spolna vedenja, ki so podvržena tveganju okužbe,[22] so vsa izpostavljena tveganju obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo, ki je manjše od tveganja, ki mu je podvržena populacija MSM, kot kažejo zgoraj navedeni statistični podatki. Če tako tveganje ne ustreza primeru iz točke 2.1 Priloge III, pa se francoska vlada sprašuje, kaj bi lahko temu ustrezalo. Iz tega sklepa, da se populacija MSM lahko le trajno odkloni.

22. Tretjič, tudi če je treba točko 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33 razlagati tako, da se za populacijo MSM lahko uporablja le začasno odklonitev, bi lahko država članica vseeno uporabila ukrepe, ki zagotavljajo večje varstvo, in menila, da taka stopnja tveganja okužbe utemeljuje trajno odklonitev. Francoska vlada napotuje na člena 6(a) PDEU in 168(4)(a) PDEU. Zadnjenavedeni člen določa, da lahko države članice ohranijo ali uvedejo take ukrepe, kar ni omenjeno le v uvodni izjavi 22, ampak tudi v členu 4(2) Direktive 2002/98, ki določa, da navedena direktiva ne preprečuje državam članicam, da obdržijo ali uvedejo strožje zaščitne ukrepe na svojem ozemlju, ki so v skladu z določbami Pogodbe. Ker sta v skladu z ustaljeno sodno prakso zdravje in življenje ljudi najpomembnejši med dobrinami in

17 — Francoska vlada tu omenja člen 168(7) PDEU.

18 — To je prevalenca, ki je tradicionalno opredeljena kot delež posameznikov z virusom HIV v populaciji v danem trenutku (vir: zgoraj navedeni *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, str. 23).

19 — To je število novih oseb, ki so se okužile z virusom HIV v danem obdobju v dani populaciji (vir: zgoraj navedeni *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, str. 16).

20 — Resolucija CM/Res(2013)3 o spolnem vedenju krvodajalcev, ki vpliva na varnost transfuzije krvi, ki jo je Odbor ministrov Sveta Evrope sprejel 27. marca 2013.

21 — Francoska vlada se v tej točki opira na zgoraj navedeno resolucijo CM/Res(2013)3.

22 — Kot so nezaščiteni spolni odnosi z naključnim partnerjem ali novim partnerjem v zadnjih dveh mesecih, spolni odnosi z več kot enim partnerjem v zadnjih štirih mesecih ali spolni odnosi s partnerjem, ki je imel sam več kot enega partnerja v zadnjih štirih mesecih.

interesi, ki jih varuje Unija, ter ker lahko države članice same določijo raven varovanja in način, kako naj se to doseže, naj ne bi nič nasprotovalo temu, da država članica meni, da mora biti populacija MSM trajno odklonjena od dajanja krvi zaradi velikega tveganja, ki so mu izpostavljeni krvodajalci iz te populacije in ki naj bi bilo potrjeno z epidemiološkimi podatki, ki jih je posredovala francoska vlada. Tako naj bi bil strožji zaščitni ukrep, kakršen je tak dokončna odklonitev, sorazmeren z zastavljenim legitimnim ciljem.

B – *Presoja*

23. Najprej bo treba ugotoviti, ali to, da ima moški spolne odnose z drugim moškim, pomeni „spolno vedenje“, ki je podvrženo večjemu tveganju obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, v smislu točke 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33.

24. Če odgovor na to ne bo pritrdilen, bo treba nato preučiti, ali lahko država članica pri izvajanju diskrecijske pravice, ki ji je tradicionalno priznana na področju javnega zdravja, sprejme ukrep, ki zagotavlja večje varovanje javnega zdravja, kot je ukrep, da se populaciji MSM trajno odkloni dajanje krvi.

1. Razlaga točke 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33

a) Točko 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33 je mogoče izvajati le, če obstaja večje tveganje obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo

25. Potrebna razlaga razloga za odklonitev iz točke 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33 je toliko spornejša, ker je – kot je poudarila francoska vlada – eden od razlogov za začasno odklonitev, naveden v točki 2.2.2 navedene priloge, opisan enako, saj so omenjene „[o]sebe, ki so zaradi svojega vedenja ali udejstvovanja *izpostavljene tveganju* obolevanja za nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo“.[23] Očitno namen zakonodajalca ni mogel biti, da določi, da je vedenje, ki je opredeljeno enako, predmet hkrati trajne in začasne odklonitve. Francoska vlada in Komisija sta v zvezi s tem poudarili obstoj razlik med razpoložljivimi jezikovnimi različicami Priloge III k Direktivi 2004/33.

26. Glede na jezikovne različice se namreč bodisi začasna odklonitev nanaša le na obstoj preprostega tveganja v primerjavi z večjim tveganjem, na katero se nanaša trajna odklonitev,[24] bodisi je v Prilogi III v obeh primerih omenjeno večje tveganje,[25] bodisi Priloga, kot v francoski različici, v obeh primerih napotuje tudi na sam pojem „tveganja“ brez dodatnih pojasnil.[26] Potreba po enotni razlagi prava Unije pa izključuje, da bi se ob dvomu besedilo določbe upoštevalo ločeno v eni svojih različic, ampak zahteva, nasprotno, naj se razlaga tudi ob upoštevanju različic v drugih uradnih jezikih – ta primerjava pa, kot smo videli, ni nič bolj jasna – ter glede na splošno sistematiko in namen ureditve, katerih del je.[27] Povedano drugače, zgolj to, da se točka 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33 v francoski različici nanaša le na osebe, ki so zaradi svojega spolnega vedenja izpostavljene „zgolj“ tveganju obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, samo po sebi ni dovolj za sklepanje, da je nacionalna trajna odklonitev združljiva z Direktivo.

23 — Moj poudarek.

24 — Glej na primer italijansko, grško, angleško in portugalsko različico.

25 — Glej na primer špansko in nemško različico.

26 — Enaka nenatančnost obstaja tudi glede besedila točke 2.2.2 Priloge III k Direktivi 2004/33. Čeprav sta v francoski različici omenjeni spolno vedenje ali udejstvovanje (poklicna dejavnost), sta v španski in italijanski različici omenjeni le vedenje ali spolno udejstvovanje, medtem ko sta v portugalski različici omenjeni le vedenje ali udejstvovanje, ne da bi bila opredeljena njuna narava, če omenim le te jezikovne različice Direktive 2004/33.

27 — Glej v obsežni sodni praksi sodbi Haasová (C-22/12, EU:C:2013:692, točka 48 in navedena sodna praksa) in Drozdovs (C-277/12, EU:C:2013:685, točka 39 in navedena sodna praksa.).

27. Ker so v Direktivi 2004/33 določene tehnične zahteve iz Direktive 2002/98, ima enak cilj kot zadnjenavedena direktiva. Glede na to, kar je navedla francoska vlada, pa je zakonodajalec izboljšanje kakovosti in varnosti transfuzijske verige določil kot prednostno nalogo Direktive 2002/98.

28. Njeno sprejetje spada v kontekst, v katerem so države članice najprej izkusile pomanjkljivosti svojih sistemov nadzora in varovanja transfuzijske verige. Posledično so vprašanje obravnavali nadnacionalni organi na ravni Sveta Evrope [28] in Unije. Vendar je bilo treba počakati na Direktivo 2002/98, katere pravna podlaga je člen 152(4)(a) ES – ki je predvideval sprejetje „ukrepov, ki določajo visoke standarde kakovosti in varnosti […] krvi“ – da je Unija dobila prvi zavezujoč akt na tem področju. [29] Cilj kakovosti in varnosti je razviden iz celotne direktive. [30] Treba je preprečiti prenašanje bolezni [31] z zagotavljanjem, da se kri odvzame osebam, katerih zdravstveno stanje je tako, da ni nobenih škodljivih posledic pri dajanju krvi in da je vsako tveganje za prenos zmanjšano na najmanjšo mogočo mero, [32] in to zato, da bi se utrdilo zaupanje posameznikov. [33] Enako skrb je mogoče odkriti ob branju Direktive 2004/33, [34] katere glavni cilj je zagotoviti visoko stopnjo varovanja zdravja ljudi. [35]

29. Torej je očitno, da je treba priloge k Direktivi 2004/33 razlagati z vidika tega cilja. Menim tudi, da je treba točko 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33 – kot sicer francoska vlada priznava v pisanjih – razlagati tako, da se osebam, ki so zaradi svojega spolnega vedenja podvržene *večjemu* tveganju obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo, dokončno odkloni dajanje krvi. Taka razlaga očitno ni le primerna, da se ohrani polna upoštevnost razlikovanja, ki ga zakonodajalec Unije izvaja med razlogi za začasno odklonitev in razlogi za trajno odklonitev, ampak tudi skladna z idejo, ki je prav tako prisotna v Direktivi, to je, da se vsako tveganje za prenos zmanjša na najmanjšo mogočo mero. Večje tveganje tako povzroči trajno odklonitev, medtem ko manjše, bolj omejeno tveganje povzroči le začasno odklonitev.

b) Ali to, da je moški imel [36] ali ima spolne odnose z drugim moškim, pomeni „spolno vedenje“ v smislu točke 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33

30. Čeprav se glede na zgoraj navedeno zdi, da je mogoče določiti mejo med začasno in trajno odklonitvijo, je treba še ugotoviti, kaj je lahko „spolno vedenje“, ki je podvrženo večjemu tveganju za okužbo.

31. Spis, predložen Sodišču, v zvezi s tem ne vsebuje nobenih podatkov o pripravljalnih dokumentih za Direktivo 2004/33, iz katerih bi bilo mogoče ugotoviti, kaj je zakonodajalec želel povedati s „spolnim vedenjem“, pa tudi sama direktiva ne vsebuje nobene opredelitve. Preučitev dokumentov, ki jih je sprejel Svet Evrope, ne razkrije nič več, saj je Odbor ministrov tvegano spolno vedenje le opredelil kot „spolno vedenje, zaradi katerega so zadevne osebe izpostavljene tveganju ali večjemu tveganju obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo“. [37] Torej se je treba sklicevati na splošni pomen.

28 — Omenil bom na primer priporočilo št. R(95)14 Odbora ministrov Sveta Evrope z dne 12. oktobra 1995 o varovanju zdravja krvodajalcev in prejemnikov pri transfuziji krvi.

29 — Glej uvodno izjavo 3 Direktive 2002/98. Glede nezavezujočih ukrepov, ki so jih sprejele institucije, glej uvodne izjave od 6 do 9 navedene direktive.

30 — Glej uvodne izjave 1, 3 in 5 ter člen 1 Direktive 2002/98.

31 — Uvodni izjavi 1 in 2 Direktive 2002/98.

32 — Uvodna izjava 24 Direktive 2002/98.

33 — Uvodni izjavi 3 in 6 Direktive 2002/98.

34 — Glej zlasti uvodni izjavi 2 in 4 ter člena 4 in 6 Direktive 2004/33.

35 — Uvodna izjava 1 Direktive 2004/33.

36 — V skladu z besedilom vprašalnika.

37 — Glej Prilogo 1 k zgoraj navedeni resoluciji CM/Res(2013)3.

32. S strogo jezikovnega vidika vedenje označuje način, kako se oseba vede, njen način vedenja; gre za vse njene odzive, to je za njeno obnašanje.[38] Pojem vedenja *a priori* vodi k subjektivni oceni, spolno vedenje pa naj bi bilo torej opredeljeno s spolnimi navadami in praksami zadevne osebe, povedano drugače, s konkretnimi okoliščinami, v katerih je potekal zadevni spolni odnos ali odnosi.

33. Posledično se postavlja to vprašanje: ali se trajna odklonitev za MSM nanaša na posebno spolno usmerjenost ali bolj na resnično vedenje v pravem pomenu besede?

34. Merilo za odklonitev, ki se uporablja v ministrskem odloku, je namreč dejstvo, da je spolna dejavnost moškega zajemala ali zajema spolne odnose z moškim ne glede na okoliščine tega odnosa ali odnosov, njihovo pogostost ali uporabljene prakse. To merilo seveda ne temelji izrecno in neposredno na spolni usmerjenosti, saj kategorija MSM uradno ni opredeljena glede na spolno usmerjenost.[39] Vendar vseeno določa neizpodbojno domnevo, da spolni odnos MSM nujno in sistematično izpostavlja večjemu tveganju okužbe. In v praksi je v bistvu, če ne izključno[40] celotna moška homoseksualna in biseksualna populacija zaradi tega za vedno odklonjena od dajanja krvi samo zato, ker so ti moški imeli ali trenutno imajo spolne odnose z drugim moškim.

35. Po mojem mnenju je uporabljeno nacionalno merilo izraženo preveč široko in splošno, medtem ko pojem „spolnega vedenja“, ki ga uporablja zakonodajalec Unije, zahteva opredelitev natančnega obnašanja, ravnanja, zaradi katerega je krvodajalec izpostavljen večjemu tveganju za okužbo. Poleg tega je Komisija že poudarila, da se „spolnega vedenja“ iz Direktive 2004/33 ne sme razumeti kot sopomenke za „spolno usmerjenost“.[41]

36. Sklepanje, da točka 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33 zahteva, naj se dajanje krvi za vedno odkloni osebam, glede katerih je bilo ugotovljeno natančno in podrobno vedenje, zaradi katerega so bile ali so izpostavljene večjemu tveganju ter ki ne povzroča tako splošne odklonitve, kot je določena v ministrskem odloku, v nasprotju s tem, kar trdi francoska vlada, ne odvzema polnega učinka točki 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33. Res pa je, da to zahteva natančnejšo opredelitev meril za trajno odklonitev. Vendar lahko že takoj pomislimo na spolne delavce in delavke,[42] ki bi po mojem mnenju izpolnjevali pogoje, da bi zanje uporabil trajno odklonitev na podlagi točke 2.1 navedene priloge.

37. Iz zgoraj navedenega izhaja, da je treba točko 2.1 Priloge III k Direktivi 2004/33 razlagati tako, da zgolj to, da je moški imel ali ima spolne odnose z drugim moškim, samo po sebi ni spolno vedenje, ki je podvrženo večjemu tveganju obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo.

38 — V skladu z opredelitvijo iz *Le petit Larousse illustré*, izdaja 2011, Larousse, Pariz.

39 — Glej opredelitev kratice MSM v opombi 16 teh sklepnih predlogov in tretjo uvodno izjavo zgoraj navedene resolucije CM/Res(2013)3.

40 — Hipoteza, ki jo je Komisija navedla v pisnih stališčih, da je del moške homoseksualne ali biseksualne populacije popolnoma vzdržen in torej primeren za dajanje krvi, se mi zdi navsezadnje dovolj obrobna, da je v teh razmislekih ne upoštevam.

41 — Glej odgovor Komisije z dne 17. avgusta 2011 na parlamentarno vprašanje za pisni odgovor z dne 1. julija 2011 (E-006484/2011).

42 — Ta primer sta sicer omenila Svet Evropske unije v priporočilu z dne 29. junija 1998 o ustreznosti dajalcev krvi in plazme ter testiranju dane krvi v Evropski skupnosti (UL L 203, str. 14; glej natančneje točko C(1)) Priloge II k navedenemu priporočilu) in Odbor ministrov Sveta Evrope, zlasti v tretji uvodni izjavi zgoraj navedene resolucije CM/Res(2013)3.

2. Diskrecijska pravica, ki je dana državam članicam z Direktivo 2004/33, in možnost, priznana tem državam, da ohranijo ali uvedejo strožje zaščitne ukrepe

a) Upoštevanje določb Pogodbe kot omejitev izvajanja nacionalnih pristojnosti

38. Kot sem že poudaril, je bila Direktiva 2002/98, katere tehnične zahteve so bile določene z Direktivo 2004/33, sprejeta na pravni podlagi člena 152(4)(a) ES, ki je določal pogoje, pod katerimi je lahko Svet prispeval k doseganju nekaterih ciljev, zlasti pogoj, da je sprejel „ukrep[e], ki določajo visoke standarde kakovosti in varnosti […] krvi in krvnih derivatov“. V točki (a) navedenega člena 152(4) je bilo še pojasnjeno, da „ti ukrepi državam članicam ne preprečujejo ohranjanja ali uvedbe strožjih zaščitnih ukrepov“. [43] Člen 152(5) ES je potrjeval, da je pri dejavnosti Skupnosti na področju javnega zdravja v celoti upoštevana odgovornost držav članic ter zlasti da „ukrepi iz odstavka 4(a) ne vplivajo na nacionalne določbe o darovanju […] krvi“. [44]

39. Čeprav je treba iz zgornjega sklepati, da ima lahko delovanje nekdanje Skupnosti in sedanje Unije le obliko spremljevalnih, spodbujevalnih ali usklajevalnih ukrepov, gotovo pa ne ukrepov za harmonizacijo, Sodišče teh določb nikoli ni razlagalo tako, da se nacionalni ukrepi izognejo vsakršnemu nadzoru njihove združljivosti s pravom Unije.

40. Sodišče je tako na področju socialne varnosti presodilo, da „[n]i sporno, da pravo Unije ne vpliva na pristojnost držav članic, da organizirajo svoje sisteme socialne varnosti, in da ob neusklajenosti na ravni Unije vsaka država članica določi pogoje dodelitve storitev s področja socialne varnosti […]. Prav tako je treba opozoriti, da je na podlagi člena 152(5) ES pri dejavnosti Unije na področju javnega zdravja v celoti upoštevana odgovornost držav članic za organizacijo in zagotavljanje zdravstvenih storitev in zdravstvenega varstva […]. Vendar morajo države članice pri izvajanju te pristojnosti spoštovati pravo Unije, predvsem določbe o svobodi opravljanja storitev […]. Sodišče je tako presodilo, da člen 152(5) ES ne izključuje možnosti, da so države članice na podlagi takih drugih določb Pogodbe […] dolžne prilagoditi nacionalni sistem socialne varnosti, *pri čemer se ne šteje, da to posega v njihovo suvereno pristojnost na tem področju*“. [45]

41. Sodišče bi smiselno moralo tudi presoditi, da podreditev izvajanja drugih nacionalnih pristojnosti iz člena 152(5) ES upoštevanju določb Pogodbe ne posega v njihovo suvereno pristojnost na tem področju. Končno natančnejše pojasnilo v navedenem členu, ki se nanaša posebej na dajanje krvi, temu očitno ne sme nasprotovati.

42. Sodišče tako v primeru nacionalne zakonodaje, katere namen je zagotoviti prostovoljno in neplačano dajanje ter ki očitno zagotavlja večje varstvo kot zahteve iz Direktive 2002/98, [46] ni omejilo svojega nadzora z obrazložitvijo, da nacionalna zakonodaja spada na področje uporabe člena 152(5) ES. Nasprotno, preizkusilo je združljivost navedene zakonodaje z drugimi določbami Pogodbe, v obravnavani zadevi z določbami o prostem pretoku blaga. Še več, ugotovilo je, da člen 28 ES v povezavi s členom 30 ES nasprotuje nacionalni zakonodaji, v skladu s katero je uvoz krvi ali komponent krvi iz druge države članice dovoljen le pod pogojem, ki velja tudi za nacionalne pripravke, da je bila kri, ki je osnova teh pripravkov, dana, ne da bi krvodajalci prejeli plačilo in ne da bi jim bili povrnjeni stroški, ki so jim zaradi tega dajanja nastali. [47]

43 — Zdaj člen 168(4)(a) PDEU.

44 — V enakem duhu glej sedanji člen 168(7) PDEU.

45 — Sodba Komisija/Portugalska (C-255/09, EU:C:2011:695, točke od 47 do 49 in navedena sodna praksa). Moj poudarek. Sodišče je tako upoštevalo mnenje generalne pravobranilke v tej zadevi, ki je v zvezi s tem predlagala, da „se Portugalska republika ne more uspešno sklicevati na svojo izvirno pristojnost za organiziranje zdravstvenih storitev in zdravstvenega varstva na svojem državnem ozemlju, zato da se izogne obveznostim, ki ji jih nalaga primarno pravo Unije“ (glej točko 64 sklepnih predlogov generalne pravobranilke V. Trstenjak (EU:C:2011:246)).

46 — Tak ukrep, ki zagotavlja večje varstvo, je dovoljen s členom 4(2), drugi pododstavek, Direktive 2002/98.

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

43. Nazadnje ugotavljam, da je dejstvo, da upoštevanje določb Pogodbe pomeni naravno omejitev za izvajanje nacionalnih pristojnosti, potrjeno v členu 4(2), prvi pododstavek, Direktive 2002/98, ki določa, da „[t]a direktiva ne preprečuje državam članicam, da obdržijo ali uvedejo strožje zaščitne ukrepe na svojem ozemlju, *ki so v skladu z določbami Pogodbe*“,[48] ter da ga ne izpodbijata niti francoska vlada[49] niti Komisija[50].

b) Ministrski odlok pomeni posredno diskriminacijo na podlagi dvojne kombinacije spola in spolne usmerjenosti

44. Ker se svoboda držav članic konča, ko je ogroženo spoštovanje primarnega prava Unije, bom v zvezi s tem ugotovil le, da je z ministrskim odlokom, ki dokončno odklanja vse moške, ki so imeli ali imajo spolne odnose z drugim moškim, iz sistema izbora krvodajalcev, uvedena očitna posredna diskriminacija,[51] ki jo pomeni različno obravnavanje zaradi spola – zadevno merilo velja le za moške – v povezavi s spolno usmerjenostjo – zadevno merilo velja skoraj izključno za homoseksualne in biseksualne moške.

45. Čeprav je bilo v priporočilu št. R(95) 14 opozorjeno na pomen vzpostavitve ustreznega izbora krvodajalcev, da bi se preprečila vsakršna diskriminacija, je bilo v zgoraj navedeni resoluciji CM/Res(2013)3 priznano, da se odklanja populacija MSM, to je celotna kategorija prebivalstva, ker razpoložljivih statističnih podatkov ni bilo mogoče izpopolniti glede na individualna tveganja. Prav v statističnih podatkih se populacija MSM redno primerja s heteroseksualno populacijo: izraz MSM je med ljudmi in v znanstvenih krogih postal sopomenka za „homoseksualec“ ali „biseksualec“.[52] Moška homoseksualna in biseksualna skupnost je odklonjena od dajanja krvi, in to dokončno: torej je diskriminirana. Unija pa se želi bojevati proti diskriminaciji na podlagi spola in spolne usmerjenosti, kot potrjujeta prejšnji člen 13 ES in sedanji člen 19 PDEU ter člen 21 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina).[53]

46. Seveda bi lahko ugovarjali, da je vsak sistem izbora po naravi diskriminatoren. Vendar je treba zagotoviti, da so take razlike pri obravnavi dobro utemeljene in sorazmerne.

48 — Moj poudarek.

49 — Glej točko 90 njenih pisnih stališč.

50 — Glej odgovora Komisije z dne 1. aprila 2009 na parlamentarno vprašanje št. E-0910/2009 (ki se sklicuje na spoštovanje načela sorazmernosti) in z dne 17. avgusta 2011 na parlamentarno vprašanje št. E-006484/2011 (ki se sklicuje predvsem na člen 21 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah, v nadaljevanju: Listina (UL 2007, C 303, str. 1)).

51 — Po mojem mnenju bi lahko pri tej opredelitvi oklevali. Sodišče je vsaj dvakrat ugotovilo obstoj neposredne diskriminacije na podlagi spolne usmerjenosti v zadevah Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) in Hay (C-267/12, EU:C:2013:823). V prvem primeru je šlo v bistvu za nacionalno zakonodajo, ki je plačilo vdovske pokojnine pridržalo le vdovam, pri čemer je lahko ta status uveljavljala le poročena oseba, medtem ko sama sklenitev zakonske zveze ni bila mogoča za osebe istega spola. V drugem primeru je šlo za kolektivno pogodbo, v kateri je bila določena pravica do dopusta in dodatka v primeru sklenitve zakonske zveze, ne da bi bile ustrezne pravice predvidene tudi v primeru, če so zadevne osebe registrirale partnersko skupnost, ki je edina oblika partnerstva, ki jo lahko sklenejo osebe istega spola. Vendar je v obeh primerih v nasprotju z odklonom, ki se obravnava v sporu o glavni stvari v tej zadevi, manj ugodno obravnavanje zadevalo vso homoseksualno skupnost, tako moško kot žensko.

52 — Poleg podatkov, ki jih je predložila francoska vlada, glej tudi „VIH/sida en France: données de surveillance et études“, *Bulletin épidémiologique hebdomadaire* z dne 1. decembra 2012, št. 46-47, str. 523 (prenos mogoč s strani www.invs.sante.fr) ali diagram Institut français de veille sanitaire (francoski inštitut za spremljanje zdravja) o številu novoodkritih primerov seropozitivnih oseb, okuženih z virusom HIV, po načinu okužbe in državah rojstva za leta od 2003 do 2011 (na voljo 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 — Ugotavljam tudi, da je generalni pravobranilec N. Jääskinen v sklepnih predlogih, predstavljenih v zadevi Römer (C-147/08, EU:C:2010:425), po analizi, s katero se v celoti strinjam, Sodišče pozval, naj prepoved diskriminacije na podlagi spolne usmerjenosti določi kot splošno načelo prava (glej točko 122 in naslednje). Sodišče pa je v sodbi (C-147/08, EU:C:2011:286) na vprašanja za prehodno odločanje, ki so mu bila predložena, lahko vseeno odgovorilo, ne da bi se do tega opredelilo. Mogoče je prišel čas, da do tega vprašanja sprejme stališče, ker je bil odlok, ki je predmet spora o glavni stvari, sprejet januarja 2009, to je pred začetkom veljavnosti Lizbonske pogodbe, torej preden je Listina postala zavezujoča.

c) Ali je različno obravnavanje utemeljeno in sorazmerno

47. Sodišče je večkrat presodilo, da „sta zdravje in življenje ljudi najpomembnejša med dobrinami in interesi, varovanimi s Pogodbo“.[54] Ker je ministrski odlok, ki povzroči popolno in trajno odklonitev dajanja krvi populacije MSM, strožji zaščitni ukrep v smislu člena 4(2) Direktive 2002/98, ni sporno, da uresničuje legitimni cilj, ki je na najmanjšo mogočo mero zmanjšati tveganje okužbe za prejemnike in tako prispevati k splošnemu cilju zagotoviti visoko raven varovanja javnega zdravja, kot je zdaj določeno v členu 168(1) PDEU in členu 35 Listine.

48. Čeprav ureditev, ki je predmet spora o glavni stvari, res uresničuje legitimni cilj, je treba še preveriti, ali poleg tega spoštuje načelo sorazmernosti, ali je torej primerna in potrebna za uresničitev legitimnega cilja, pri tem pa je treba, ko je mogoče, izbirati med več primernimi ukrepi, uporabiti tistega, ki je najmanj omejujoč, povzročene neugodnosti pa ne smejo biti čezmerne glede na zastavljene cilje.[55]

49. Prvič, namen trajne odklonitve populacije MSM je dejansko uresničiti zastavljeni legitimni cilj.

50. Drugič, povzročene neugodnosti bi bilo treba glede na obstoječa tveganja šteti za sorazmerno sprejemljive, saj je treba občutek izključenosti iz razlogov, povezanih z zasebnim življenjem, uravnotežiti z višjim interesom varovanja zdravja prejemnikov. Poleg tega si lahko predstavljam, da zavrnitev velikodušne in solidarne poteze zadevnih oseb, kakršna je dajanje krvi, lahko pri zavrnjenih osebah povzroči nerazumevanje, vendar je treba priznati, da dajanje krvi samo po sebi ni pravica, da njegova univerzalnost ni bila nikoli priznana, ker so dajalci predmet izbora in morajo v zvezi s tem izpolnjevati nekatere pogoje, ter da imajo v vsakem primeru zadnjo besedo izključno zdravstveni organi, ki so edini v celoti in neposredno odgovorni za svoje odločitve.[56]

51. Tretjič, v okviru javnega zdravja nadzor nad spoštovanjem načela sorazmernosti zahteva, da je treba „upoštevati dejstvo, da države članice lahko določijo raven, na kateri želijo zagotoviti varovanje javnega zdravja, in način, kako naj se to doseže. Ker se lahko ta raven med državami članicami razlikuje, je treba tem priznati diskrecijsko pravico.“[57] Posledično dejstvo, da ena država članica sprejme manj stroga pravila kot druga, ne pomeni, da pravila te druge države članice niso sorazmerna.[58]

54 — Sodba Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93, točka 32 in navedena sodna praksa). Glej tudi sodbo Humanplasma (EU:C:2010:760, točka 32).

55 — Glej sodbo Müller Fleisch (EU:C:2010:93, točka 43).

56 — Glej točko 4.1 resolucije CM/Res(2008)5 Odbora ministrov Sveta Evrope o odgovornosti krvodajalcev in omejitvi dajanja krvi in krvnih komponent, na koncu katere ta odbor priporoča, naj se zagotovi, da imajo ustanove za kri končno odgovornost za kakovost krvi ter da „so odgovorne za končno odločitev o sprejemu ali odklonu krvodajalcev na podlagi ocene tveganja, ki temelji na redno posodobljenih epidemioloških podatkih, ter ob stalnem upoštevanju pravice prejemnikov do varovanja zdravja in iz tega izhajajoče obveznosti zmanjševanja tveganja prenosa nalezljivih bolezni. Te pravice in obveznosti imajo prednost pred vsemi drugimi premisleki, *vključno z željo posameznikov, da dajo svojo kri*“ (moj poudarek).

57 — Sodbi Humanplasma (EU:C:2010:760, točka 39) ter Venturini in drugi (od C-159/12 do C-161/12, EU:C:2013:791, točka 59 in navedena sodna praksa).

58 — Sodbi Müller Fleisch (EU:C:2010:93, točka 45 in navedena sodna praksa) in Humanplasma (EU:C:2010:760, točka 40).

52. Konkretno to pomeni, da se dejstvo, da Španija, Italija, Slovaška, Finska in Združeno kraljestvo niti sistematično niti dokončno ne odklanjajo populacije MSM od dajanja krvi,[59] ne sme upoštevati pri odločanju, ali bi francoska vlada lahko sprejela ukrep, ki bi manj kršil načelo enakega obravnavanja, vendar bi bilo z njim mogoče doseči enak rezultat. To je toliko bolj res, ker stopnja tveganja ni enaka v vseh državah članicah, saj so epidemiološke razmere v njih, zlasti glede okužbe z virusom HIV, zelo različne in ni sporno, da je v Franciji stopnja prevalence HIV v populaciji MSM posebno visoka.[60]

53. Vendar bo moralo predložitveno sodišče za ugotovitev, ali trajna odklonitev, določena v ministrskem odloku, ne presega tega, kar je potrebno, opraviti nekatera preverjanja, ki jih Sodišče na podlagi spisa, ki mu je bil predložen, ne more.

54. Tako je treba najprej upoštevati epidemiološke razmere v Franciji, da bi se prepričali, da so predloženi statistični podatki novi,[61] reprezentativni in zanesljivi.

55. Nato bo treba preveriti nekatere elemente, ki spadajo na področje zdravstvenega inženiringa.

56. Francoska vlada se je pri utemeljevanju oprla skoraj izključno na tveganje obolevanja za virusom HIV, ki mu je izpostavljena populacija MSM. Čeprav je trajna odklonitev utemeljen predvsem s tveganjem, ki mu je prejemnik podvržen zaradi inkubacijske dobe, ugotavljam, da je francoska vlada navedla, da je najdaljša doba – doba, ki zadeva virus HIV 2 – ocenjena na 22 dni. Če se ne motim, pa je najdaljši rok za shranjevanje krvi približno 45 dni. Sistematična karantena krvi, odvzete populaciji MSM, v takem obdobju pred njenim testiranjem bi objektivno lahko bila rešitev, s katero bi bilo mogoče najbolje doseči zastavljeni cilj.

57. Predložitveno sodišče bi se tako moralo vprašati, ali bi bila taka karantena ekonomsko vzdržna in znanstveno izvedljiva za vse komponente krvi ali del teh komponent. Predvsem bi moralo preveriti, da to ne škodi dobremu delovanju transfuzijske verige. Da bi to storila, bi se lahko na primer oprla na ugotovitve v poročilu o področju darovanja krvi, ki ga je leta 2013 ministru za socialne zadeve in zdravje izročil francoski poslanec Olivier Véran (v nadaljevanju: poročilo Véran), v skladu s katerimi se „strokovnjaki […] strinjajo, da bi sistematična karantena plazme skupaj s presejalnim testiranjem na viruse omogočila nevtralizacijo vsakršnega tveganja za prenos virusa“.[62] Zaradi varovanja zdravja prejemnikov je taka rešitev optimalna: po eni strani omogoča premagovanje težav, povezanih z občutkom diskriminacije, ki bi ga lahko občutili člani populacije MSM – občutek, zaradi katerega morda ne bi iskreno odgovorili na vprašalnik – po drugi strani pa se vsa odvzeta kri obravnava enako, saj preteče obdobje, v katerem virusa ni mogoče odkriti pred testiranjem, tako da se znatno približamo ničnemu tveganju. Ugotavljam, da francoska vlada v stališčih, ki so bila pripravljena po izročitvi tega poročila, tega ne omenja.

59 — Španija in Italija določata le začasno odklonitev v primeru osebe z več partnerji ali spremembe partnerja ne glede naravo zadevnega odnosa (sprememba zakonodaje, do katere je prišlo med postopkom pred Evropskim sodiščem za človekove pravice, je sicer slednji omogočila, da se izogne nadzoru skladnosti z Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisano v Rimu 4. novembra 1950, odklonitve odvzema krvi homoseksualcem: glej Evropsko sodišče, sodba Tosto/Italija z dne 15. oktobra 2002, vloga št. 49821/99); Slovaška (glede na to, kar izhaja iz besedila parlamentarnega vprašanja št. E-0910/09 z dne 17. februarja 2009) ter nazadnje Finska in Združeno kraljestvo pa so se odločili, da zahtevajo 12-mesečno vzdržnost pri moških, ki so izjavili, da so imeli spolni odnos z drugim moškim.

60 — Če ostanemo pri podatkih, ki jih je predložila francoska vlada in so potrjeni v posebnem poročilu, naslovljenem 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 (glej zlasti strani 4 in 5 ter Prilogo 2), ki ga je pripravil Evropski center za preprečevanje in obvladovanje bolezni, ustanovljen z Uredbo (ES) št. 851/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. aprila 2004 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 15, zvezek 8, str. 346).

61 — Sodba Francija/Komisija (C-601/11 P, EU:C:2013:465, točka 136).

62 — Glej stran 35 navedenega poročila.

58. Poleg tega obstaja določen dvom o doslednosti trajne odklonitve. Na podlagi trajne kontraindikacije, določene v ministrskem odloku, in razlage tega odloka v povezavi z zgoraj navedenim vprašalnikom [63] dejstvo, da je imel moški vsaj enkrat v življenju – čeprav pred desetimi leti – spolni odnos z drugim moškim, povzroči dokončno odklonitev dajanja krvi. Iz tega je treba sklepati, da aktualnost tveganega vedenja ni pomembna, čeprav je inkubacijska doba, ker se vsa odvzeta kri testira na virus HIV, dejansko najbolj kritično obdobje in so v tem obdobju prejemniki podvrženi največjemu tveganju. [64] Naj ponovim, če se kot glavni razlog navaja inkubacijska doba, bi si lahko predstavljali, da se začasna odklonitev, določena glede na datum zadnjega spolnega odnosa, izkaže za primernejši ukrep.

59. V istem smislu se lahko vprašamo o razlogih, iz katerih ne obstaja posebna kontraindikacija za žensko, katere partner bi bil član populacije MSM. Poleg tega je oseba, katere partner je seropozitiven, predmet začasne štirimesečne kontraindikacije. Po eni strani si lahko predstavljamo, da se pri takem paru izvaja večji nadzor, vendar bi po drugi strani lahko tudi sklepali, da je v takem primeru izpostavljenost tveganju resnična, medtem ko je v primeru populacije MSM brez individualne preučitve praks, ki jih uporabljajo njeni člani, manj gotova. Primerjati je treba tudi primer moškega, ki je imel enkrat v življenju ali občasno zaščiten homoseksualni odnos in je dokončno odklonjen, in primer heteroseksualne osebe, ki ima redno nezaščitene spolne odnose, vendar zanjo vseeno velja le začasna kontraindikacija: ali lahko zgolj pripadnost populaciji MSM v takem primeru utemeljuje dokončno odklonitev?

60. Če se vrnem k statističnim podatkom, ugotavljam, da je bilo leta 2011 v populaciji MSM odkritih 2400 primerov seropozitivnosti. Isto leto se je 3500 oseb okužilo s heteroseksualnimi odnosi, od tega 2400 heteroseksualnih oseb, rojenih v tujini. [65] Predložitveno sodišče bi moralo poskusiti pojasniti razloge, iz katerih ta kategorija krvodajalcev ni predmet nobene kontraindikacije v skladu z ministrskim odlokom, ki se obravnava v sporu o glavni stvari. [66]

61. Nazadnje in verjetno predvsem pa bi bilo mogoče vprašalnik spremeniti tako, da bi se lahko uporabljal za odkrivanje tveganega vedenja – naloga, ki jo – kot se zdi – zadovoljivo opravlja za populacijo MSM – v preostali populaciji krvodajalcev. Z bolj usmerjenimi vprašanji – glede časa, ki je minil od zadnjega odnosa, števila partnerjev, narave odnosov, zaščitenosti odnosov, obiskovanja nočnih lokalov – bi bilo mogoče ugotoviti ne le spolno usmerjenost, ampak tudi oceniti stopnjo tveganja, ki jo vsak krvodajalec pomeni zaradi svojega spolnega vedenja. [67]

62. Iz zgornjega izhaja, da mora predložitveno sodišče preveriti, ali je francoska vlada s trajno odklonitvijo dajanja krvi moških, ki so imeli ali imajo spolne odnose z moškim, diskrecijsko pravico, ki je tradicionalno priznana državam članicam na področju varovanja javnega zdravja, izvajala na način, skladen z zahtevami načela prepovedi diskriminacije na podlagi spolne usmerjenosti in zlasti načela sorazmernosti. S tem ko nadzira, da ukrep dokončne odklonitve ne presega tega, kar je potrebno za uresničitev legitimnega cilja varovanja zdravja krvodajalcev, se mora predvsem prepričati, prvič, da epidemiološke razmere v Franciji, kot so predstavljene Sodišču, temeljijo na zanesljivih, reprezentativnih in novih statističnih podatkih ter, drugič, da ob sedanjih znanstvenih dognanjih ni mogoče določiti ukrepov karantene za odvzeto kri do izteka inkubacijske dobe, ne da bi se zato transfuzijski verigi naložile pretirane zahteve. Nazadnje, ugotoviti mora tudi morebitne razloge, iz

63 — Glej točko 9 teh sklepnih predlogov.

64 — Člen 20 priporočila št. R(95)14 Odbora ministrov Sveta Evrope določa, da bi bilo treba „odklonitev (začasno ali dokončno glede na posamezen primer) sprejeti glede oseb, ki spadajo v kategorije, ki zaradi anamneze ali *trenutnih* dejavnosti in vedenja pomenijo tveganje za prenos nalezljivih bolezni“ (moj poudarek).

65 — Vir: zgoraj navedeni diagram Institut français de veille sanitaire (francoskega inštituta za spremljanje zdravja) o številu novoodkritih primerov seropozitivnih oseb, okuženih z virusom HIV, po načinu okužbe in državah rojstva za leta od 2003 do 2011. Gre predvsem za osebe, rojene v Podsaharski Afriki (77 %) in ženske (58 %).

66 — Jasno je, da ker je populacija MSM številčno precej manjša od heteroseksualne populacije, je stopnja okužbe sorazmerno večja v tej populaciji, česar pa tu ne želim obravnavati. Vendar tudi ni mogoče zanikati, da heteroseksualne osebe, rojene v tujini, sestavljajo kategorijo, ki je sorazmerno še posebno izpostavljena tveganju za okužbo z virusom HIV, ne da bi v skladu z ministrskim odlokom zanjo veljal poseben previdnostni ukrep.

67 — V zvezi s tem ugotavljam, da je tudi to priporočilo omenjeno v zgoraj navedenem poročilu Véran, glej str. 36.

katerih bi se ocena individualnega tveganja, ki se opravi na podlagi eventualno spremenjenega vprašalnika in individualnega pogovora, ki ga opravi zdravniško osebje, katerih namen je ugotoviti, ali je spolno vedenje krvodajalca „tvegano“, čeprav je za preostalo populacijo mogoče, izkazala za neprimerno za zadovoljivo zagotovitev varovanja prejemnikov, kar zadeva kri, odvzeto moškim, ki so imeli ali imajo spolne odnose z moškim.

V – **Predlog**

63. Glede na vse zgoraj navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanje, ki ga je postavilo Tribunal administratif de Strasbourg, odgovori: Točko 2.1 Priloge III k Direktivi Komisije 2004/33/ES z dne 22. marca 2004 o izvajanju Direktive 2002/98/ES glede nekaterih tehničnih zahtev za kri in komponente krvi je treba razlagati tako, da zgolj to, da je moški imel ali ima trenutno spolne odnose z moškim, samo po sebi ni spolno vedenje, ki je podvrženo večjemu tveganju za obolevanja za hudimi nalezljivimi boleznimi, ki se lahko prenašajo s krvjo. Predložitveno sodišče mora preveriti, ali je francoska vlada s trajno odklonitvijo dajanja krvi moških, ki so imeli ali imajo spolne odnose z moškim, diskrecijsko pravico, ki je tradicionalno priznana državam članicam na področju varovanja javnega zdravja, izvajala v skladu z zahtevami načela prepovedi diskriminacije na podlagi spolne usmerjenosti in zlasti načela sorazmernosti. S tem ko nadzira, da ukrep dokončne odklonitve ne presega tega, kar je potrebno za uresničitev legitimnega cilja varovanja zdravja krvodajalcev, se mora predvsem prepričati, prvič, da epidemiološke razmere v Franciji, kot so predstavljene Sodišču, temeljijo na zanesljivih, reprezentativnih in novih statističnih podatkih, ter drugič, da ob sedanjih znanstvenih dognanjih ni mogoče določiti ukrepov karantene za odvzeto kri do izteka inkubacijske dobe, ne da bi se zato transfuzijski verigi naložile pretirane zahteve. Nazadnje, ugotoviti mora tudi morebitne razloge, iz katerih bi se ocena individualnega tveganja, ki se opravi na podlagi eventualno spremenjenega vprašalnika in individualnega pogovora, ki ga opravi zdravniško osebje, katerih namen je ugotoviti, ali je spolno vedenje krvodajalca „tvegano“, čeprav je za preostalo populacijo mogoče, izkazala za neprimerno za zagotovitev varovanja prejemnikov, kar zadeva kri, odvzeto moškim, ki so imeli ali imajo spolne odnose z moškim.