Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
PAOLO MENGOZZI
17 päivänä heinäkuuta 2014[1]

Asia C-528/13

Geoffrey Léger
vastaan
Ministre des affaires sociales et de la santé
vastaan
Établissement français du sang

(Ennakkoratkaisupyyntö – Tribunal administratif de Strasbourg (Ranska))

Kansanterveys — Verenluovutus — Luovuttajien kelpoisuusperusteet — Pysyvän tai väliaikaisen luovutuskiellon perusteet — Miehiä, joilla on ollut sukupuolisuhteita toisten miesten kanssa, koskeva lopullinen kielto — Sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän kiellon periaate — Oikeasuhteisuus

Sisällys

I Asiaa koskeva lainsäädäntö 2

A Unionin oikeus 2

B Ranskan oikeus 3

II Pääasia ja ennakkoratkaisukysymys 4

III Asian käsittelyn vaiheet unionin tuomioistuimessa 5

IV Oikeudellinen arviointi 5

A Tiivistelmä Ranskan hallituksen näkemyksestä 5

B Oikeudellinen arviointi 7

1. Direktiivin 2004/33 liitteessä III olevan 2.1 kohdan tulkinta 7

1 — Alkuperäinen kieli: ranska.

a) Direktiivin 2004/33 liitteessä III oleva 2.1 kohta voidaan panna täytäntöön vain silloin, kun on kyseessä suuri vaara saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä 7

b) Onko se, että miehellä on ollut tai on sukupuolisuhde toisen miehen kanssa, direktiivin 2004/33 liitteessä III olevassa 2.1 kohdassa tarkoitettua ”sukupuolikäyttäytymistä”? 9

2. Jäsenvaltioille direktiivissä 2004/33 jätetty harkintavalta ja niille annettu mahdollisuus pitää voimassa tai toteuttaa tiukempia suojatoimenpiteitä 10

a) Perustamissopimuksen määräysten noudattaminen rajana kansallisen toimivallan käyttämiselle 10

b) Ministeriön asetus sisältää sekä sukupuoleen että sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvaa välillistä syrjintää 12

c) Onko erilainen kohtelu oikeutettua ja oikeasuhtaista? 12

V Ratkaisuehdotus 15

1. Nyt käsiteltävä ennakkoratkaisupyyntö tuo esiin arkaluonteisen kysymyksen, joka koskee sellaisen kansallisen toimenpiteen yhteensopivuutta unionin oikeuden kanssa, jolla määrätään pysyvä verenluovutuskielto miehille, joilla on ollut tai on sukupuolisuhteita muiden miesten kanssa.

I **Asiaa koskeva lainsäädäntö**

A *Unionin oikeus*

2. Unionin oikeuteen perustuva oikeudellinen sääntely voidaan tiivistää seuraavasti.

3. Laatu- ja turvallisuusvaatimusten asettamisesta ihmisveren ja veren komponenttien keräämistä, tutkimista, käsittelyä, säilytystä ja jakelua varten sekä direktiivin 2001/83/EY muuttamisesta 27.1.2003 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/98/EY,[2] annettiin EY 152 artiklan 4 kohdan a alakohdan (josta on tullut SEUT 168 artiklan 4 kohdan a alakohta) nojalla ja se perustuu unionin lainsäätäjän toteamukseen siitä, että ihmisestä peräisin olevien kokoveri- ja veriplasmaerien ja verisolujen ”laadusta ja turvallisuudesta, silloin kun ne on tarkoitettu verensiirtoon eikä niitä käsitellä sellaisenaan, ei ole sitovaa yhteisön lainsäädäntöä”.[3] Unionin lainsäätäjä ilmaisi siis aikomuksensa antaa säännöksiä, joilla varmistetaan, että ”veren ja sen komponenttien laatu- ja turvallisuustaso on käyttötarkoituksesta riippumatta kautta koko verensiirtoketjun yhtenäinen kaikissa jäsenvaltioissa”, jolloin korkeiden laatu- ja turvallisuusvaatimusten vahvistaminen auttaa vakuuttamaan kansalaiset.[4] Direktiivin 2002/98 tavoitteena on siis säätää ihmisverelle ja veren komponenteille laatu- ja turvallisuusvaatimuksia ihmisten terveyden korkeatasoisen suojelun varmistamiseksi.[5] Siinä muun muassa velvoitetaan jäsenvaltiot varmistamaan, että ihmisveren ja sen komponenttien keräämiseen, tutkimiseen, valmistukseen, säilytykseen ja jakeluun verensiirtoa varten liittyviä tehtäviä suorittavat

2 — EYVL 2003, L 33, s. 30.

3 — Direktiivin 2002/98 johdanto-osan kolmas perustelukappale.

4 — Direktiivin 2002/98 johdanto-osan kolmas perustelukappale.

5 — Direktiivin 2002/98 1 artikla.

ainoastaan veripalvelulaitokset, jotka toimivaltainen viranomainen on tähän tarkoitukseen nimennyt ja valtuuttanut, ja että niihin kohdistetaan erilaisia tarkastuksia ja valvontatoimenpiteitä.[6] Se on vahvistanut myös veren jäljitettävyyttä, luovutusten maksuttomuutta ja vapaaehtoisuutta sekä kunkin luovutuksen tutkimista koskevat periaatteet.[7]

4. Sitä vastoin vaatimuksista, jotka liittyvät veren- ja veriplasmanluovuttajien kelpoisuuteen, eli erityisesti pysyvän luovutuskiellon tai väliaikaisen luovutuskiellon perusteista ei säädetä direktiivillä 2002/98, vaan ne on hyväksytty direktiivin 2002/98 täytäntöönpanosta veren ja sen komponenttien tiettyjen teknisten vaatimusten osalta 22.3.2004 annetulla komission direktiivillä 2004/33/EY[8] direktiivin 2002/98 28 artiklassa tarkoitetun komitologiamenettelyn mukaisesti.[9]

5. Nämä vaatimukset on siis vahvistettu direktiivillä 2004/33. Sen liitteessä III vahvistetaan kokoveren ja veren komponenttien luovuttajien kelpoisuusperusteet. Liitteessä III oleva 2 kohta koskee luovuttajien luovutuskiellon perusteita.

6. Liitteessä III olevan 2.1 kohdan taulukossa luetellaan pysyvän luovutuskiellon perusteet allogeenisen luovutuksen osalta.[10] Taulukossa on kuvattu sukupuolikäyttäytymistä seuraavasti: ”Henkilöt, jotka sukupuolikäyttäytymisensä vuoksi ovat suuressa vaarassa saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä”.

7. Liitteessä III olevassa 2.2 kohdassa luetellaan väliaikaisen luovutuskiellon perusteet allogeenisen luovutuksen osalta, ja kyseisessä liitteessä oleva 2.2.2 kohta koskee erityisesti luovutuskiellon perusteita, jotka liittyvät altistumiseen riskille saada verensiirron kautta tarttuva sairaus. Taulukon sarakkeessa, jonka kohteena ovat ”henkilöt, jotka ovat käyttäytymisensä tai toimintansa vuoksi vaarassa saada tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä”, vahvistetaan seuraava luovutuskielto: ”Luovutuskielto riskikäyttäytymisen loppumisen jälkeen ajanjaksoksi, jonka pituus määräytyy kyseisen taudin sekä sopivien testien saatavuuden mukaan”.

B *Ranskan oikeus*

8. Ranskan terveys- ja urheiluministeriö antoi 12.1.2009 asetuksen, jossa vahvistetaan verenluovuttajien valintaperusteet[11] (jäljempänä ministeriön asetus).

9. Ministeriön asetuksen 1 §:ssä vahvistetaan edellytykset, joiden täyttyessä verenluovutus voidaan suorittaa. Luovuttajan kliinisiä ominaisuuksia koskevan 1 §:n V osan 1 kohdan mukaan verenluovuttajien valintaan toimivaltaisen henkilön tehtävänä on arvioida luovutuksen mahdollisuutta vasta-aiheiden ja niiden keston, taustan ja kehityksen kannalta ennen luovutusta täytettävän kyselylomakkeen lisäkysymysten avulla.[12] Nämä kysymykset esitetään tarvittaessa luovutusta edeltävässä haastattelussa, joka pidetään järjestelmällisesti. Edelleen saman säännöksen mukaan potentiaalisen luovuttajan luovutusta lykätään, jos hänellä on jokin ministeriön asetuksen liitteessä II olevissa taulukoissa mainituista vasta-aiheista. Sen mukaan terveydenhoitoviranomaiset voivat muuttaa, lisätä tai poistaa verenluovutusta koskevia vasta-aiheita erityisten epidemiologisten tilanteiden tai verensiirtoketjun valvontajärjestelmästä saatujen tietojen perusteella.

6 — Direktiivin 2002/98/EY 5 ja 8 artikla.

7 — Direktiivin 2002/98 14, 20 ja 21 artikla sekä liite IV.

8 — EYVL L 91, s. 25.

9 — Ks. direktiivin 2002/98 29 artikla.

10 — Eli luovutukset, jotka on tarkoitus siirtää toiseen ihmiseen eikä asianomaisen omaan käyttöön ja jotka ovat ainoa vaihtoehto, jolla on merkitystä nyt käsiteltävän asian kannalta (ks. direktiivin 2004/33 liitteessä I oleva 2 kohta).

11 — JORF, 18.1.2009, s. 1067.

12 — Kyselylomake on saatavilla seuraavassa osoitteessa: http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr %E9-don_pour_la_m % E9tropole.pdf.

10. Ministeriön asetuksen liitteeseen II sisältyvät verenluovutuksen vasta-aiheita koskevat taulukot. Taulukossa B luetellaan tarkemmin sanoen verenluovutuksen vasta-aiheet, jos vastaanottajalle aiheutuu vaara. Taulukon B osa, joka koskee virustartunnan levittämiseen liittyvää vaaraa, on seuraavanlainen:

Virustartunnan levittäminen	Potentiaalisen verenluovuttajan riski saada tartuntatauti sukupuoliteitse	Suojaamaton sukupuolisuhde tai suojaamattomat sukupuolisuhteet satunnaisen kumppanin kanssa	Vasta-aihe[*] 4 kk:n ajan viimeisimmästä suojaamattomasta sukupuolisuhteesta
		Useita sukupuolikumppaneita: enemmän kuin yksi kumppani viimeisten neljän kuukauden aikana	Vasta-aihe 4 kk:n ajan usean sukupuolikumppanin tilanteen päättymisestä
		Mies, jolla on ollut sukupuolisuhteita miehen kanssa	Pysyvä vasta-aihe
		Suojaamattomia sukupuolisuhteita uuden kumppanin kanssa alle 2 kk sitten	Vasta-aihe 4 kk:n ajan viimeisimmästä suojaamattomasta sukupuolikontaktista
	Potentiaalisen verenluovuttajan sukupuolikumppanin riski saada tartuntatauti sukupuoliteitse	Kumppani, jolla itsellään on ollut useampi kuin yksi kumppani neljän viime kuukauden aikana	Vasta-aihe 4 kk:n ajan
		Kumppani, joka on käyttänyt huumausaineita tai huumaavia aineita suonensisäisesti ja jolla ei ole tiedossa olevaa testitulosta HIV- ja HBV-vasta-aineiden osalta[**]	Vasta-aihe 4 kk:n ajan viimeisimmästä sukupuolikontaktista
		Kumppani, jolla on positiivinen testitulos HIV-, HTLV-, HCV-, HBV-vasta-aineiden osalta (AgHBs+)	Vasta-aihe 4 kk:n ajan viimeisimmästä sukupuolikontaktista [– –]
		Kumppani, jolla on äskettäin ollut sukupuolitauti tai jonka hoito on käynnissä	Vasta-aihe 4 kk:n ajan kumppanin parantumisesta
[*] – Alaviite koskee ranskankielistä versiota. [**] – HIV: Human immunodefiency virus.			

II **Pääasia ja ennakkoratkaisukysymys**

11. Établissement français du sangin (EFS) lääkäri epäsi 29.4.2009 Geoffroy Léger'n toivoman verenluovutuksen sillä perusteella, että hän ilmoitti olevansa homoseksuaali.

12. EFS:n lääkäri sovelsi epäämispäätöksessään ministeriön asetusta, jossa verenluovutuksen pysyvänä vasta-aiheena pidetään sitä, että potentiaalisella luovuttajalla on ollut sukupuolisuhteita miehen kanssa.

13. Léger nosti tästä päätöksestä kumoamiskanteen ennakkoratkaisua pyytävässä tuomioistuimessa. Hän väittää muun muassa, että kun ministeriön asetuksessa vahvistetaan edellä mainittu pysyvä vasta-aihe, siinä rikotaan direktiiviä 2004/33 ja erityisesti sen liitteessä II olevaa B kohtaa[13] ja liitteessä III olevaa 2.1 kohtaa. Ministeriön asetuksella rikotaan myös ja muilta osin Roomassa 4.11.1950 allekirjoitetun ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen (jäljempänä Euroopan ihmisoikeussopimus) 3, 8 ja 14 artiklaa sekä loukataan yhdenvertaisuusperiaatetta.

14. Tribunal administratif de Strasbourg on unionin oikeuden tulkintaan liittyvän ongelman todettuaan päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimen kirjaamoon 8.10.2013 saapuneella ennakkoratkaisupyynnöllä SEUT 267 artiklan nojalla unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Kun otetaan huomioon direktiivin [2004/33] liite III, onko sitä, että miehellä on sukupuolisuhde toisen miehen kanssa, pidettävä sellaisenaan sukupuolikäyttäytymisenä, jonka vuoksi hän on vaarassa saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä, ja jonka perusteella tällaista sukupuolikäyttäytymistä harjoittaneilta henkilöiltä voidaan kieltää verenluovutus pysyvästi, vai onko sitä nyt käsiteltävään yksittäistapaukseen liittyvissä olosuhteissa pidettävä vain sukupuolikäyttäytymisenä, jonka vuoksi hän on vaarassa saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä, ja joka oikeuttaa väliaikaisen verenluovutuskiellon tietyn ajanjakson ajan riskikäyttäytymisen loppumisen jälkeen?”

III **Asian käsittelyn vaiheet unionin tuomioistuimessa**

15. Ainoastaan Ranskan hallitus ja Euroopan komissio ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia unionin tuomioistuimessa.

IV **Oikeudellinen arviointi**

A *Tiivistelmä Ranskan hallituksen näkemyksestä*

16. Ranskan hallitus katsoo, ettei direktiivi 2004/33 estä jäsenvaltiota katsomasta, että se, että miehellä on sukupuolisuhde toisen miehen kanssa (jäljempänä MSM),[14] merkitsee sukupuolikäyttäytymistä, jonka vuoksi hän on suuressa vaarassa saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä, mistä syystä pysyvä luovutuskielto on perusteltavissa.

17. Ensinnäkin sukupuolikäyttäytyminen, joka miehellä tarkoittaa sukupuolisuhdetta toisen miehen kanssa, merkitsee sellaisenaan sukupuolikäyttäytymistä, joka on hyväksyttävä peruste pysyvälle luovutuskiellolle. Direktiivi 2002/98 kuuluu laajemmin kansanterveyttä koskevan yhteisen politiikan täytäntöönpanoon, ja sillä pyritään vahvistamaan korkeat laatu- ja turvallisuusvaatimukset – tavoitteet, jotka näkyvät kaikkialla kyseisessä direktiivissä – verensiirtojen turvallisuutta koskevan yhdenmukaisen lähestymistavan avulla sen jälkeen kun tartuntoja oli muutamissa tapauksissa levinnyt verensiirtojen yhteydessä. Direktiivi 2002/98 annettiin näin ollen EY 152 artiklan 4 kohdan a alakohdan nojalla. Sen ensisijaisena tavoitteena on lisäksi luovutuksen vastaanottajan suojeleminen, ja direktiivissä

13 — Direktiivin 2004/33 liitteessä II oleva B osa koskee tietoja, joita veripalvelulaitosten on pyydettävä luovuttajilta joka luovutuskerralla.

14 — Ranskan hallituksen käyttämä lyhenne HSH on ranskankielinen vastine englanninkieliselle ilmaisulle ”men having sex with men” (MSM), jonka epidemiologit kehittivät 1990-luvulla kuvaamaan miehiä, joilla on sukupuolisuhteita muiden miesten kanssa, riippumatta heidän mahdollisista sukupuolisuhteistaan naisten kanssa tai siitä, ovatko he identiteetiltään biseksuaaleja vai homoseksuaaleja henkilökohtaisella tai sosiaalisella tasolla (lähde: *Guide de terminologie de l'ONUSIDA*, oikaistu versio, lokakuu 2011, s. 19).

korostetaan tässä yhteydessä sitä, että veri olisi hankittava henkilöiltä, joiden terveys on sellainen, ettei luovutuksesta aiheudu mitään haittaa, ja että tartuntatautien leviämisen vaara olisi pidettävä mahdollisimman pienenä.[15] Luovuttajien valinta on nimenomaan yksi kolmesta tämän vaaran pienentämiseen tähtäävästä keinosta.[16]

18. Vaikka direktiivissä 2004/33 säädetään, että henkilöille, jotka sukupuolikäyttäytymisensä vuoksi ovat suuressa vaarassa saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä, on määrättävä pysyvä luovutuskielto, siinä ei kuitenkaan määritellä tätä käsitettä. Tähän samaan vaaralle altistumiseen viitataan kyseisen direktiivin liitteessä III olevassa 2.2.2 kohdassa, joka koskee väliaikaisen luovutuskiellon perusteita. Muissa kieliversioissa on lisäksi eroja. Unionin tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä edellytetään tällaisessa tapauksessa direktiivin systematiikkaan ja tavoitteeseen, joka Ranskan hallituksen mukaan on vähentää riskiä mahdollisimman paljon ja ottaa käyttöön korkeat turvallisuus- ja laatuvaatimukset, tukeutumista. Tässä yhteydessä väliaikainen riski edellyttäisi väliaikaista luovutuskieltoa, kun taas ankarampaa toimenpidettä edellyttävä suurempi riski voisi olla pysyvän kiellon perusteena. Koska tätä alaa koskeva unionin toiminta täydentää jäsenvaltioiden toimintaa ja niiden vastuuta on kunnioitettava,[17] jäsenvaltioiden tehtävänä on arvioida riskiä oman epidemiologisen tilanteensa perusteella.

19. Ranskan hallitus mainitsee tässä yhteydessä tilastotietoja, jotka osoittavat, että HI-viruksen kantajien osuus[18] on MSM-väestössä 65 kertaa suurempi kuin muussa väestössä. HIV-tartuntojen osalta[19] vuonna 2008 todetuista 6 940 uudesta tartunnan saaneesta 3 320 henkeä kuului MSM-väestöön. Kun otetaan huomioon ikkuna-aika, jonka kuluessa HIV 1 - ja HIV 2 -viruksia ei voida havaita seulontatesteissä – 12 ja 22 päivää – tällainen tilanne on verenluovutuksen kannalta erityisen ongelmallinen. Euroopan neuvostokin vahvisti 27.3.2013 antamassaan päätöslauselmassa,[20] että MSM-väestöllä on kohonnut riski saada ja siten myös levittää vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä.

20. Ranskan hallitus väittää toiseksi, että näiden seikkojen perusteella ei olisi mahdollista soveltaa vain väliaikaista kieltoa. Euroopan neuvosto esimerkiksi suosittelee, että väliaikaista vasta-aihetta sovellettaisiin vasta sen jälkeen, kun on todettu, että asianomainen käyttäytyminen ei aiheuta kohonnutta riskiä. Euroopan neuvosto on arvioidessaan MSM-väestöstä peräisin olevien verenluovutusten vaikutusta verensiirtojen turvallisuuteen niin ikään todennut HI-viruksen leviämisen riskin kohoavan.[21] Ranskan hallituksen mukaan MSM-”käyttäytyminen” altistaa kohonneelle riskille, joka ei ole väliaikainen, kuten edellä mainitut tilastotiedot osoittavat. Se lisää, että HIV-tartunnan jäännösriski – eli tartunnan sisältävien luovutusten suhde luovutusten kokonaismäärään – on 1 mahdollisesti tartunnan sisältävä luovutus 2 900 000 :stä ja että puolet HI-viruksen tartunnan sisältävistä luovutuksista on peräisin MSM-väestöstä, joka pyrkii sen mukaan yhtä useammin luovuttamaan verta pysyvästä vasta-aiheesta huolimatta. Ranskan hallituksen mielestä siirtyminen pysyvästä kiellosta väliaikaiseen kieltoon olisi väärä viesti MSM-väestölle, joka pyrkii kaikesta huolimatta tällä hetkellä pysymään poissa verensiirtoketjusta, ja sillä saatettaisiin sekä muuttaa verenluovutus täydentäväksi HI-viruksen seulontakeinoksi että tyrehdyttää yleinen keskustelu HI-viruksen ehkäisemisestä.

15 — Direktiivin 2002/98 johdanto-osan 24 perustelukappale.

16 — Kaksi muuta ovat jokaisen luovutuksen testaaminen ja viruksia poistava käsittely.

17 — Ranskan hallitus mainitsee tässä yhteydessä SEUT 168 artiklan 7 kohdan.

18 — Eli esiintymistiheys, joka määritellään perinteisesti sellaisten henkilöiden osuudeksi, jotka ovat HI-viruksen kantajia väestöryhmässä tietyllä hetkellä (lähde: *Guide terminologique de l'ONUSIDA*, s. 23).

19 — Eli niiden uusien henkilöiden määrä, jotka ovat saaneet HIV-tartunnan tietyn ajanjakson aikana tietyssä väestöryhmässä (lähde: *Guide terminologique de l'ONUSIDA*, s. 16).

20 — Euroopan neuvoston ministerikomitean 27.3.2014 antama päätöslauselma CM/Res(2013)3 verenluovuttajien sukupuolisesta käyttäytymisestä, joka vaikuttaa verensiirtojen turvallisuuteen.

21 — Ranskan hallitus nojautuu tältä osin em. päätöslauselmaan CM/Res(2013)3.

21. Ranskan hallitus väittää myös, että jos MSM-väestöä koskeva pysyvä kielto todettaisiin direktiivin 2004/33 vastaiseksi, tällä vietäisiin kyseisen direktiivin liitteessä III olevalta 2.1 kohdalta kokonaan tehokas vaikutus. Vaikka on muita sukupuolikäyttäytymisen muotoja, jotka altistavat tartuntavaaralle,[22] kaikissa näissä vaara saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä, on pienempi kuin MSM-väestössä, kuten edellä esitetyt tilastotiedot osoittavat. Jos tällainen riski ei vastaa liitteessä III olevan 2.1 kohdan esimerkkitapausta, Ranskan hallitus pohtii, mikä voisi sitä vastata. Se päättelee tästä, että MSM-väestö voi olla vain pysyvän kiellon kohteena.

22. Kolmanneksi on niin, että vaikka direktiivin 2004/33 liitteessä III olevaa 2.1 kohtaa pitäisi tulkita siten, että MSM-väestöä voisi koskea vain väliaikainen kielto, jäsenvaltio voisi aina soveltaa suojaavampia toimenpiteitä ja katsoa, että tällainen tartuntavaaran taso edellyttää pysyvää kieltoa. Ranskan hallitus muistuttaa SEUT 6 artiklan a kohdasta ja SEUT 168 artiklan 4 kohdan a alakohdasta. Viimeksi mainitun määräyksen mukaan jäsenvaltiot voivat pitää voimassa tai toteuttaa tällaisia toimenpiteitä, mistä muistutetaan paitsi direktiivin 2002/98 johdanto-osan 22 perustelukappaleessa myös sen 4 artiklan 2 kohdassa, jossa säädetään, että kyseinen direktiivi ei estä jäsenvaltiota pitämästä voimassa tai toteuttamasta alueellaan tiukempia suojelutoimenpiteitä, jotka ovat perustamissopimuksen määräysten mukaisia. Koska ihmisten terveyden ja hengen suojeleminen on vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan unionin oikeudessa suojelluista oikeushyvistä ja intresseistä tärkein ja jäsenvaltiot saavat vapaasti päättää suojan tasosta ja keinoista, joilla se saavutetaan, mikään ei sen mielestä estä sitä, että jäsenvaltio katsoo, että MSM-väestölle on määrättävä pysyvä luovutuskielto sen kohonneen riskin vuoksi, jolle tämä populaatio altistaisi luovuttajat ja jonka vahvistavat Ranskan hallituksen toimittamat epidemiologiset tiedot. Tällaisen lopullisen kiellon muodostama ankarampi suojatoimenpide on sen mielestä oikeassa suhteessa tavoiteltuun hyväksyttävään päämäärään.

B *Oikeudellinen arviointi*

23. Aluksi on määritettävä, merkitseekö se, että miehellä on sukupuolisuhde toisen miehen kanssa, ”sukupuolikäyttäytymistä”, jonka vuoksi hän on suuressa vaarassa saada direktiivin 2004/33 liitteessä III olevassa 2.1 kohdassa tarkoitettuja vakavia tartuntatauteja.

24. Jos näin ei ole, on tämän jälkeen toiseksi tutkittava, voiko jäsenvaltio käyttäessään harkintavaltaa, joka sille perinteisesti tunnustetaan kansanterveyden alalla, toteuttaa kansanterveyttä enemmän suojelevan toimenpiteen, kuten kieltää pysyvästi verenluovutuksen MSM-väestöltä.

1. Direktiivin 2004/33 liitteessä III olevan 2.1 kohdan tulkinta

a) Direktiivin 2004/33 liitteessä III oleva 2.1 kohta voidaan panna täytäntöön vain silloin, kun on kyseessä suuri vaara saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä

25. Se, miten pitäisi tulkita direktiivin 2004/33 liitteessä III olevassa 2.1 kohdassa tarkoitettua kieltoperustetta, on erityisen kiisteltyä sen vuoksi, että kuten Ranskan hallitus on korostanut, yksi kyseisen liitteen 2.2.2 kohdassa luetelluista väliaikaisista kieltoperusteista on [ranskaksi] sanamuodoltaan sama, koska siinä mainitaan ”henkilöt, jotka ovat käyttäytymisensä tai toimintansa vuoksi *vaarassa saada* tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä”.[23] On selvää, että

22 — Kuten suojaamattomat sukupuolisuhteet satunnaisen kumppanin kanssa tai uusi kumppani vähemmän kuin kahden kuukauden ajalta, sukupuolisuhteita useamman kuin yhden kumppanin kanssa neljän viime kuukauden aikana tai sukupuolisuhde sellaisen kumppanin kanssa, jolla on itsellään ollut useampia kuin yksi kumppani neljän viime kuukauden aikana.

23 — Kursivointi tässä. Liitteessä III olevien 2.1 ja 2.2.2 kohdan suomenkieliset sanamuodot poikkeavat sitä vastoin toisistaan, toisin kuin ranskankieliset.

lainsäätäjän tarkoituksena ei ole voinut olla säätää, että samoin sanamuodoin määritellystä käyttäytymisestä voitaisiin määrätä sekä pysyvä että väliaikainen kielto. Ranskan hallitus ja komissio ovat tässä yhteydessä tuoneet esille, että direktiivin 2004/33 liitteen III saatavilla olevien kieliversioiden välillä on eroavaisuuksia.

26. Tarkasteltujen kieliversioiden mukaan näet joko väliaikainen kielto koskee ainoastaan tavanomaista vaaraa eikä pysyvään kieltoon liittyvää suurta vaaraa;[24] tai liitteessä III mainitaan molemmissa tapauksissa suuri vaara;[25] taikka, kuten ranskankielisessä versiossa, liitteessä viitataan myös molemmissa tapauksissa pelkästään ”vaaran” käsitteeseen ilman lisätäsmennystä.[26] Unionin oikeuden yhtenäisen tulkinnan vaatimus sulkee pois sen mahdollisuuden, että epävarmassa tilanteessa säännöksen sanamuotoa voitaisiin tarkastella erikseen, vaan se edellyttää päinvastoin, että sitä tulkitaan myös muiden virallisten kieliversioiden valossa – vertailu, joka edellä kuvatulla tavalla ei myöskään anna lisäselvitystä – sekä sen lainsäädännön systematiikan ja tavoitteen mukaan, jonka osa säännös on.[27] Toisin sanoen pelkästään se, että direktiivin 2004/33 liitteessä III olevan 2.1 kohdan ranskankielisessä versiossa viitataan ainoastaan henkilöihin, jotka ovat sukupuolikäyttäytymisensä vuoksi ”tavanomaisessa” vaarassa saada vakavia tartuntatauteja, ei sellaisenaan ole riittävä syy päätellä, että kansallinen pysyvä kielto olisi direktiivin mukainen.

27. Koska direktiivillä 2004/33 täsmennetään direktiivin 2002/98 teknisiä vaatimuksia, sillä on sama tavoite kuin tällä direktiivillä. Kuten Ranskan hallitus on korostanut, lainsäätäjä on tehnyt verensiirtoketjun laadun ja turvallisuuden parantamisesta direktiivin 2002/98 ensisijaisen tavoitteen.

28. Se annettiin tilanteessa, jossa jäsenvaltiot olivat aikaisemmin kokeneet puutteita verensiirtoketjua koskevissa valvontajärjestelmissään ja järjestelmien turvallisiksi saattamisessa. Näin ollen tämä kysymys tuli ylikansallisten viranomaisten käsiteltäväksi sekä Euroopan neuvoston[28] että unionin tasolla. Piti kuitenkin odottaa direktiiviä 2002/98, jonka oikeudellisena perustana on EY 152 artiklan 4 kohdan a alakohta – joka koski ”toimenpiteitä, joilla asetetaan –– verelle –– korkeat laatu- ja turvallisuusvaatimukset” – jotta unioni sai ensimmäisen tätä koskevan pakottavan säädöksen.[29] Laadun ja turvallisuuden tavoite näkyy siinä kaikkialla.[30] Kyseessä on tautien leviämisen estäminen[31] varmistamalla se, että veri hankitaan henkilöiltä, joiden terveys on sellainen, ettei luovutuksesta aiheudu mitään haittaa, ja tartuntatautien leviämisen vaaran pitäminen mahdollisimman pienenä,[32] jotta vahvistetaan ihmisten luottamusta.[33] Nämä samat näkemykset sisältyvät direktiiviin 2004/33,[34] jonka tavoitteeksi on ilmoitettu ihmisten terveyden korkeatasoisen suojelun varmistaminen.[35]

24 — Ks. esim. italian-, kreikan-, englannin- ja portugalinkieliset versiot.

25 — Ks. esim. espanjan- ja saksankieliset versiot.

26 — Direktiivin 2004/33 liitteessä III olevan 2.2.2 kohdan sanamuodon osalta vallitsee samaa epätarkkuutta. Vaikka ranskankielisessä versiossa viitataan sukupuolikäyttäytymiseen tai ammatilliseen toimintaan, espanjan- ja italiankielisissä versioissa viitataan ainoastaan sukupuolikäyttäytymiseen, kun taas portugalinkielisissä versioissa puhutaan vain käyttäytymisestä tai toiminnasta täsmentämättä niiden luonnetta, kun tarkastellaan pelkästään näitä direktiivin 2004/33 kieliversioita.

27 — Ks. runsaasta oikeuskäytännöstä tuomio Haasová (C-22/12, EU:C:2013:692, 48 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio Drozdovs (C-277/12, EU:C:2013:685, 39 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

28 — Mainittakoon esim. Euroopan neuvoston ministerikomitean 12.10.1995 antama suositus nro R(95) 14 luovuttajien ja vastaanottajien terveyden suojelemisesta verensiirron yhteydessä.

29 — Ks. direktiivin 2002/98 johdanto-osan kolmas perustelukappale. Ks. toimielinten muiden kuin sitovien toimenpiteiden osalta kyseisen direktiivin johdanto-osan 6–9 perustelukappale.

30 — Ks. direktiivin 2002/98 johdanto-osan ensimmäinen, kolmas ja viides perustelukappale ja 1 artikla.

31 — Direktiivin 2002/98 johdanto-osan ensimmäinen ja toinen perustelukappale.

32 — Direktiivin 2002/98 johdanto-osan 24 perustelukappale.

33 — Direktiivin 2002/98 johdanto-osan kolmas ja kuudes perustelukappale.

34 — Ks. esim. direktiivin 2004/33 johdanto-osan toinen ja neljäs perustelukappale sekä 4 ja 6 artikla.

35 — Direktiivin 2004/33 johdanto-osan ensimmäinen perustelukappale.

29. On siis ilmeistä, että direktiivin 2004/33 liitteitä on tulkittava tämän tavoitteen valossa. Katson myös, että direktiivin 2004/33 liitteessä III olevaa 2.1 kohtaa on tulkittava, kuten Ranskan hallituskin kirjelmissään myöntää, siten, että henkilöitä, jotka sukupuolikäyttäytymisensä vuoksi ovat *suuressa* vaarassa saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä, kielletään pysyvästi luovuttamasta verta. Tällainen tulkinta vaikuttaa sekä asianmukaiselta, jotta erottelu, jonka unionin lainsäätäjä on tehnyt yhtäältä väliaikaisen luovutuskiellon syiden ja toisaalta pysyvän luovutuskiellon syiden välillä, säilyttää kaikilta osin merkityksensä, mutta myös johdonmukaiselta sen direktiivissä niin ikään esitetyn ajatuksen kanssa, että halutaan vähentää verensiirtoihin liittyviä vaaroja mahdollisimman paljon. Suuri vaara aiheuttaa siten pysyvän kiellon, kun taas pienempi vaara aiheuttaa vain väliaikaisen kiellon.

b) Onko se, että miehellä on ollut [36] tai on sukupuolisuhde toisen miehen kanssa, direktiivin 2004/33 liitteessä III olevassa 2.1 kohdassa tarkoitettua ”sukupuolikäyttäytymistä”?

30. Vaikka väliaikaisen kiellon ja pysyvän kiellon välinen raja alkaa täsmentyä edellä esitetyn perusteella, on vielä ratkaistava, mitä voi olla ”sukupuolikäyttäytyminen”, joka aiheuttaa suuren tartuntavaaran.

31. Unionin tuomioistuimelle toimitettuun asiakirja-aineistoon ei sisälly tästä mitään tietoja, jotka liittyisivät direktiivin 2004/33 esitöihin ja voisivat antaa tietoja siitä, mitä lainsäätäjä on tarkoittanut ”sukupuolikäyttäytymisellä”, eikä direktiiviinkään sisälly tästä mitään määritelmää. Euroopan neuvoston asiakirjojen tutkiminenkaan ei selvennä asiaa, sillä ministerikomitea on tyytynyt vain määrittelemään riskialttiin sukupuolikäyttäytymisen siten, että sillä tarkoitetaan ”sukupuolikäyttäytymistä, jolla saatetaan asianomaiset henkilöt vaaraan tai suureen vaaraan saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä”. [37] On siis tarkasteltava käsitteen yleistä merkitystä.

32. Puhtaasti sanamuodon mukaan käyttäytyminen määrittelee tavan, jolla henkilö käyttäytyy, eli hänen tapansa menetellä; kyseessä ovat kaikki hänen reaktionsa eli hänen menettelynsä. [38] Käyttäytymisen käsite johtaa ensi arviolta subjektiiviseen arviointiin, ja sukupuolikäyttäytyminen määriteltäisiin silloin asianomaisen henkilön sukupuolitapojen ja -käytäntöjen avulla, toisin sanoen niiden konkreettisten olosuhteiden perusteella, joissa kyseinen sukupuolisuhde tai kyseiset sukupuolisuhteet ovat toteutuneet.

33. Näin ollen tulee esiin seuraava kysymys: pyritäänkö MSM-väestöä koskevalla pysyvällä kiellolla vaikuttamaan tiettyyn sukupuoliseen suuntautumiseen vai pikemminkin tosiasialliseen käyttäytymiseen?

34. Ministeriön asetuksessa on käytetty kiellon perusteena näet sitä, että miehellä on ollut tai on sukupuolielämää, johon liittyy sukupuolisuhde miehen kanssa, riippumatta tämän suhteen tai näiden suhteiden olosuhteista, niiden toistuvuudesta tai todetuista käytännöistä. Tätä perustetta ei tietenkään ole nimenomaisesti eikä suoraan muotoiltu sukupuolisen suuntautumisen perusteella, koska MSM-ryhmää ei ole virallisesti määritelty sukupuolisen suuntautumisen perusteella. [39] Siinä tulee kuitenkin esiin tietynlainen kumoamaton olettama, jonka mukaan MSM-suhde altistaa väistämättä ja

36 — Kyselylomakkeen sanamuodon mukaisesti.

37 — Ks. em. päätöslausuman CM/Res(2013) 3 liite 1.

38 — Määritelmä teoksesta *Le petit Larousse illustré*, painos 2011, Larousse, Paris.

39 — Ks. MSM:n määritelmä tämän ratkaisuehdotuksen alaviitteessä 16 sekä em. päätöslauselman CM/Res(2013)3 johdanto-osan kolmannessa perustelukappaleessa.

järjestelmällisesti suurelle tartunnan vaaralle. Lisäksi käytännössä verenluovutus kielletään tästä syystä pääasiassa ellei jopa yksinomaan [40] koko homoseksuaalista ja biseksuaalista miesten populaatiolta pysyvästi yksinomaan sillä perusteella, että näillä miehillä on ollut tai tällä hetkellä on sukupuolisuhteita toisten miesten kanssa.

35. Omaksuttu kansallinen peruste on mielestäni muotoiltu sekä liian laajasti että liian yleisluontoisesti, vaikka unionin lainsäätäjän käyttämä käsite ”sukupuolikäyttäytyminen” edellyttää sellaisen täsmällisen toiminnan ja asenteen yksilöimistä, joka aiheuttaa potentiaaliselle luovuttajalle suuren tartunnan vaaran. Komissio on myös jo korostanut sitä, että direktiivissä 2004/33 tarkoitettua ”sukupuolikäyttäytymistä” ei pidä ymmärtää ”sukupuolisen suuntautumisen” synonyymiksi. [41]

36. Jos päätellään, että direktiivin 2004/33 liitteessä III oleva 2.1 kohta edellyttää, että verenluovutus kielletään pysyvästi henkilöiltä, joiden osalta on tunnistettu tietty yksityiskohtaisesti kuvattu käyttäytyminen, jonka vuoksi he ovat olleet tai ovat suuressa vaarassa, ja että se ei sovi yhteen niin yleisluontoisen kiellon kanssa kuin ministeriön asetuksessa säädetään, sillä ei viedä direktiivin 2004/33 liitteessä olevalta 2.1 kohdalta tehokasta vaikutusta, vaikka Ranskan hallitus näin väittää. On totta, että tämä kuitenkin velvoittaa kehittämään edelleen pysyvän kiellon perusteita. Voidaan kuitenkin jo nyt ajatella seksialan työntekijöitä, [42] jotka mielestäni täyttävät edellytykset sille, että heitä koskisi pysyvä kielto kyseisessä liitteessä olevan 2.1 kohdan nojalla.

37. Edellä esitetyn perusteella direktiivin 2004/33 liitteessä III olevaa 2.1 kohtaa on tulkittava siten, että pelkästään se, että miehellä on ollut tai on sukupuolisuhde toisen miehen kanssa, ei sellaisenaan ja yksikään merkitse sukupuolikäyttäytymistä, jonka vuoksi hän olisi suuressa vaarassa saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä.

2. Jäsenvaltioille direktiivissä 2004/33 jätetty harkintavalta ja niille annettu mahdollisuus pitää voimassa tai toteuttaa tiukempia suojatoimenpiteitä

a) Perustamissopimuksen määräysten noudattaminen rajana kansallisen toimivallan käyttämiselle

38. Kuten olen jo korostanut, direktiivi 2002/98, jota koskevat tekniset vaatimukset on vahvistettu direktiivillä 2004/33, on annettu EY 152 artiklan 4 kohdan a alakohdan oikeudellisen perustan nojalla, ja tässä määräyksessä määrättiin edellytyksistä, joiden täyttyessä neuvosto sai myötävaikuttaa tiettyjen tavoitteiden saavuttamiseen ja erityisesti toteuttaa ”toimenpiteitä, joilla asetetaan –– verelle ja verituotteille korkeat laatu- ja turvallisuusvaatimukset”. Kyseisessä alakohdassa täsmennettiin vielä, että ”nämä toimenpiteet eivät estä jäsenvaltioita pitämästä voimassa tai toteuttamasta tiukempia suojatoimenpiteitä”. [43] EY 152 artiklan 5 kohdassa todettiin, että yhteisön toiminnassa kansanterveyden alalla otettiin täysimääräisesti huomioon jäsenvaltioiden velvollisuudet, ja erityisesti, että ”4 kohdan a alakohdassa tarkoitetut toimenpiteet eivät [vaikuttaneet] –– veren luovuttamista –– koskeviin kansallisiin säännöksiin ja määräyksiin”. [44]

40 — Komission kirjallisissa huomautuksissaan esittämä näkemys, jonka mukaan osa homoseksuaaleista tai biseksuaalisista miehistä pidättäytyy kokonaan sukupuolisuhteista ja saa siten luovuttaa verta, on mielestäni kaiken kaikkiaan niin marginaalinen, etten ota sitä huomioon tässä ratkaisuehdotuksessa.

41 — Ks. komission 17.8.2011 antama vastaus parlamentin jäsenen 1.7.2011 esittämään kirjallisesti vastattavaan kysymykseen (E-006484/2011).

42 — Myös Euroopan unionin neuvosto otti tämän tapauksen huomioon veren ja veriplasman luovuttajien soveltuvuudesta sekä luovutetun veren seulonnasta Euroopan yhteisössä 29.6.1998 antamassaan suosituksessa (EYVL L 203, s. 14: ks. erityisesti kyseisen suosituksen liitteessä II olevan C kohdan 1 alakohta), samoin Euroopan neuvoston ministerikomitea erityisesti em. päätöslauselmansa CM/Res(2013)3 johdanto-osan kolmannessa perustelukappaleessa.

43 — Nykyinen SEUT 168 artiklan 4 kohdan a alakohta.

44 — Ks. vastaavassa mielessä nykyinen SEUT 168 artiklan 7 kohta.

39. Vaikka edellä esitetystä on pääteltävä, että yhteisön toimintaa aiemmin ja unionin toimintaa nykyään voidaan harjoittaa vain liitännäis-, edistämis- ja yhteensovittamistoimenpiteiden mutta ei missään tapauksessa yhdenmukaistamistoimenpiteiden muodossa, unionin tuomioistuin ei ole milloinkaan tulkinnut näitä määräyksiä siten, että kansalliset toimenpiteet jäisivät kokonaan niiden unionin oikeuden mukaisuutta koskevan valvonnan ulkopuolelle.

40. Unionin tuomioistuin on todennut esimerkiksi sosiaaliturvan osalta, että ”on tosin selvää, että unionin oikeus ei vaikuta jäsenvaltioiden toimivaltaan säätää sosiaaliturvajärjestelmistään ja että kun alaa ei ole Euroopan unionin tasolla yhdenmukaistettu, kunkin jäsenvaltion lainsäädännössä voidaan vahvistaa sosiaaliturvaetuuksien myöntämisedellytykset – –. On myös huomautettava, että EY 152 artiklan 5 kohdan mukaan unionin toiminnassa kansanterveyden alalla otetaan täysimääräisesti huomioon jäsenvaltioiden terveyspalvelujen ja sairaanhoidon järjestämiseen ja tarjoamiseen liittyvät velvollisuudet – –. Jäsenvaltioiden on kuitenkin tätä toimivaltaansa käyttäessään noudatettava unionin oikeutta ja erityisesti palvelujen tarjoamisen vapautta koskevia määräyksiä – –. Unionin tuomioistuin on siten katsonut, että EY 152 artiklan 5 kohdan mukaan ei ole mahdotonta, että jäsenvaltiot ovat – – muiden perustamissopimuksen määräysten nojalla velvollisia mukauttamaan joiltakin osin kansallisia sosiaaliturvajärjestelmiään *ilman, että voitaisiin katsoa, että näin loukattaisiin niiden yksinomaista toimivaltaa alalla*.” [45]

41. Vastaavasti unionin tuomioistuimen pitäisi myös todeta, että sillä, että EY 152 artiklan 5 kohdassa tarkoitettujen muiden kansallisten toimivaltuuksien käytön edellytykseksi asetetaan perustamissopimuksen määräysten noudattaminen, ei loukata niiden yksinomaista toimivaltaa tällä alalla. Kyseiseen artiklaan sisältyvän lopputäsmennyksen, joka koskee erityisesti verenluovutusta, ei pitäisi mielestäni olla ristiriidassa sen kanssa.

42. Kun siis kyseessä on ollut kansallinen lainsäädäntö, jolla pyritään varmistamaan luovutuksen vapaaehtoisuus ja vastikkeettomuus ja joka on suojaavampi kuin direktiivin 2002/98 säännökset, [46] unionin tuomioistuimen valvontaa ei ole jarruttanut se, että kansallinen lainsäädäntö on kuulunut EY 152 artiklan 5 kohdan soveltamisalaan. Se on sitä vastoin tutkinut, sopiiko tämä lainsäädäntö yhteen perustamissopimuksen muiden määräysten, kyseisessä tapauksessa tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevien määräysten kanssa. Se on lisäksi todennut, että EY 28 artikla luettuna yhdessä EY 30 artiklan kanssa on esteenä kansalliselle lainsäädännölle, jonka mukaan toisesta jäsenvaltiosta peräisin olevan veren tai veren komponenttien maahantuonti on laillista vain sillä myös kansallisiin tuotteisiin sovellettavalla edellytyksellä, ettei verenluovuttajille ole suoritettu mitään maksua näiden tuotteiden perustana olevista verieristä eikä myöskään korvausta heille luovutuksesta aiheutuneista kuluista. [47]

43. Huomautettakoon lopuksi, että se, että perustamissopimuksen määräysten noudattaminen on luonnollinen raja kansallisen toimivallan käytölle, vahvistetaan direktiivin 2002/98 4 artiklan 2 kohdan ensimmäisessä alakohdassa, jonka mukaan ”tämä direktiivi ei estä jäsenvaltiota pitämästä voimassa tai toteuttamasta alueellaan tiukempia suojelutoimenpiteitä, *jotka ovat perustamissopimuksen määräysten mukaisia*”, [48] eivätkä Ranskan hallitus [49] tai komissio [50] ole kiistäneet tätä.

45 — Tuomio komissio v. Portugali (C-255/09, EU:C:2011:695, 47–49 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen), kursivointi tässä. Unionin tuomioistuin noudatti siten julkisasiamiehen kyseisessä asiassa esittämää näkemystä; hän teki tästä seikasta päätelmän, jonka mukaan ”Portugalin tasavalta ei [voinut] vedota tehokkaasti terveyspalvelujen ja sairaanhoidon järjestämistä koskevaan alkuperäiseen toimivaltaansa omalla alueellaan, jotta välttyisi velvoitteista, joita sille asettaa unionin muu primaarioikeus” (ks. julkisasiamies Trstenjakin ratkaisuehdotus (EU:C:2011:246), 64 kohta.

46 — Tällainen suojaavampi toimenpide sallitaan direktiivin 2002/98 4 artiklan 2 kohdan toisessa alakohdassa.

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

48 — Kursivointi tässä.

49 — Ks. sen kirjallisten huomautusten 90 kohta.

50 — Ks. komission 1.4. antama vastaus parlamentin jäsenen kysymykseen nro E-0910/2009 (jossa viitataan suhteellisuusperiaatteen noudattamiseen) ja 17.8.2011 antama vastaus parlamentin jäsenen kysymykseen nro E-006484/2011 (jossa viitataan muun muassa Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja) (EUVL 2007 C 303, s. 1) 21 artiklaan).

b) Ministeriön asetus sisältää sekä sukupuoleen että sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvaa välillistä syrjintää

44. Koska jäsenvaltioiden vapaus lakkaa heti kun unionin primaarioikeuden noudattaminen on uhattuna, tyydyn huomauttamaan tästä ainoastaan, että kun ministeriön asetuksessa kielletään verenluovutus lopullisesti jokaiselta mieheltä, jolla on ollut tai on sukupuolisuhde toisen miehen kanssa, sillä otetaan luovuttajien valintajärjestelmässä käyttöön ilmeistä välillistä syrjintää,[51] joka koostuu sukupuoleen – kyseinen peruste koskee vain miehiä – ja sukupuoliseen suuntautumiseen – kyseinen peruste koskee lähes yksinomaan homoseksuaalisia ja biseksuaalisia miehiä – perustuvan erilaisen kohtelun yhdistelmästä.

45. Vaikka suosituksessa R(95)14 muistutettiin siitä, miten tärkeää on ottaa käyttöön luovuttajien asianmukainen valinta, jotta vältetään kaikki syrjinnän mahdollisuudet, edellä mainitussa päätöslauselmassa CM/Res(2013)3 on myönnetty, että MSM-väestöä eli kokonaista väestöryhmää koskevaa kieltoa voitiin soveltaa, koska käytettävissä olleita tilastotietoja ei kyetty kehittämään edelleen yksittäisten riskinottojen perusteella. Tilastoissa asetetaan nimenomaan säännöllisesti MSM-väestö ja heteroseksuaalinen väestö vastakkain: ilmaisusta MSM on tullut sekä yleiskielessä että tieteellisesti ”homoseksuaalin” tai ”biseksuaalin” synonyymi.[52] Homoseksuaalisten ja biseksuaalisten miesten yhteisöltä on kielletty verenluovutus ja vieläpä lopullisesti: se on siis syrjinnän kohteena. Unioni pyrkii estämään sukupuoleen ja sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän, kuten todettiin sekä vanhassa EY 13 artiklassa että voimassa olevassa SEUT 19 artiklassa ja perusoikeuskirjan 21 artiklassa.[53]

46. Tähän voitaisiin tosin vastata, että jokainen valintamekanismi on luonnostaan syrjivä. On kuitenkin varmistuttava siitä, että tällainen erilainen kohtelu on oikeutettua ja oikeasuhteista.

c) Onko erilainen kohtelu oikeutettua ja oikeasuhtaista?

47. Unionin tuomioistuin on toistuvasti todennut, että ”ihmisten terveyden ja hengen suojeleminen on perustamissopimuksessa suojelluista oikeushyvistä ja intresseistä tärkein”.[54] Koska ministeriön asetus, joka aiheuttaa MSM-väestön verenluovutusta koskevan täydellisen ja pysyvän kiellon, on direktiivin 2002/98 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu ankarampi suojatoimenpide, on kiistatonta, että sillä on hyväksyttävä tavoite vähentää mahdollisimman paljon tartuntavaaraa vastaanottajille osalta ja edistää siten yleistä tavoitetta varmistaa ihmisten terveyden korkeatasoinen suojelu, josta muistutetaan nykyään sekä SEUT 168 artiklan 1 kohdassa että perusoikeuskirjan 35 artiklassa.

51 — Tämän luonnehdinnan osalta voitaisiin mielestäni epäröidä. Unionin tuomioistuin on ainakin kaksi kertaa todennut sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvaa suoraa syrjintää tuomioissa Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) ja Hay (C-267/12, EU:C:2013:823). Ensin mainitussa tapauksessa oli kyseessä lähinnä kansallinen lainsäädäntö, jonka mukaan perhe-eläkettä maksettiin vain leskille, jolloin ainoastaan avioliitossa oleva henkilö saattoi vedota tähän, eikä avioliitto puolestaan ollut mahdollinen samaa sukupuolta oleville. Jälkimmäisessä tapauksessa oli kyseessä työehtosopimus, jossa määrättiin oikeudesta lomapäiviin ja korvaukseen avioliiton solmimisen yhteydessä, mutta vastaavista oikeuksista ei määrätty siinä tapauksessa, että kyseiset henkilöt olivat solmineet rekisteröidyn parisuhteen, vaikka se oli ainoa samaa sukupuolta oleville mahdollinen parisuhteen muoto. Molemmissa tapauksessa epäedullisempi kohtelu koski kuitenkin koko homoseksuaalista yhteisöä, sekä miehiä että naisia, toisin kuin nyt käsiteltävän asian kohteena oleva kielto.

52 — Ks. Ranskan hallituksen antamien tietojen lisäksi myös ”VIH/sida en France: données de surveillance et études”, *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, 1.12.2012, nro 46–47, s. 523 (ladattavissa sivuilla www.invs.sante.fr) tai Institut français de veille sanitaire kaavio HIV-positiivisten löydösten lukumäärästä tartuntatavan ja syntymämaan mukaan vuosina 2003–2011 (saatavilla sivuilla 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 — EUVL 2007, C 303, s. 1. Huomautettakoon myös, että julkisasiamies Jääskinen oli kehottanut asiassa Römer (C-147/08, EU:C:2010:425) antamassaan ratkaisuehdotuksessa sellaisen tutkimuksen perusteella, johon täysin yhdyn, unionin tuomioistuinta vahvistamaan sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan kiellon yleiseksi oikeusperiaatteeksi (ks. 122 kohta ja sitä seuraavat kohdat). Unionin tuomioistuin kykeni kuitenkin tuomiossaan (C-147/08, EU:C:2011:286) vastaamaan sille esitettyihin ennakkoratkaisukysymyksiin ilman että se joutui ottamaan tähän kantaa. Ehkä tällaisen kannanoton aika on tullut, kun otetaan huomioon, että pääasian kohteena oleva asetus on annettu tammikuussa 2009 eli ennen Lissabonin sopimuksen voimaantuloa ja siis ennen kuin perusoikeuskirjasta tuli pakottava.

54 — Tuomio Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93, 32 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Ks. myös tuomio Humanplasma (EU:C:2010:760, 32 kohta).

48. Vaikka pääasian kohteena olevalla lainsäädännöllä onkin hyväksyttävä tavoite, on vielä varmistettava, että se on suhteellisuusperiaatteen mukainen, eli että se on tarpeellinen tavoitteen toteuttamiseksi ja tähän soveltuva, ja että silloin, kun on mahdollista valita usean tarkoituksenmukaisen toimenpiteen välillä, valitaan vähiten rajoittava, eivätkä toimenpiteistä aiheutuvat haitat saa olla liian suuria tavoiteltuihin päämääriin nähden. [55]

49. Ensinnäkin MSM-väestöä koskevalla pysyvällä kiellolla pyritään tosiasiallisesti hyväksyttävään tavoitteeseen.

50. Toiseksi haittoja, joita aiheutuu kyseessä oleville intresseille, olisi pidettävä suhteellisen siedettävinä, koska syrjäytyneeksi tulemisen tunne, joka johtuu yksityiselämään liittyvistä syistä, on suhteutettava vastaanottajien terveyden suojeluun liittyvään ylemmäntasoiseen intressiin. Voin lisäksi ymmärtää, että epäitsekkään anteliaisuuden ja yhteisvastuullisuuden eleen, kuten verenluovutuksen, epääminen voi aiheuttaa tyrmistyneen reaktion henkilöissä, joille kielto asetetetaan, mutta on todettava, että verenluovutus ei ole sellaisenaan oikeus, että sen yleiskattavuutta ei ole koskaan tunnustettu, koska luovuttajat valitaan ja heidän on tältä osin täytettävä tietyt edellytykset, ja että joka tapauksessa viimeinen sana kuuluu ehdottomasti lääketieteellisille viranomaisille, joilla on yksin täysi välitön vastuu päätöksistään. [56]

51. Kolmanneksi kansanterveyden yhteydessä suhteellisuusperiaatteen noudattamisen valvonnassa on ”otettava huomioon se, että jäsenvaltio voi itse päättää siitä tasosta, jolla se aikoo suojella ihmisten terveyttä, ja siitä tavasta, jolla kyseinen taso on saavutettava. Koska tämä taso voi vaihdella jäsenvaltiosta toiseen, jäsenvaltioille on myönnettävä harkintavaltaa”. [57] Näin ollen se, että jäsenvaltio antaa sääntöjä, jotka eivät ole yhtä ankaria kuin toisen jäsenvaltion antamat säännöt, ei merkitse sitä, että näillä toisen jäsenvaltion määräyksillä loukattaisiin suhteellisuusperiaatetta. [58]

52. Tämä merkitsee konkreettisesti sitä, että vaikka Espanja, Italia, Slovakia, Suomi ja Yhdistynyt kuningaskunta eivät kiellä järjestelmällisesti eivätkä lopullisesti verenluovutusta MSM-väestöltä, [59] tätä ei pidä ottaa huomioon ratkaistaessa sitä, voisiko Ranskan hallitus valita toimenpiteen, jolla loukataan vähemmän yhdenvertaisen kohtelun periaatetta mutta jolla voidaan saavuttaa sama tulos. Tämä pitää erityisesti paikkansa sen vuoksi, että vaaran taso ei ole yhtenäinen eri jäsenvaltioissa, koska niiden epidemiologinen tilanne on erityisesti HIV-tartuntojen osalta hyvin erilainen, ja on kiistatonta, että Ranskassa HIV-tartuntojen osuus MSM-väestössä on erityisen suuri. [60]

55 — Ks. tuomio Müller Fleisch (EU:C:2010:93, 43 kohta).

56 — Ks. luovuttajien vastuusta ja veren ja verituotteiden luovutusten rajoittamisesta annetun Euroopan neuvoston ministerikomitean päätöslauselman CM/Res(2008)5 4.1. kohta, jossa suositellaan sen valvomista, että veripalvelulaitokset vastaavat viime kädessä veren laadusta ja että ne ”ovat vastuussa luovuttajien hyväksymistä tai hylkäämistä koskevasta lopullisesta päätöksestä säännöllisesti päivitettyjen epidemiologisten tietojen perusteella tehdyn riskianalyysin perusteella ja pitävät mielessä vastaanottajien oikeuden terveyden suojeluun sekä siihen perustuvan velvollisuuden vähentää tartuntatautien leviämisen vaaraa. Nämä oikeudet ja velvollisuudet ovat ensisijaisia kaikkiin muihin seikkoihin nähden, *mukaan lukien yksilöiden tahto saada luovuttaa vertaan*” (kursivointi tässä).

57 — Tuomio Humanplasma (EU:C:2010:760, 39 kohta) ja tuomio Venturini ym. (C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, 59 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

58 — Tuomio Müller Fleisch (EU:C:2010:93, 45 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio Humanplasma (EU:C:2010:760, 40 kohta).

59 — Espanjassa ja Italiassa säädetään vain väliaikaisesta kiellosta siinä tapauksessa, että kumppaneita on useita tai kumppani on vaihtunut, kyseisen suhteen laadusta riippumatta (Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeudenkäynnin aikana tehty lainsäädännön muutos on myös mahdollistanut sen, että tuomioistuimen ei ole tarvinnut valvoa homoseksuaaleille asetetun verenluovutuksen kiellon yhteensopivuutta Roomassa 4.11.1950 ihmisoikeuksista ja perusvapauksista tehdyn yleissopimuksen kanssa: ks. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, tuomio Tosto v. Italia, 15.10.2002, kanne nro 49821/99); Slovakiassa (sen mukaan kuin 17.2.2009 tehdyn parlamentin jäsenen kysymyksen nro E-0910/09 sanamuodosta ilmenee) sekä lisäksi Suomessa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa on valittu 12 kuukauden pidättäytymistä koskeva vaatimus sellaisten miesten osalta, jotka ovat ilmoittaneet olleensa sukupuolisuhteessa toisen miehen kanssa.

60 — Jos pitäydytään Ranskan hallituksen antamiin tietoihin, jotka näyttävät saavan vahvistuksen 21.4.2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksella (EY) N:o 851/2004 (EUVL L 142, s. 1) perustetun tautien ehkäisyn ja valvonnan eurooppalaisen keskuksen erityiskertomuksesta ”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” (ks. erityisesti s. 4 ja 5 sekä liite 2).

53. Jotta voitaisiin ratkaista, ylittäkö ministeriön asetukseen sisältyvä pysyvä kielto sen, mikä on tarpeellista, kansallisen tuomioistuimen on kuitenkin tehtävä tiettyjä selvityksiä, joita unionin tuomioistuin ei kykene tekemään sille toimitetun asiakirja-aineiston perusteella.

54. On siis ensinnäkin otettava huomioon epidemiologinen tilanne Ranskassa ja varmistuttava siitä, että toimitetut tilastotiedot ovat tuoreita,[61] edustavia ja luotettavia.

55. Toiseksi on tarkistettava tiettyjä seikkoja, jotka liittyvät terveyttä koskevaan tekniikkaan.

56. Ranskan hallituksen perusteluissa keskitytään lähes yksinomaan MSM-väestölle aiheutuvaan HIV-tartuntariskiin. Vaikka pysyvää kieltoa perustellaan olennaiselta osin sillä vaaralla, joka vastaanottajalle aiheutuu ikkuna-ajan vuoksi, Ranskan hallitus on ilmoittanut, että ajanjakson arvioidaan pisimmillään – HIV 2 -viruksen osalta – olevan 22 päivää. Ellen erehdy, veren pisin mahdollinen säilytysaika on noin 45 päivää. Se, että MSM-väestöltä saadut luovutukset otettaisiin järjestelmällisesti karanteeniin täksi ajaksi ennen testaamista, voisi objektiivisesti arvioiden olla ratkaisu, jolla tavoite mitä parhaiten saavutettaisiin.

57. Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen pitäisi siis pohtia, olisiko tällainen karanteeni taloudellisesti siedettävä ja tieteellisesti toteutettavissa oleva ratkaisu kaikille veren komponenteille tai osalle niistä. Sen pitäisi erityisesti tarkistaa, ettei tämä häiritse verensiirtoketjun asianmukaista toimintaa. Tätä varten se voisi nojautua esimerkiksi ranskalaisen kansanedustajan Olivier Véranin Ranskan sosiaali- ja terveysministeriölle vuonna 2013 veripalveluista laatiman kertomuksen (jäljempänä Véranin kertomus) päätelmiin, joiden mukaan ”asiantuntijat ovat yhtä mieltä siitä, että veriplasman ottamisella järjestelmällisesti karanteeniin, johon liittyy virusten seulominen, virusten leviämisen riski pystyttäisiin poistamaan kokonaan”.[62] Vastaanottajien terveyden suojelun kannalta tämä ratkaisu vaikuttaisi parhaalta mahdolliselta: yhtäältä sillä kyetään ratkaisemaan ongelmat, jotka liittyvät syrjinnän tunteeseen, jota MSM-väestöön kuuluvat saattaisivat kokea – tunne, joka saattaisi saada heidät olemaan vastaamatta rehellisesti kyselyyn – ja toisaalta siinä käsitellään samalla tavoin kaikkia luovutuksia, kun annetaan ajanjakson, jonka aikana virusta ei havaita, kulua ennen kuin ne testataan, jolloin lähestytään merkittävällä tavalla nollariskiä. Korostan, että Ranskan hallituksen huomautuksissa ei mainita tätä kertomusta, vaikka ne on annettu tämän kertomuksen julkaisemisen jälkeen.

58. Lisäksi voidaan jossain määrin epäillä pysyvän kiellon johdonmukaisuutta. Ministeriön asetuksessa vahvistettu pysyvä vasta-aihe merkitsee, kun tätä asetusta luetaan yhdessä edellä mainitun kyselylomakkeen kanssa,[63] sitä, että jos miehellä on ollut ainakin kerran elämänsä aikana – vaikkapa 10 vuotta aikaisemmin – sukupuolisuhde toisen miehen kanssa, verenluovutus on lopullisesti kielletty häneltä. Tästä on pääteltävä, että senhetkisellä riskikäyttäytymisellä ei ole merkitystä, vaikka ikkuna-aika on kriittisin ajanjakso, koska kaikki verenluovutukset testataan HIV-viruksen varalta, ja siitä aiheutuu vastaanottajille suurin vaara.[64] Jälleen on todettava, että jos pääasiallinen perustelu on ikkuna-aika, voitaisiin kuvitella, että väliaikainen kielto, joka vahvistetaan viimeisimmän suhteen perusteella, olisi asianmukaisempi.

59. Samalla tavalla voidaan pohtia syitä, joiden vuoksi ei ole olemassa erityistä vasta-aihetta, joka koskisi naista, jonka kumppani kuuluu MSM-väestöön. Henkilöllä, jonka kumppani on seropositiivinen, on neljän kuukauden väliaikainen vasta-aihe. Yhtäältä voidaan kuvitella, että tällainen pari toimii erityisen huolellisesti, mutta toisaalta voitaisiin myös katsoa, että tällaisessa tapauksessa

61 — Tuomio Ranska v. komissio (C-601/11 P, EU:C:2013:465, 136 kohta).

62 — Ks. kyseisen kertomuksen s. 35.

63 — Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 9 kohta.

64 — Euroopan neuvoston ministerikomitean suosituksen nro R(95) 14 20 §:ssä todetaan, että ”(tilanteen mukaan määräaikainen tai lopullinen) kielto on määrättävä henkilöille, jotka kuuluvat ryhmiin, joihin heidän sairaushistoriansa tai *senhetkisen* toimintansa ja käyttäytymisensä perusteella liittyy tartuntatautien leviämisen vaara” (kursivointi tässä).

altistuminen vaaralle on todellinen, kun se on taas selvästi vähemmän varma MSM-väestölle, jos noudatettuja toimintatapoja ei tutkita erikseen. On lisäksi verrattava tilannetta, jossa miehellä on ollut kerran elämässään tai satunnaisesti suojattu homoseksuaalinen suhde – joka aiheuttaa lopullisen kiellon – ja sellaisen heteroseksuaalin henkilön tilannetta, jolla on säännöllisesti suojaamattomia suhteita, mutta jolle tästä huolimatta vahvistetaan vain väliaikainen vasta-aihe: onko tällaisessa tapauksessa perusteltua, että lopullinen kielto seuraa pelkästään kuulumisesta MSM-väestöön?

60. Tilastojen osalta korostan, että vuonna 2011 seropositiivisuus todettiin MSM-väestössä 2 400 henkilöllä. Samana vuonna heteroseksuaalisissa suhteissa sai tartunnan 3 500 henkilöä, joista 2 400 henkilöä oli ulkomailla syntyneitä heteroseksuaaleja.[65] Ennakkoratkaisua pyytävän tuomioistuimen pitäisi pyrkiä selvittämään syitä, joiden vuoksi tälle luovuttajien ryhmälle ei ole asetettu mitään vasta-aihetta pääasian oikeudenkäynnin kohteena olevassa ministeriön asetuksessa.[66]

61. Lopuksi ja ehkä ennen kaikkea: kyselylomaketta voitaisiin muuttaa siten, että siitä voisi olla apua tunnistettaessa riskikäyttäytymistä MSM-väestössä, kuten on tehty ilmeisesti tyydyttävällä tavalla muiden luovuttajien osalta. Kohdennetummilla kysymyksillä – jotka koskevat viimeisimmästä sukupuolikontaktista kulunutta aikaa, kumppanien lukumäärää, suhteiden luonnetta, suhteiden yhteydessä käytettyä suojaa, käyntejä yöllisissä tapaamispaikoissa – ei enää pyrittäisi tunnistamaan sukupuolista suuntautumista vaan päinvastoin arvioimaan sen riskin tasoa, joka kullakin luovuttajalla on erikseen oman sukupuolikäyttäytymisensä perusteella.[67]

62. Edellä esitetystä seuraa, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on varmistuttava siitä, että kun Ranskan hallitus on asettanut pysyvän verenluovutuskiellon miehille, joilla on ollut tai on sukupuolisuhteita toisten miesten kanssa, se on käyttänyt harkintavaltaa, joka perinteisesti annetaan jäsenvaltioille kansanterveyden suojelun alalla, tavalla, joka vastaa sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteen ja erityisesti suhteellisuusperiaatteen vaatimuksia. Kun se valvoo, että lopullista kieltoa koskevalla toimenpiteellä ei ylitetä sitä, mikä on tarpeen vastaanottajien terveyden suojelun hyväksyttävän tavoitteen toteuttamiseksi, sen on erityisesti varmistuttava ensinnäkin siitä, että epidemiologinen tilanne Ranskassa, sellaisena kuin se on esitetty unionin tuomioistuimelle, perustuu luotettaviin, edustaviin ja tuoreisiin tilastotietoihin, ja toiseksi siitä, että tieteellinen tietämys ei nykytilassa mahdollista, asettamatta verensiirtoketjulle kohtuuttomia rajoitteita, toimenpiteitä, joiden perusteella luovutukset pidetään karanteenissa, kunnes ikkuna-aika on päättynyt. Sen tehtävänä on lopuksi myös selvittää mahdolliset syyt siihen, miksi yksilöllisen riskinoton arviointi mahdollisesti muutetun kyselylomakkeen ja terveydenhoitohenkilöstön henkilökohtaisen haastattelun avulla sen tunnistamiseksi, onko potentiaalisen luovuttajan sukupuolikäyttäytyminen ns. riskikäyttäytymistä, olisi epäasianmukainen keino varmistaa tyydyttävällä tavalla vastaanottajien suojelu luovutuksilta, jotka on saatu miehiltä, joilla on ollut tai on sukupuolisuhteita miesten kanssa, vaikka se on mahdollinen muun väestön osalta.

V **Ratkaisuehdotus**

63. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Tribunal administratif de Strasbourgin esittämään kysymykseen seuraavasti: Direktiivin 2002/98 täytäntöönpanosta veren ja sen komponenttien tiettyjen teknisten vaatimusten osalta 22.3.2004 annetun komission direktiivin 2004/33/EY liitteessä III olevaa 2.1 kohtaa on tulkittava siten, että pelkästään se, että miehellä on ollut

65 — Lähde: em. Institut français de veille sanitairen kaavio HIV-positiivisten löydösten lukumäärästä tartuntatavan ja syntymämaan mukaan vuosina 2003–2011. Kyseessä ovat lähinnä Saharasta etelään sijaitsevissa Afrikan maissa syntyneet henkilöt (77 prosenttia) ja naiset (58 prosenttia).

66 — On selvää, että koska MSM-väestö on määrällisesti huomattavasti pienempi kuin heteroseksuaalinen väestö, tartuntavaara on suhteellisesti paljon suurempi tässä väestössä, mitä en halua tässä yhteydessä kiistää. On kuitenkin myös kiistatonta, että ulkomailla syntyneet heteroseksuaalit henkilöt ovat suhteellisesti erityinen riskiryhmä HIV-tartunnan osalta, eikä siihen kuitenkaan kohdisteta erityistä varotoimea ministeriön asetuksen mukaan.

67 — Huomautan tässä yhteydessä, että tässäkin on kyseessä em. Véranin kertomuksessa oleva suositus: ks. kyseisen kertomuksen s. 36.

tai on sukupuolisuhde toisen miehen kanssa, ei sellaisenaan ja yksinään merkitse sukupuolikäyttäytymistä, jonka vuoksi hän olisi suuressa vaarassa saada vakavia tartuntatauteja, jotka voivat levitä veren välityksellä. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on varmistuttava siitä, että kun Ranskan hallitus on asettanut pysyvän verenluovutuskiellon miehille, joilla on ollut tai on sukupuolisuhteita toisten miesten kanssa, se on käyttänyt harkintavaltaa, joka perinteisesti annetaan jäsenvaltioille kansanterveyden suojelun alalla, tavalla, joka vastaa sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteen ja erityisesti suhteellisuusperiaatteen vaatimuksia. Kun se valvoo, että lopullista kieltoa koskevalla toimenpiteellä ei ylitetä sitä, mikä on tarpeen vastaanottajien terveyden suojelun hyväksyttävän tavoitteen toteuttamiseksi, sen on erityisesti varmistuttava ensinnäkin siitä, että epidemiologinen tilanne Ranskassa, sellaisena kuin se on esitetty unionin tuomioistuimelle, perustuu luotettaviin, edustaviin ja tuoreisiin tilastotietoihin, ja toiseksi siitä, että tieteellinen tietämys ei nykytilassa mahdollista, asettamatta verensiirtoketjulle kohtuuttomia rajoitteita, toimenpiteitä, joiden perusteella luovutukset pidetään karanteenissa, kunnes ikkuna-aika on päättynyt. Sen tehtävänä on lopuksi myös selvittää mahdolliset syyt siihen, miksi yksilöllisen riskinoton arviointi mahdollisesti muutetun kyselylomakkeen ja terveydenhoitohenkilöstön henkilökohtaisen haastattelun avulla sen tunnistamiseksi, onko potentiaalisen luovuttajan sukupuolikäyttäytyminen ns. riskikäyttäytymistä, olisi epäasianmukainen keino varmistaa tyydyttävällä tavalla vastaanottajien suojelu luovutuksilta, jotka on saatu miehiltä, joilla on ollut tai on sukupuolisuhteita miesten kanssa, vaikka se on mahdollinen muun väestön osalta.