Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
PAOLO MENGOZZI
esitatud 17. juulil 2014[1]

Kohtuasi C-528/13

Geoffrey Léger
versus
Ministre des affaires sociales, de la santé et des Droits des femmes
ja
Établissement français du sang

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Tribunal administratif de Strasbourg (Prantsusmaa))

Rahvatervis — Vereloovutus — Doonorite sobivuse kriteeriumid — Alalise või ajutise loovutuskeelu kriteeriumid — Alaline loovutuskeeld meeste suhtes, kel on olnud seksuaalvahekord teise mehega — Seksuaalse orientatsiooni alusel diskrimineerimise keelu põhimõte — Proportsionaalsus

Sisukord

I. Õiguslik raamistik 2

A. Liidu õigus 2

B. Prantsuse õigus 3

II. Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimus 4

III. Menetlus Euroopa Kohtus 5

IV. Õiguslik analüüs 5

A. Prantsuse valitsuse seisukoha kokkulepe 5

B. Hinnang 7

1. Direktiivi 2004/33 III lisa punkti 2.1 tõlgendus 7

a) Direktiivi 2004/33 III lisa punkti 2.1 kohaldatakse vaid juhtudel, kui esineb oht nakatuda tõsistesse nakkushaigustesse, mis võivad verega edasi kanduda 7

1 — Algkeel: prantsuse.

b) Kas meeste puhul on asjaolu, et neil on olnud või on jätkuvalt seksuaalsuhe teise mehega, „seksuaalkäitumine” direktiivi 2004/33 III lisa punkti 2.1 mõttes? 9

2. Direktiiviga 2004/33 liikmesriikidele jäetud kaalutlusruum ja neile antud võimalus säilitada või kehtestada rangemaid kaitsemeetmeid 10

a) Asutamislepingu sätete kui riigi pädevuse teostamise piiride järgimine 10

b) Ministri määrus sisaldab kaudset diskrimineerimist kahel kombineeritud alusel lähtuvalt soost ja seksuaalsest sättumusest 11

c) Kas erinev kohtlemine on õigustatud ja proportsionaalne? 12

V. Ettepanek 15

1. Käesolevas eelotsusetaotluses on tõusetunud delikaatne küsimus sellest, kas liidu õigusega on kooskõlas siseriiklikud õigusnormid, millega on ette nähtud alatine vereloovutuskeeld meeste puhul, kel on olnud või on jätkuvalt seksuaalsuhted teise mehega.

I. **Õiguslik raamistik**

A. *Liidu õigus*

2. Liidu õigusraamistiku võib kokku võtta järgmiselt.

3. EÜ artikli 152 lõike 4 punktil a (nüüd ELTL artikli 168 lõike 4 punkt a) põhineva Euroopa Parlamendi ja nõukogu 27. jaanuari 2003. aasta direktiivi, millega kehtestatakse inimvere ja verekomponentide kogumise, uurimise, töötlemise, säilitamise ja jaotamise kvaliteedi- ja ohutusnõuded ning muudetakse direktiivi 2001/83/EÜ[2], väljatöötamise aluseks oli liidu seadusandja konstateering olukorras, kus inimpäritoluga täisvere, plasma või vererakkude „kvaliteeti ja ohutust, niivõrd kui need on mõeldud vereülekandeks ning on töötlemata, ei reguleerita ühegi siduva ühenduse õigusaktiga”[3]. Seega on liidu seadusandja astunud samme, et ühenduse sätted tagaksid „sihtotstarbest olenemata vere ja selle komponentide kvaliteedi ja ohutuse võrreldavuse kõigis liikmesriikides kogu vereülekandeketi jooksul”, kehtestades kõrged kvaliteedi- ja ohutusnõuded, mis teenivad elanike veenmise eesmärki[4]. Niisiis on direktiivi 2002/98 eesmärk sätestada inimvere ja verekomponentide kvaliteedi- ja ohutusnõuded, et tagada inimeste tervise kaitstuse kõrge tase[5]. Direktiiv kohustab liikmesriike tagama, et inimvere ja verekomponentide kogumise, uurimise, ettevalmistamise, säilitamise ja jaotamisega saaksid tegeleda ainult selleks määratud või akrediteeritud asutused ning et nende suhtes rakendatakse inspekteerimisi ja kontrollimeetmeid[6]. Samuti on selles käsitletud vere järgitavuse, vereloovutuse tasuta toimumise ja vabatahtlikkuse ning iga annetuse kohustusliku kontrollimise põhimõtteid[7].

2 — EÜT L 33, lk 30; ELT eriväljaanne 15/07, lk 346.

3 — Direktiivi 2002/98 põhjendus 3.

4 — Direktiivi 2002/98 põhjendus 3.

5 — Direktiivi 2002/98 artikkel 1.

6 — Direktiivi 2002/98/EÜ artiklid 5 ja 8.

7 — Vastavalt direktiivi 2002/98 artiklid 14, 20 ja 21 ning IV lisa.

4. Seevastu nõudeid, mis käsitlevad vere- ja vereplasmadoonorite sobivust, see tähendab eeskätt alatise ja ajutise loovutuskeelu kriteeriumeid, ei kehtestatud mitte direktiiviga 2002/98, vaid komisjoni 22. märtsi 2004. aasta direktiiviga 2004/33/EÜ[8], millega rakendatakse direktiivi 2002/98 seoses teatavate tehniliste nõuetega vere ja verekomponentide osas, direktiivi 2002/98 artikli 28 nimetatud komiteemenetluse alusel[9].

5. Seega reguleerib neid nõudeid direktiiv 2004/33. Selle III lisa näeb ette täisvere ja verekomponentide doonorite kõlblikkuse kriteeriumid. III lisa punkt 2 käsitleb nende doonorite suhtes kehtivaid loovutuskeelu kriteeriumeid.

6. III lisa punkt 2.1 loetleb tabelis allogeensete vereannetuste doonoritele alatise loovutuskeelu määramise kriteeriumid[10]. Selle alla kuuluvat seksuaalkäitumist on tabelis kirjeldatud järgmises sõnastuses: „Isikud, kelle seksuaalkäitumine seab nad kõrgendatud ohtu nakatuda tõsistesse nakkushaigustesse, mis võivad verega edasi kanduda”.

7. III lisa punktis 2.2 on ära toodud allogeensete vereannetuste doonoritele ajutise loovutuskeelu määramise kriteeriumid ning lisa punktis 2.2.2 on konkreetsemalt loovutuskeelu kriteeriumina välja toodud kokkupuude ohuga saada vereülekande teel edasikanduvat nakkust. Tabeliosa, milles on nimetatud „[i]sikud, kelle [seksuaal]käitumine või [kutse]tegevus seab nad ohtu saada verega levida võivat [tõsist] nakkushaigust”, näeb ette järgmise keelujuhtumi: „Loovutuskeeld pärast riskikäitumise lõpetamist ajavahemikuks, mis määratakse vastavalt kõnealusele haigusele ja asjakohaste analüüside kättesaadavusele”.

B. *Prantsuse õigus*

8. Ministre de la santé et des sports (tervishoiu- ja spordiminister) andis 12. jaanuaril 2009 määruse, millega kehtestatakse doonorite valiku kriteeriumid[11] (edaspidi „ministri määrus”).

9. Ministri määruse artikkel 1 nimetab tingimused, mille korral võib vereloovutamine toimuda. Artikli 1 lõike V punkt 1, mis käsitleb doonori kliinilisi andmeid, näeb ette, et doonorite valimiseks vastava väljaõppe saanud isik peab andma hinnangu vereloovutuse võimalikkusele, arvestades vastunäidustusi ja nende kestvust, varasemat esinemist ja arengut, tuginedes täiendavatele küsimustele enne vereloovutust täidetavas küsimustikus[12]. Need küsimused esitatakse, kui see on asjakohane, enne vereloovutust läbiviidaval intervjuul, mis on süstemaatiline. Kõnesoleva sätte kohaselt ei lubata isikut vereloovutusele, kui tal esineb mõni ministri määruse II lisas nimetatud vastunäidustus. Määrus näeb ette, et sanitaarasutused võivad vereloovutuse vastunäidustuste loetelu muuta, sinna uusi elemente lisada või sealt näidustusi kustutada, arvestades epidemioloogilisi eriolukordi ja verevalvsuse andmeid.

8 — ELT L 91, lk 25.

9 — Direktiivi 2002/98 artikkel 29.

10 — See tähendab annetusi, mis on mõeldud teisele isikule, mitte doonorile endale, – käesolevas kohtuasjas käsitlen vaid seda juhtumit (vt direktiivi 2004/33, I lisa punkt 2).

11 — *Journal officiel de la République Française*, *JORF*, 18.1.2009, lk 1067.

12 — Küsimustikuga saab tutvuda aadressil: http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr%E9-don_pour_la_m%E9tropole.pdf.

10. Ministri määruse II lisas on ära toodud vastunäidustuste tabel. Konkreetsemalt on tabelis B loetletud vastunäidustused, kui esineb oht retsipiendile. Tabeli B see osa, mis puudutab viirusnakkuse edasikandumisega seotud ohtusid, on järgmine:

Viirusnakkuse edasikandumine	Verd loovutada sooviva isiku kokkupuude ohuga saada seksuaalsel teel edasikanduv nakkus	Seksuaalvahekord või – korrad juhusliku partneriga ilma kaitsevahendeid kasutamata	VN:* neli kuud viimasest kaitsevahenditeta seksuaalvahekorrast
		Seksuaalpartnerite paljusus: rohkem kui üks partner viimase nelja kuu jooksul	VN – neli kuud seksuaalpartnerite paljususe lõppemisest
		Mehed, kel on olnud seksuaalvahekord teise mehega	VN – alatine
		Seksuaalvahekord ilma kaitsevahendeid kasutamata – uue partneriga vähem kui 2 viimase kuu jooksul	VN – neli kuud viimasest kaitsevahenditeta seksuaalvahekorrast
		Partner, kellel on viimase nelja kuu jooksul olnud seksuaalvahekord rohkem kui ühe isikuga	VN – neli kuud
		Partner, kes on süstinud drooge või uimastavaid aineid – ilma teadaoleva HIV** ja hepatiit B-positiivsete näitajateta	VN – neli kuud viimasest seksuaalvahekorrast
		Partner, kellel on positiivne verenäitaja kas HIV, HTLV, hepatiit C või hepatiit B (HBsAG +) osas	VN – neli kuud viimasest seksuaalvahekorrast [...]
		Partner, kellel on hiljuti esinenud STLI või kellel ravi kestab	VN – neli kuud partneri tervenemisest

II. **Põhikohtuasi ja eelotsuse küsimus**

11. Établissement français du sang' (Prantsusmaa Verekeskus, edaspidi „EFS") arst keeldus 29. aprillil 2009 lubamast Geoffroy Léger'il verd loovutada põhjusel, et viimati nimetatu kinnitas end olevat homoseksuaal.

* VN = vastunäidustused.

** HIV: inimese immuunpuudulikkuse viirus.

12. EFS arst tugines keeldumisotsuses ministri määrusele, mis käsitleb vereloovutuse alatise vastunäidustusena asjaolu, et doonoriks olla soovija on olnud seksuaalvahekorras teise mehega.

13. G. Léger esitas eelotsusetaotluse esitanud kohtule kaebuse nõudega selle otsuse tühistamiseks. Ta väidab eeskätt seda, et ministri määrus rikub eespool nimetatud alatise vastunäidustuse kehtestamisega direktiivi 2004/33, konkreetsemalt selle II lisa punkti B[13] ning III lisa punkti 2.1. Ministri määrusega on rikutud ka 4. novembril 1950 Roomas allakirjutatud Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooni (edaspidi „EIÕK") artikleid 3, 8 ja 14 ning võrdsuse põhimõtet.

14. Kuna Tribunal administratif de Strasbourg'il tekkis liidu õiguse tõlgendamisel raskusi, otsustas ta menetluse peatada ning esitada 8. oktoobril 2013 Euroopa Kohtu kantseleisse saabunud eelotsusetaotluses ELTL artikli 267 alusel järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas direktiivi [2004/33] III lisa arvestades kujutab asjaolu, et mees on olnud seksuaalvahekorras teise mehega, iseenesest seksuaalkäitumist, mis seab isiku kõrgendatud ohtu nakatuda tõsistesse nakkushaigustesse, mis võivad verega edasi kanduda, ning õigustab sellise seksuaalkäitumisega isikute puhul alalise loovutuskeelu ette nägemist, või kujutab see […] endast vastavalt iga üksiku juhtumi konkreetsetele asjaoludele lihtsalt seksuaalkäitumist, mis seab isiku kõrgendatud ohtu nakatuda tõsistesse nakkushaigustesse, mis võivad verega edasi kanduda, ning õigustab ajutise loovutuskeelu ette nägemist teatavaks ajavahemikuks pärast riskikäitumise lõpetamist[?]"

III. **Menetlus Euroopa Kohtus**

15. Euroopa Kohtule esitasid kirjalikud seisukohad üksnes Prantsuse valitsus ja Euroopa Komisjon.

IV. **Õiguslik analüüs**

A. *Prantsuse valitsuse seisukoha kokkulepe*

16. Prantsuse valitsus leiab, et direktiiviga 2004/33 ei ole vastuolus see, kui liikmesriik asub seisukohale, et meeste puhul kujutab teise mehega seksuaalvahekorras olemine (HSH)[14] endast seksuaalkäitumist, mis seab isiku kõrgendatud ohtu nakatuda tõsistesse nakkushaigustesse, mis võivad verega edasi kanduda, mis õigustab alatist loovutuskeeldu.

17. Esiteks on seksuaalkäitumine, mis seisneb meeste puhul selles, et neil on seksuaalsuhted teise mehega, juba iseenesest laadilt selline, et õigustada alatist loovutuskeeldu. Direktiiv 2002/98, mis käsitleb laiemalt ühise tervishoiupoliitika rakendamist ja kehtestab kõrged kvaliteedi- ja ohutusnõuded – eesmärgid, mis on direktiivis läbiva tähendusega –, nähes ette vereohutusalase kooskõlastatud lähenemise, mille lähtekohaks on rida erinevaid vereülekande teel nakatumise juhtumeid. Direktiiv 2002/98 võeti vastu EÜ artikli 52 lõike 4 punkti a alusel. Peamise eesmärgina lisaks vajadusele kaitsta retsipienti rõhutab direktiiv asjaolu, et vereloovutused peavad pärinema isikutelt, kelle tervislik seisund on selline, et vereloovutusel ei ole kahjulikke tagajärgi ning et nakkushaiguste ülekandumise oht on viidud miinimumini[15]. Täpsemalt, doonorite valik on üks kolmest sellise ohu vähendamise vahendist[16].

13 — Direktiivi 2004/33 II lisa B-osa käsitleb teavet, mille doonorid peavad esitama vereteenistusasutusele iga vereannetuse korral.

14 — Akronüüm HSH on prantsuskeelne vaste ingliskeelsest väljendist „men having sex with men" (MSM), mille epidemioloogid võeti 1990. aastatel kasutusele, tähistamaks mehi, kellel on seksuaalsuhted teise mehega ja seda sõltumatult võimalikest seksuaalsuhetest naistega ja bi- või homoseksuaalsest identiteedist isiklikus või sotsiaalses plaanis (allikas: „Guide de terminologie de l'ONUSIDA", ümbertöötatud trükk, oktoober 2011, lk 19).

15 — Direktiivi 2002/98 põhjendus 24.

16 — Lisaks sellele iga vereloovutuse kontrollimine ja viirusvastane ravi.

18. Kuigi direktiiv 2004/33 näeb ette, et isikute suhtes, kelle seksuaalkäitumine seab nad kõrgendatud ohtu nakatuda tõsistesse nakkushaigustesse, mis võivad verega edasi kanduda, peab kehtima alatine loovutuskeeld, ei ole seda mõistet direktiivis siiski määratletud. Pealegi on sedasama ohtu mõeldud ka direktiivi III lisa punktis 2.2.2., mis näeb ette ajutise loovutuskeeldu kriteeriumid. Lisaks on erinevusi ka teistes keeleversioonides. Niisugusel juhul tuleb Euroopa Kohtu väljakujunenud kohtupraktikast tulenevalt tugineda direktiivi ülesehitusele ja eesmärgile, milleks Prantsuse valitsuse sõnul on ohtude minimeerimine ja kõrgete ohutus- ja kvaliteedinõuete kehtestamine. Seda arvestades õigustab mööduv oht ajutist loovutuskeeldu, samas kui kõrgem oht, mis võib olla rangema meetme põhjenduseks, õigustab alatist keeldu. Kuna liidu tegevus selles valdkonnas on täiendava funktsiooniga liikmesriikide tegevusele ja liikmesriikide vastutust arvestav[17], on ohule hinnangu andmine liikmesriikide pädevuses ja seda riigi epidemioloogilist olukorda arvestades.

19. Selles punktis mainib Prantsuse valitsus statistilist teavet, et HSH elanikkonnarühma puhul on HIV-viirusekandjate protsent[18] 65 korda suurem kui ülejäänud elanikkonna puhul. Mis puudutab HIV-viirusesse nakatumise avastamisjuhtumeid aastal 2008[19], siis 6940-st uuest avastatud nakatumisjuhtumist 3320 puhul on tegemist HSH kategooria esindajaga. Seega, kui arvestada peiteperioodi, mille jooksul ei ole HIV-1 ja HIV-2 viirust võimalik analüüside kaudu tuvastada – vastavalt 12 ja 22 päeva –, on olukord veredoonorluse puhul iseäranis problemaatiline. Pealegi on Euroopa Nõukogu 27. märtsi 2013. aasta resolutsioonis[20] kinnitanud, et HSH elanikkonnarühmas esineb kõrgendatud oht kokkupuutumiseks tõsiste viirusnakkustega, mis võivad verega edasi kanduda, seega kõrgendatud oht nendesse nakatumiseks.

20. Teiseks väidab Prantsuse valitsus, et seda infot arvestades ei ole võimalik piirduda ainuüksi ajutise loovutuskeeluga. Niisiis on Euroopa Nõukogu toetanud mõtet, et ajutist vastunäidustust saab kohaldada üksnes juhul, kui on tõendatud, et mainitud käitumise puhul ei esine kõrgendatud ohtu. Euroopa Nõukogu, olles uurinud HSH elanikkonnarühmalt võetud loovutuste ohutust vereülekannete jaoks, on järeldanud, et HIV-viiruse edasikandumise oht on kasvanud[21]. Prantsuse valitsus leiab, et HSH „käitumine" hõlmab kõrgendatud ohtu, mis ei ole ajutine, nagu kinnitavad eespool mainitud statistilised andmed. Ta lisab, et HIV-viirusega nakatumise jääkrisk – see tähendab nakatunud vereloovutuste suhe vereloovutuste koguarvu – on üks potentsiaalselt nakatunud vereloovutus 2 900 000 kohta ning et pooled HIV-viirusega nakatunud vereloovutused pärinevad HSH elanikkonnarühmalt, kus vaatamata alatisele vastunäidustusele esineb kasvav tendents vere loovutamiseks. Prantsuse valitsus on seisukohal, et üleminekuga alatiselt loovutuskeelult ajutisele antaks valesignaal HSH elanikkonnarühmale, kes praegu on vereülekannete toimumise kanalitest vaatamata kõigele pigem kõrvale jäänud, ning tekitataks oht, et vere loovutamisest saab ühtaegu täiendav vahend HIV-viiruse sõeluuringuteks, ning vähendataks HIV-ennetust puudutava avaliku diskursuse mahtu.

17 — Prantsuse valitsus viitab siinjuures ELTL artikli 168 lõikele 7.

18 — Mõeldud on üldist levikut, mis traditsiooniliselt tähendab HIV-viirusekandjate protsenti teatud ajahetkel teatud kindlas popolatsioonis (allikas: „Guide de terminologie de l'ONUSIDA", lk 23).

19 — Mõeldud on seda, kui suur hulk uusi HIV-viirusega nakatanuid esineb teatud ajavahemiku vältel teatud populatsioonis (allikas: „Guide de terminologie de l'ONUSIDA", lk 16).

20 — Resolutsioon CM/Res(2013)3, mille Euroopa Nõukogu ministrite nõukogu võttis vastu 27. märtsil 2013 ja mis käsitleb veredoonorite seksuaalkäitumist, mis võib mõjutada vereülekande ohutust.

21 — Prantsuse valitsus tugineb siinkohal eespool viidatud resolutsioonile CM/Res(2013)3.

21. Prantsuse valitsus väidab veel seda, et kui tunnistada HSH rühma alatine loovutuskeeld direktiiviga 2004/33 vastuolus olevaks, võtaks see kogu kasuliku mõju selle direktiivi III lisa punktilt 2.1. Kui ka esineb muid kõrge nakatumisohuga seksuaalkäitumise liike[22], on nende kõigi puhul verega edasi kanduvatesse tõsistesse nakkushaigustesse nakatumise oht väiksem kui HSH elanikkonnarühma puhul, nagu tõendab eespool toodud statistika. Nii et kui selline oht ei vasta III lisa punktis 2.1 viidatud juhtumile, tekib Prantsuse valitsusel küsimus, mis võiks üldse sellele vastata. Prantsuse valitsus järeldab, et HSH elanikkonnarühma suhtes saab kehtida vaid alatine loovutuskeeld.

22. Kolmandaks, isegi kui direktiivi 2004/33 III lisa punkti 2.1 tuleks tõlgendada nii, et HSH elanikkonnarühma suhtes peab kehtima ajutine loovutuskeeld, võib liikmesriik alati kohaldada rangemaid kaitsemeetmeid ja asuda seisukohale, et sellise tasemega nakatumisoht õigustab alatise loovutuskeelu kohaldamist. Prantsuse valitsus viitab ELTL artikli 6 punktile a ja artikli 168 lõike 4 punktile a. Viimati nimetatu näeb ette, et liikmesriikidel on õigus selliseid meetmed säilitada või kehtestada, mis on ära toodud mitte üksnes direktiivi 2002/98 põhjenduses 22, vaid ka artikli 4 lõikes 2, kus on öeldud, et direktiiv ei takista liikmesriike säilitamast või kehtestamast rangemaid kaitsemeetmeid, kui need on kooskõlas asutamislepinguga. Kuna inimeste elu ja tervise kaitsmine on väljakujunenud kohtupraktikast tulenevalt liidu poolt kaitstavate hüvede ja huvide hulgas esimesel kohal ning liikmesriikidel on vabadus valida kaitstuse tase ja selle saavutamise viis, siis ei saa miski takistada liikmesriiki asumast seisukohale, et HSH elanikkonnarühma suhtes peab kehtima alatine vereloovutuse keeld selle kõrgendatud ohu tõttu, mida see elanikkonna rühm doonoritele kujutab, mille kinnituseks on Prantsuse valitsuse esitatud epidemioloogilised andmed. Niisiis, selline rangem kaitsemeede nagu seda on alaline loovutuskeeld, on taotletava õiguspärase eesmärgi suhtes proportsionaalne.

B. *Hinnang*

23. Esiteks tuleb kindlaks teha, kas asjaolu, et mehel on olnud seksuaalvahekord teise mehega, kujutab endast „seksuaalkäitumist", mis seab nad kõrgendatud ohtu nakatuga tõsistesse nakkushaigustesse direktiivi 2004/33 III lisa punkti 2.1 tähenduses.

24. Kui see ei peaks nii olema, tuleb järgmisena uurida, kas liikmesriik võib rahvatervise valdkonnas tavapäraselt kasutatava kaalutlusõiguse teostamisel võtta rangemaid kaitsemeetmeid, st meetmeid, millega on ette nähtud HSH elanikkonnarühma alatine vereloovutuskeeld.

1. Direktiivi 2004/33 III lisa punkti 2.1 tõlgendus

a) Direktiivi 2004/33 III lisa punkti 2.1 kohaldatakse vaid juhtudel, kui esineb oht nakatuda tõsistesse nakkushaigustesse, mis võivad verega edasi kanduda

25. Selle, kuidas tuleks direktiivi 2004/33 III lisa punkti 2.1 tõlgendada, muudab väga vaieldavaks asjaolu, et – nagu Prantsuse valitsus rõhutab – üks selle lisa punktis 2.2.2. nimetatud ajutise loovutuskeelu aluseid on sõnastatud samamoodi, kuna mainib „[i]sikuid, kelle [seksuaal]käitumine või [kutse]tegevus *seab nad ohtu* saada verega levida võivat [tõsist] nakkushaigust"[23]. Ilmselgelt ei ole seadusandja soovinud kehtestada seda, et ühesuguses sõnastuses määratletud käitumise suhtes saaks kehtida ühtaegu alatine ja ajutine loovutuskeeld. Nii Prantsuse valitsus kui Euroopa Komisjon viitvad siinkohal erinevustele direktiivi 2004/33 III lisa erinevate keeleversioonide vahel.

22 — Nagu seksuaalvahekord juhusliku partneriga või uue partneriga lühema aja kui viimase kahe kuu jooksul ja ilma kaitsevahendeid kasutamata, seksuaalsuhted rohkem kui ühe partneriga viimase nelja kuu jooksul või seksuaalvahekord partneriga, kellel endal on olnud viimase nelja kuu jooksul rohkem kui üks partner.

23 — Kohtujuristi kursiiv.

26. Nendest erinevatest keeleversioonidest nähtub, et ajutine loovutuskeeld kehtib üksnes n-ö tavalise ohu esinemisel, võrreldes kõrgendatud ohuga, mille korral kehtib alatine keeld [24], või et III lisa mainib mõlemal juhul kõrgendatud ohtu [25]; või ühtlasi, nagu prantsuskeelses versioonis, on lisas mõlemal juhul viidatud mõistele „oht", ilma rohkemate täpsustusteta [26]. Vajadus tõlgendada liidu õigust ühetaoliselt välistab selle, et mõne sätte sõnastust vaadeldaks kahtluste esinemisel eraldiseisvana, vaid, vastupidi, nõuab, et selle tõlgendamisel tuleb arvestada ka teisi liidu ametlike keelte versioone – kuid nagu nägime, ei ole selline võrdlemine toonud rohkemat selgust – ning selle õigusakti ülesehitust ja eesmärke, mille osaks see säte on [27]. Teisiti öelduna, ainuüksi see asjaolu, et direktiivi 2004/33 III lisa punkti 2.1 prantsuskeelses tekstis on nimetatud üksnes isikuid, kelle seksuaalkäitumine seab nad „tavatasemel" ohtu nakatuda tõsistesse nakkushaigustesse, ei ole iseenesest piisav faktor järeldamaks, et liikmesriigi õiguses kehtiv alatine loovutuskeeld on direktiiviga kooskõlas.

27. Direktiiv 2004/33, mis täpsustab direktiivi 2002/98 tehnilisi nõudeid, järgib sellega sama eesmärki. Nagu Prantsuse valitsus on märkinud, on seadusandja seadnud direktiivi 2002/98 prioriteediks vereülekandeketi kvaliteedi ja ohutuse tõstmise.

28. Kõnesolev direktiiv võeti vastu olukorras, kus liikmesriigid olid kogenud puudujääke vereülekandeketi üle toimuva järelevalve ja ohutuse tagamise korralduses. Selle tulemusena jõudis küsimus riigiüleste ametivõimudeni nii Euroopa Nõukogu [28] kui liidu tasandil. Esimeseks selle valdkonna siduvaks õigusaktiks kujunes direktiiv 2002/98, mille õiguslik alus on EÜ artikli 152 lõike 4 punkt a ning mis nägi ette kohustuse võtta „meetmed, millega kehtestatakse [...] verele [...] kõrged kvaliteedi- ja ohutusnõuded" [29]. Kvaliteedi ja ohutuse tagamist mainitakse kõikjal [30]. Eesmärk on vältida haiguste edasikandumist [31], tagades et vereloovutused oleksid saadud isikutelt, kelle tervislik seisund ei tekita vereannetusest tulenevaid kahjulikke mõjusid ning kelle puhul nakkushaiguste edasikandumise oht on minimaalne [32], mille eesmärk on elanikkonna usalduse tugevdamine [33]. Samad probleemiasetused nähtuvad ka direktiivi 2004/33 tekstist [34], mille sõnaselge eesmärk on tagada inimeste tervisekaitse kõrge tase [35].

29. Seega on ilmselge, et direktiivi 2004/33 lisade tõlgendamisel tuleb arvestada mainitud eesmärki. Samuti olen seisukohal, et direktiivi 2004/33 III lisa punkti 2.1 tuleb tõlgendada – nagu Prantsuse valitsus oma kirjalikes seisukohtades märgib – nii, et nende isikute suhtes, kelle seksuaalkäitumine seab nad *kõrgendatud* ohtu nakatuda tõsistesse nakkushaigustesse, mis võivad verega edasi kanduda, kehtib alaline vereloovutuse keeld. Niisugune tõlgendus ei näi olevat sobiv mitte üksnes selleks, et liidu seadusandja ette nähtud eristus ühelt poolt ajutise loovutuskeelu põhjuste ja teiselt poolt alatise loovutuskeelu põhjuste vahel säilitaks asjakohasuse, vaid see seostub ka mõttega – mida direktiiv samuti kajastab – viia igasugune nakatumisoht miinimumini. Niisiis toob kõrgendatud oht kaasa alatise loovutuskeelu, samas kui väiksema ja piiratuma ohu korral on loovutuskeeld ajutine.

24 — Vt näiteks itaalia-, kreeka-, inglis- ja portugalikeelne tekst.

25 — Vt näiteks hispaania- ja saksakeelne tekst.

26 — Samamoodi on ebaselge ka direktiivi 2004/33 III lisa punkti 2.2.2 sõnastus. Kui prantsuskeelne versioon räägib seksuaalkäitumisest või kutsetegevusest, siis hispaania- ja itaaliakeelsetes versioonides on piirdutud seksuaalkäitumise või –tegevusega, samas kui portugalikeelne tekst räägib üksnes käitumisest ja tegevusest, täpsustamata nende laadi – kui piirduda siinkohal üksnes nende direktiivi 2004/33 keeleversioonidega.

27 — Vt arvuka kohtupraktika hulgast kohtuotsused Haasová (C-22/12, EU:C:2013:692, punkt 48 ja seal viidatud kohtupraktika) ja Drozdovs (C-277/12, EU:C:2013:685, punkt 39 ja seal viidatud kohtupraktika).

28 — Viitan näiteks Euroopa Nõukogu ministrite komitee 12. oktoobri 1995. aasta soovitusele nr R(95)14 doonorite ja retsipientide tervise kaitse kohta seoses vereülekandega.

29 — Vt direktiivi 2002/98 põhjendus 3. Institutsioonide rakendatavate mittesiduvate meetmete kohta vt direktiivi põhjendused 6-9.

30 — Vt direktiivi 2002/98 põhjendused 1, 3 ja 5 ning artikkel 1.

31 — Direktiivi 2002/98 põhjendused 1 ja 2.

32 — Direktiivi 2002/98 põhjendus 24.

33 — Direktiivi 2002/98 põhjendused 3 ja 6.

34 — Vt eeskätt direktiivi 2004/33 põhjendused 2 ja 4 ning artiklid 4 ja 6.

35 — Direktiivi 2004/33 põhjendus 1.

b) Kas meeste puhul on asjaolu, et neil on olnud[36] või on jätkuvalt seksuaalsuhe teise mehega, „seksuaalkäitumine" direktiivi 2004/33 III lisa punkti 2.1 mõttes?

30. Kui eeltoodut arvestades näib, et piir ajutise ja alatise loovutuskeelu vahel on saanud selgemaks, tuleb veel määratleda see, mis võib olla „seksuaalkäitumine", millega kaasneb kõrgendatud nakatumisoht.

31. Selles küsimuses ei sisalda Euroopa Kohtule esitatud materjalid teavet direktiivi 2004/33 ettevalmistavate tööde kohta, kust võiks nähtuda, mida on seadusandja mõelnud „seksuaalkäitumise" all, ning direktiivis ei ole ära toodud selle mõiste määratlust. Selgust ei ole toonud ka Euroopa Nõukogu dokumendid, kuna ministrite komitee on piirdunud seksuaalse riskikäitumise määratlemisega: „seksuaalkäitumine, mis seab asjassepuutuvad isikud ohtu või kõrgendatud ohtu nakatuda tõsistesse nakkushaigustesse, mis võivad verega edasi kanduda"[37]. Seega tuleb lähtuda mõiste üldisest tähendusest.

32. Kitsalt grammatilisest vaatepunktist määratleb käitumine viisi, kuidas isik käitub, tema toimimisviisi; mõeldud on isiku kõiki reaktsioone, st reageerimisviisi[38]. Käitumise mõiste hõlmab *a priori* subjektiivset hinnangut ning seksuaalkäitumine on seega määratletav asjassepuutuva isiku seksuaalharjumuste ja –toimingute, teisisõnu nende konkreetsete asjaolude kaudu, mis iseloomustavad kõnesolevat seksuaalsuhet või –suhteid.

33. Seega tekib küsimus: kas HSH rühma alatine loovutuskeeluga on silmas peetud konkreetset seksuaalset sättumust või pigem tegelikku käitumist otseselt võetuna?

34. Ministri määruses kohaselt on välistamise kriteeriumiks meeste puhul asjaolu, et neil on olnud või on jätkuvalt suhe, mis väljendub seksuaalvahekorras teise mehega, ilma et tähtsust omaksid suhte või suhete asjaolud, sagedus või konkreetne tegevus. Mõistagi ei ole see kriteerium sõnaselgelt ja otseselt seksuaalse sättumuse alusel sõnastatud, kuna HSH isikutekategooria ei ole ametlikult määratletud seksuaalsest orientatsioonist sõltuvalt[39]. Sellegipoolest seostub see vaieldamatult eeldusega, et HSH suhtega kaasneb vältimatult ja süstemaatiliselt kõrgendatud nakatumisoht. Ning praktikas tähendab see seda, et põhiosas, kui mitte eranditult[40], kehtib kogu meessoost homo- ja biseksuaalide elanikkonnarühmale seetõttu alatine vereloovutuse keeld sel ainsal põhjusel, et neil meestel on olnud või on jätkuvalt seksuaalsuhe teise mehega.

35. Minu arvates on viidatud siseriiklik kriteerium sõnastatud ühtaegu liiga laialt ja liiga üldiselt, samas kui liidu seadusandja kasutatud mõiste „seksuaalkäitumine" eeldab, et määratleda tuleb selline spetsiifiline käitumine või hoiak, mis seab kandidaadi kõrgendatud nakatumisohtu. Pealegi on komisjon juba varem rõhutanud, et direktiivis 2004/33 kasutatud mõistet „seksuaalkäitumine" ei tuleks mõista „seksuaalse orientatsiooni" sünonüümina[41].

36. See, et direktiivi 2004/33 III lisa punkt 2.1 nõuab, et nende isikute suhtes, kelle puhul on tuvastatud selline konkreetne ja konkreetsete asjaoludega iseloomustatav käitumine, mis on seadnud või seab nad kõrgendatud ohtu, peab kehtima alatine vere loovutamise keeld, ning asjaolu, et tegemist ei ole nii üldise loovutuskeeluga nagu see, mis on ette nähtud ministri määrusega, ei võta – vastupidi Prantsuse

36 — Küsimustiku sõnastus.

37 — Vt eespool viidatud resolutsiooni CM/Res(2013)3 lisa I.

38 — Mõiste määratlus, mis on toodud *Le petit larousse illustré*'s, 2011. aasta väljaanne, Larousse, Paris.

39 — Vt akronüümi HSH määratlust käesoleva ettepaneku joonealuses märkuses 15, ning eespool viidatud resolutsiooni CN/Res(2013)3 põhjenduses 3.

40 — Komisjoni poolt kirjalikes seisukohtades esitatud hüpotees, et üks osa meessoost homo- ja biseksuaalide elanikkonnarühmast hoidub seksuaalsuhetest täielikult ja seega on nende doonoriksolek lubatav, näib mulle piisavalt marginaalne selleks, et seda käesolevas arutluskäigus arvestada.

41 — Vt komisjoni 17. augusti 2011. aasta vastus parlamendi küsimusele, millele oli lisatud kirjaliku vastuse nõue, 1. juulist 2011 (E-006484/2011).

valitsuse väidetele – direktiivi 2004/33 III lisa punktilt 2.1 selle kasulikku mõju. Tõsi, sellegipoolest kohustab see täpsustama alatise loovutuskeelu kriteeriumeid. Võibki juba mõelda seksuaalteenuste osutajatele[42], kelle puhul, ma leian, on kõnesoleva lisa punktis 2.1 ette nähtud alatise loovutuskeelu tingimused täidetud.

37. Eeltoodust järeldub, et direktiivi 2004/33 III lisa punkti 2.1tuleb tõlgendada nii, et meeste puhul ainuüksi see asjaolu, et neil on olnud või on jätkuvalt seksuaalsuhted teise mehega, ei saa eraldivõetuna olla käsitatav seksuaalkäitumisena, mis seab kõrgendatud ohtu nakatuda tõsistesse nakkushaigustesse, mis võivad verega edasi kanduda.

2. Direktiiviga 2004/33 liikmesriikidele jäetud kaalutlusruum ja neile antud võimalus säilitada või kehtestada rangemaid kaitsemeetmeid

a) Asutamislepingu sätete kui riigi pädevuse teostamise piiride järgimine

38. Nagu ma juba rõhutasin, on direktiivi 2002/98, mille tehnilised nõuded kehtestab direktiiv 2004/33, vastuvõtmise õiguslik alus EÜ artikli 152 lõike 4 punkt a, mis nägi ette tingimused, mille korral võis nõukogu aidata kaasa teatavate eesmärkide saavutamisele, konkreetsemalt võtta „meetmeid, millega kehtestatakse [...] verele ja veresaadustele kõrged kvaliteedi- ja ohutusnõuded [...]”. Selle artikli punkt a täpsustab, et „need meetmed ei takista ühtki liikmesriiki säilitamast või kehtestamast karmimaid kaitsemeetmeid”[43]. EÜ artikli 152 lõige 5 kinnitas, et ühenduse meetmed rahvatervise valdkonnas võtavad täiel määral arvesse liikmesriikide vastutust, eeskätt „[l]õike 4 punktis a osutatud meetmed ei mõjuta [....] ja vere annetamist [...] käsitlevaid siseriiklikke sätteid”[44].

39. Kuigi eeltoodu põhjal tuleb järeldada, et ühenduse eilsed ja liidu tänased meetmed saavad esineda üksnes täiendava, julgustava või koordineeriva, kuid kindlasti mitte ühtlustamisfunktsiooniga meetme kujul, ei ole Euroopa Kohus neid sätteid kunagi tõlgendanud nii, et liidu õigusega kokkusobimise kontroll siseriiklike meetmete kohta ei kehtiks.

40. Euroopa Kohus on sotsiaalpoliitika valdkonnas väljendanud seisukohta, et „on muidugi selge, et liidu õigus ei kahanda liikmesriikide pädevust oma sotsiaalkindlustussüsteemide korraldamisel ning et liidu tasandil ühtlustamise puudumisel määratakse sotsiaalkindlustushüvitiste andmise tingimused kindlaks iga liikmesriigi õigusaktidega. [...] Samuti tuleb märkida, et EÜ artikli 152 lõike 5 kohaselt võtavad liidu tervishoiumeetmed täiel määral arvesse liikmesriikide vastutust tervishoiuteenuste ja arstiabi korraldamisel ning kättesaadavaks muutmisel. [...] Selle pädevuse teostamisel peavad liikmesriigid siiski järgima liidu õigust, eelkõige teenuste osutamise vabadust käsitlevaid sätteid. [...] Seega otsustas Euroopa Kohus, et EÜ artikli 152 lõige 5 ei välista võimalust, et liikmesriikidelt võidakse muude asutamislepingu sätete [...] alusel nõuda oma sotsiaalkindlustussüsteemide mõningast kohandamist, *ilma et seda saaks pidada nende suveräänse pädevuse piiramiseks sel alal*”[45].

41. Mutatis mutandis, Euroopa Kohus peaks ühtlasi võtma seisukoha, et see, kui EÜ artikli 152 lõikes 5 osutatud liikmesriikide muude pädevuste teostamisel tuleb järgida asutamislepingu sätteid, ei piira nende suveräänset pädevust sel alal. Seda järeldust ei kummuta ka viidatud artiklis toodud täpsustus veredoonorluse kohta.

42 — Sellele juhtumile viitas Euroopa Liidu Nõukogu 29. juuni 1998. aasta soovituses, mis käsitleb vere- ja vereplasmadoonorite sobivust ja vereloovutuste analüüsi Euroopa Ühenduses (EÜT L 203, lk 14; vt täpsemalt selle soovituse II lisa punkti C alapunkt 1) ning eespool viidatud Euroopa Nõukogu ministrite komitee resolutsiooni CM/Res(2013)3 põhjenduses 3.

43 — Praegu ELTL artikli 168 lõike 4 punkt a.

44 — Sama ideed kannab praegu ELTL artikli 168 lõige 7.

45 — Kohtuotsus komisjon *vs.* Portugal (C-255/09, EU:C:2011:695, punktid 47–49 ja seal viidatud kohtupraktika). Kohtujuristi kursiiv. Euroopa Kohus on selles kohtuasjas kasutanud kohtujuristi mõttekäiku, kus on öeldud, et „Portugali Vabariik [ei saanud] tulemuslikult tugineda ka oma riigi territooriumil tervishoiusüsteemi ja arstiabi korraldamise alasele enda pädevusele, et vabaneda kohustustest, mis tulenevad liidu esmasest õigusest [...]” (vt kohtujuristi arvamus: Trstenjak (EU:C:2011:246), punkt 64).

42. Arvestades et kõnesoleva siseriikliku õigusakti eesmärk on tagada doonorluse vabatahtlikkus ja tasuta toimumine, ning sellega ette nähtud kaitsemeetmed on rangemad, võrreldes direktiivi 2002/98 [46] ettekirjutustega, ei ole Euroopa Kohus kaldunud kõrvale nende kontrollimisest põhjendusega, et siseriiklikud õigusnormid kuuluvad EÜ artikli 152 lõike 5 kohaldamisalasse. Vastupidi, ta on kontrollinud nende kokkusobimist muude sätetega asutamislepingus, antud juhul kaupade vaba liikumist käsitlevate normidega. Veelgi enam, Euroopa Kohus on järeldanud, et EÜ artiklit 28 koosmõjus EÜ artikliga 30 tuleb tõlgendada nii, et sellega on vastuolus siseriiklik õigusnorm, mis näeb ette, et teisest liikmesriigist pärineva vere või verekomponentide import on lubatav vaid tingimusel – mida kohaldatakse ka kodumaistele toodetele –, et doonoriveri, mis on nende toodete aluseks, on loovutatud ilma doonorile selle eest tasu maksmata ning isegi ilma nende kulude hüvitamiseta, mis doonoril on seoses vere loovutamisega tekkinud [47].

43. Märgin veel, et asjaolu, et asutamislepingu järgimine kujutab endast loomulikku piirangut riigi pädevuse teostamisele, kinnitab direktiivi 2002/98 artikli 4 lõike 2 esimene lõik, mis sätestab, et „[k]äesolev direktiiv ei takista liikmesriike säilitamast või kehtestamast oma territooriumil rangemaid kaitsemeetmeid, *kui need on kooskõlas asutamislepinguga*" [48] ning seda järeldust ei ole vaidlustanud ei Prantsuse valitsus [49] ega Euroopa Komisjon [50].

b) Ministri määrus sisaldab kaudset diskrimineerimist kahel kombineeritud alusel lähtuvalt soost ja seksuaalsest sättumusest

44. Kuna liikmesriikide vabadus lõpeb seal, kus see läheb vastuollu nõudega järgida liidu esmast õigust, märgin selles osas üksnes seda, et ministri määrusega, mis kehtestab alatise loovutuskeelu meeste suhtes, kel on olnud või on jätkuvalt seksuaalsuhtes teise mehega, on loodud olukord, kus doonorite valik on ilmselgelt kaudselt diskrimineeriv [51], kuna tegemist on kombinatsiooniga erinevast kohtlemisest lähtuvalt isiku soost – kriteerium puudutab üksnes mehi – ja seksuaalsest sättumusest – kõnesolev kriteerium kehtib peaaegu eranditult homo- ja biseksuaalsete meeste suhtes.

45. Kuigi soovituses R(95)14 tuletati meelde, et oluline on kehtestada niisuguse doonorite valiku kord, mille puhul ei esine diskrimineerimist, on eespool viidatud soovituses CM/Res(2013)3 nenditud, et HSH elanikkonnarühma, st ühe elanikkonna kategooria suhtes tervikuna kohaldatakse loovutuskeeldu, kuna kasutusel olevad statistilised andmed ei kajasta endiselt individuaalseid riske. Täpsemalt, statistikas vastandatakse HSH elanikkonnarühma regulaarselt heteroseksuaalsele osale elanikkonnast: nimelt on väljend HSH nii tava- kui teaduslikus tähenduses muutunud „homoseksuaali" või

46 — Niisuguseid rangemaid meetmeid lubab direktiivi 2002/98 artikli 4 lõike 2 teine lõik.

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

48 — Kohtujuristi kursiiv.

49 — Kirjalike seisukohtade punkt 90.

50 — Vt komisjoni 1. aprilli 2009. aasta vastused parlamendi küsimusele nr E-0910/2009 (kus on viidatud proportsionaalsuse põhimõttele) ja 17. augusti 2011. aasta vastused parlamendi küsimusele nr E-006484/2011, kus on eeskätt viidatud Euroopa Liidu põhiõiguste harta (edaspidi „põhiõiguste harta") (ELT C 303, lk 1) artiklile 21.

51 — Minu arvates võib sellises määratluses kahelda. Euroopa Kohus on vähemalt kahel korral järeldanud seksuaalsel sättumusel põhineva otsese diskrimineerimise olemasolu, seda kohtuotsustes Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) ja Hay (C-267/12, EU:C:2013:823). Esimesel juhul oli sisuliselt tegemist siseriiklike õigusnormidega, mis näevad toitjakaotuspensioni maksmise ette üksnes leskedele, mis tähendab, et sellele oli õigus ainult abielus isikul, samas kui samast soost isikutel abiellumise võimalus puudus. Teisel juhul oli küsimus kollektiivlepingus, millega oli ette nähtud õigus puhkusele ja teatavale lisatasule abiellumise korral, ilma et oleks ette nähtud sellele vastavaid õigusi isikutele, kes on sõlminud tsiviilpartnerluse kokkuleppe, mis oli samast soost isikutele ainus partnerlussuhte vormistamise variant. Sellegipoolest puudutas ebasoodsam kohtlemine mõlemal juhul – erinevalt põhikohtuasjas käsitletavast loovuuskeelust – kogu homoseksuaalset elanikkonnarühma, nii mees- kui naissoost isikuid.

„biseksuaali” sünonüümiks[52]. Meessoost homo- ja biseksuaalsete kogukonna suhtes kehtib veredoonoriks olemise keeld ning seda alaliselt: seega seda elanikkonnarühma diskrimineeritakse. Niisiis, liidu eesmärk on võidelda isiku sool ja seksuaalsel sättumusel põhineva diskrimineerimise vastu, mida tõendavad nii varasem EÜ artikkel 13 kui ka ELTL artikkel 19 ja harta[53] artikkel 21.

46. Mõistagi võib vastu väita, et igasugused valikumehhanismid on loomult diskrimineerivad. Sellegipoolest on oluline tagada, et sellised kohtlemiserinevused oleksid õigustatud ja proportsionaalsed.

c) Kas erinev kohtlemine on õigustatud ja proportsionaalne?

47. Euroopa Kohus on korduvalt väljendanud seisukohta, et „inimeste elu ja tervis on EÜ asutamislepinguga kaitstud hüvede ja huvide hulgas esikohal”[54]. Ministri määrus, mis näeb ette HSH elanikkonnarühma suhtes ette täieliku ja alatise veredoonoriks olemise keelu, mis kujutab endast rangemat meedet direktiivi 2002/98 artikli 4 lõike 2 tähenduses, taotleb vaieldamatult õiguspärast eesmärki viia retsipientide nakatumisoht miinimumini ning aidata seeläbi kaasa üldisele eesmärgile, milleks on rahvatervise kaitse kõrge tase – eesmärk, mis nähtub nii ELTL artikli 168 lõikest 1 kui harta artiklist 35.

48. Kuigi põhikohtuasjas käsitletavate õigusnormidega taotletav eesmärk on õiguspärane, tuleb veel kontrollida, kas selle puhul on järgitud proportsionaalsuse põhimõtet, st kas see on taotletava eesmärgi saavutamiseks sobiv ja vajalik, arvestades seda, et juhul kui on võimalik valida paljude sobivate meetmete vahel, tuleb võtta neist kõige vähem piirav ning et meetmega kaasnevad piirangud ei või ülemäärased, võrreldes saavutada soovitavate eesmärkidega[55].

49. Esiteks aitab HSH elanikkonnarühma alatine vereloovutuskeeld reaalselt kaasa taotletava õiguspärase eesmärgi saavutamisele.

50. Teiseks, mis puudutab sellega kaasnevaid piiranguid, siis kaalul olevaid väärtusi arvestades tuleks neid pidada suhteliselt talutavateks, kuna eraelu valdkonda jäävatel põhjustel rakendatava keeluga seonduvat tõrjutust tuleb vaadelda kõrvuti sellest kõrgema tasandi huviga, milleks on retsipientide tervise kaitsmine. Lisaks võib seda näha nii, et see, kui niisugune omakasupüüdmatut suuremeelsust ja solidaarsust väljendav žest, nagu seda on vereloovutus, tagasi lükatakse, võib see kutsuda esile arusaamatuse nende isikute hulgas, kelle suhtes keeld kehtib, kuid sellegipoolest tuleb nentida, et

52 — Lisaks Prantsuse valitsuse esitatud andmetele vt ka „VIH/sida en France: donnéees de surveillance et études” (HIV/AIDS Prantsusmaal: järelevalve- ja uuringute andmed), Bulletin épidémiologique hebdomadaire, 1.12.2012, nr 46-47, lk 523 (allalaaditav aadressilt: www.invs.sante.fr) või Prantsuse rahvatervise järelevalve instituudi (InVS) tabeleid, mis kajastavad avastatud HIV-positiivsete juhtumite arvu, eristatuna nakatumisviisi ja isiku sünnikoha riigi alusel aastetel 2003–2011 (kättesaadav aadressil 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 — ELT 2007, C 303, lk 1. Märgin ühtlasi, et kohtujurist Jääskinen on kohtuasjas Römer (C-147/08, EU:C:2010:425) tehtud ettepanekus ning ühes oma analüüsis, millega ma täielikult nõustun, teinud Euroopa Kohtule ettepaneku käsitada seksuaalse sättumuse alusel diskrimineerimise keeldu õiguse üldpõhimõttena (vt punktid 122 jj). Siiski on Euroopa Kohus tehtud otsuses C-147/08, EU:C:2011:286) suutnud talle esitatud eelotsuse küsimustele vastata ilma selle kohta seisukohta võtmata. Võib-olla on nüüd sobiv hetk seisukoha esitamiseks, arvestades asjaolu, et põhikohtuasjas käsitletav määrus võeti vastu jaanuaris 2009, st enne Lissaboni lepingu jõustumist ning seega enne, kui harta omandas siduva jõu.

54 — Kohtuotsus Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93, punkt 32 ja seal viidatud kohtupraktika). Vt ka kohtuotsus Humanplasma (EU:C:2010:760, punkt 32).

55 — Vt kohtuotsus Müller Fleisch (EU:C:2010:93, punkt 43).

iseenesest ei ole vere loovutamine õigus ning see pole kunagi olnud universaalsena kõigile avatud, kuna doonorite hulgast tehakse valik ja vastavad kandidaadid peavad sobivaks tunnistamise jaoks vastama teatud hulgale tingimustele, ning et igal juhul jääb viimane sõna meditsiiniasutustele, kes ainsana oma otsuste eest vahetult vastutavad [56].

51. Kolmandaks on rahvatervise valdkonnas proportsionaalsuse põhimõttest kinnipidamise kontrollimisel nõutav, et „liikmesriik võib otsustada, millisel tasemel ta kavatseb rahvatervise kaitse tagada ja kuidas selline tase saavutatakse. Kuna see tase võib olla liikmesriigiti erinev, tuleb liikmesriikidele jätta teatav kaalutlusruum.” [57]. Järelikult asjaolu, et üks liikmesriik kehtestab teise liikmesriigi omadest vähem rangemad eeskirjad, ei tähenda seda, et teise liikmesriigi eeskirjad oleksid ebaproportsionaalsed [58].

52. Konkreetsemalt tähendab see seda, et asjaolu, et Hispaania, Itaalia, Slovakkia, Soome ja Ühendkuningriik ei ole kehtestanud HSH elanikkonnarühma suhtes ei süstemaatilist ega alalist veredoonoriks olemise keeldu [59], ei tule võtta arvesse, kui on vaja jõuda selgusele, kas Prantsuse valitsusel oli õigus võtta vastu meede, mis kajastab võrdse kohtlemise põhimõtet vähemal määral, kuid millega saab saavutada sama eesmärgi. Seda toetab fakt, et ohtude tase ei ole kõikides liikmesriikides sama, kuna epidemioloogilised tingimused neis riikides, eeskätt HIV-viirusega nakatumise osas on vägagi erinevad ning on teada, et Prantsusmaal on HSH elanikkonnarühma hulgas HIV-viirusega nakatanute protsent iseäranis kõrge [60].

53. Siiski, et jõuda selgusele, ega ministri määrusega kehtestatud alatine loovutuskeeld ei lähe kaugemale sellest, mis on vajalik, peab eelotsusetaotluse esitanud kohus kontrollima teatud hulka elemente, mille kontrollimise võimalus Euroopa Kohtul talle kohtuasja kohta esitatud materjalide mahtu arvestades puudub.

54. Niisiis tuleb esiteks võtta arvesse Prantsusmaa epidemioloogilist olukorda ning kontrollida, kas esitatud statistilised andmed on hiljutised [61], adekvaatsed ja usaldusväärsed.

55. Teiseks tuleks kontrollida teatud hulka meditsiinitehnikaga seotud faktoreid.

56. Prantsuse valitsus on oma argumentides peaaegu täies ulatuses keskendunud HIV-ga nakatumise ohule, mis HSH elanikkonnarühma puhul esineb. Kui ka alatine loovutuskeeld on õigustatud tulenevalt ohust, mille toob retsipiendi jaoks kaasa n-ö vaikiv aken (peiteperiood), märgin, et Prantsuse valitsus on nentinud, et kõige pikem selline periood – mis puudutab HIV-2 viirust – on hinnanguliselt

56 — Vt Euroopa Nõukogu ministrite komitee resolutsiooni CM/res(2008)5, mis käsitleb doonorite vastutust ning vere ja verekomponentide suhtes kohaldatavaid piiranguid, punkt 4.1, mille kohaselt on soovitatav kontrollida, et vereteenistused vastutaksid vere kvaliteedi eest täies ulatuses ning et nad „vastutaksid isiku doonoriks lubamise või sellest keeldumise kohta tehtud lõpliku otsuse eest, mis põhineb ohtude analüüsil, mille aluseks on regulaarselt ajakohastatavad epidemioloogilised andmed ja arvestades retsipientide õigust tervise kaitsele ning kohustust saavutada eesmärk, milleks on vähendada nakkushaiguste ülekandumise ohtu. Need õigused ja kohustused on prioriteetsed võrreldes muude kaalutlustega, sh *isiku sooviga verd loovutada*” (kohtujuristi kursiiv).

57 — Kohtuotsused Humanplasma (EU:C:2010:760, punkt 39) ja Venturini jt (C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, punkt 59 ja seal viidatud kohtupraktika).

58 — Kohtuotsused Müller Fleisch (EU:C:2010:93, punkt 45 ja seal viidatud kohtupraktika) ning Humanplasma (EU:C:2010:760, punkt 40).

59 — Hispaania ja Itaalia on kehtestanud ainult ühe ajutise loovutuskeelu ja seda mitme partneri omamise või partneri vahetamise juhtudel sõltumata sellest, milline on asjassepuutuva suhte laad (lisaks lubavad õigusnormide muudatused, mis toimusid Euroopa Inimõiguste Kohtu menetluse ajal, jätta tal kontrollimata, kas see, kui homoseksuaalidele nähakse ette alatine vereloovutuskeeld, on kooskõlas Roomas 4. novembril 1950 sõlmitud Euroopa inimõiguste ja põhivabaduste kaitse konventsiooniga: vt selle kohta Euroopa Inimõiguste Kohtu 15. oktoobri 2002. aasta otsus Tosto *vs.* Itaalia, kohtuasi nr 49821/99); Slovakkia (nagu nähtub parlamendis 17. veebruaril 2009 esitatud küsimusest nr E-0910/09) ning viimati ka Soome ja Ühendkuningriik on kehtestanud nõude, et mehed, kes on märkinud, et neil on olnud seksuaalsuhted teise mehega, peavad olema seksuaalsuhetest hoidunud viimase 12 kuu jooksul.

60 — Kui aluseks võtta Prantsuse valitsuse esitatud andmed, mis kinnitavad Euroopa Parlamendi ja nõukogu 21. aprilli 2004. aasta määrusega (EÜ) nr 851/2004 (ELT L 142, lk 1; ELT eriväljaanne 15/08, lk 8) loodud Haiguste ennetuse ja tõrje Euroopa keskuse eriaruannet „*Thematic report: men who have sex with men (MSM) – Monitoring implemenation of the Dublin Declaration on Partnership to fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia: 2012 progress*” (vt eelkõige II lisa punktid 4 ja 5).

61 — Kohtuotsus Prantsusmaa *vs.* Komisjon (C-601/11 P, EU:C:2013:465, punkt 136).

22 päeva. Kui ma just ei eksi, siis vere säilitamise maksimaalne aeg on ligikaudu 45 päeva. HSH elanikkonnarühmalt pärineva doonorvere suhtes süstemaatiline karantiini kohaldamine selliseks ajavahemikuks – enne nendest analüüside võtmist – võiks objektiivselt olla lahendus, mis aitaks võimalikult paremini jõuda taotletava eesmärgini.

57. Eelotsustaotluse esitanud kohus peaks niisiis välja selgitama, kas selline karantiin on – kas kõigi või osade verekomponentide jaoks – majanduslikult mõeldav ja teaduslikult teostatav. Kohus peaks eeskätt kontrollima, ega see ei kahjusta vereülekandeketi nõuetekohast toimimist. Selleks võib ta toetuda näiteks Prantsuse rahvaesindaja Olivier Véran' poolt aastal 2013 sotsiaal- ja tervishoiuministrile veresektori kohta esitatud aruandes (edaspidi „Vérani aruanne") tehtud järeldustele, kust nähtub, et „eksperdid on ühisel arvamusel, et vereplasma suhtes süstemaatiliselt karantiini kohaldamine koos viroloogilise sõeluuringuga võimaldab nakkuste ülekandumise ohud neutraliseerida"[62]. Retsipientide tervise kaitse seisukohast näib see lahendus optimaalne: ühelt poolt võimaldab see lahendada probleemid, mis seonduvad HSH elanikkonnarühma esindajatel tekkida võiva diskrimineerituse tundega – selline tunne võib neid mõjutada andma küsimustikus ebasiiraid vastuseid – ja teisest küljest toimida kõigi vereannetustega ühtemoodi, lastes enne viiruse kontrolltesti tegemist mööduda ajavahemikul, mille vältel ei ole viiruse avastamine võimalik, nii et seeläbi ollakse ohu nulltasemele tunduvalt lähemale jõutud. Lisan, et Prantsuse valitsuse seisukohtades, mis on esitatud ajaliselt hiljem kui see aruanne, ei ole sellele viidatud.

58. Lisaks on tõusetunud teatavaid kahtlusi alatise loovutuskeelu ühtse laadi osas. Kui lähtuda ministri määruses ette nähtud alatisest vastunäidustusest, loetuna koostoimes eespool viidatud küsimustikuga[63], toob meeste puhul asjaolu, et neil on senises elus – kasvõi 10 aastat tagasi – olnud vähemalt üks seksuaalvahekord teise mehega, kaasa selle isiku alalise vereloovutuskeelu. Sellest tuleb järeldada, et riskikäitumise tegelik laad ei oma tähtsust, samas kui – arvestades, et kõik vereannetused läbivad HIV-viiruse kontrolltesti – kõige kriitilisemaks perioodiks on tegelikult peiteperiood ning just sellega seondub retsipientide jaoks kõige suurem oht[64]. Niisiis taas, kui põhjenduste põhielement seostub peiteperioodiga, võib järeldada, et sobivam meede on selline ajutine loovutuskeeld, mille kohaldamisel võetakse arvesse viimase seksuaalvahekorra toimumisaega.

59. Sama mõttekäiku kasutades võib küsida, miks ei ole kehtestatud spetsiifilist vastunäidustust naistele, kelle partner kuulub HSH elanikkonnarühma. Isiku puhul, kelle partner on HIV-positiivne, lähtutakse nelja kuu pikkusest ajutisest vastunäidustusest. Ühest küljest võib eeldada, et selline paar pöörab nakatumisohu vältimisele kõrgendatud tähelepanu, kuid teisest küljest võib asuda ka seisukohale, et niisugusel juhul on nakatumise oht reaalne, samas kui HSH elanikkonnarühma puhul – uurimata kõiki mõeldavaid tegevusi eraldi – on selle esinemine vähem kindel. Samuti tuleks kõrvuti vaadelda hüpoteetilisi juhtumeid, kus ühe puhul on tegemist mehega, kel on üks kord senise elu jooksul olnud või on aeg-ajalt homoseksuaalseid vahekordi, kus kasutatakse kaitsevahendeid – ja kelle suhtes kehtib alatine loovutuskeeld –, ning teise puhul heteroseksuaalset isikut, kel on regulaarsed seksuaalsuhted ilma kaitsevahendeid kasutamata, kuid kelle suhtes sellele vaatamata saab kehtida üksnes ajutine vastunäidustus: kas niisugusel juhul võib ainuüksi HSH elanikkonnarühma kuulumine olla õigustuseks alatisele loovutuskeelule?

62 — Vt selle aruande lk 35.

63 — Vt käesoleva ettepaneku punkt 9.

64 — Euroopa Nõukogu ministrite komitee soovituse nr R(95)14 artiklis 20 on märgitud, et „[l]oovutuskeeldu (vastavalt asjaoludele kas ajutine või alaline) peaks kohaldatama nende isikute suhtes, kes kuuluvad kategooriatesse, kelle puhul tulenevalt nende haigusloost või *käesoleva aja* tegevusest või käitumisest on võimalik oht, et nad kannavad edasi nakkushaigusi" (kohtujuristi kursiiv).

60. Kui tulla tagasi statistika juurde, siis märgin, et aastal 2011 avastati viirus 2400-l HSH elanikkonnarühma kuuluval isikul. Samal aastal nakatus 3500 isikut heteroseksuaalse seksuaalvahekorra teel, ning 2400 nendest isikutest olid sündinud väljaspool Prantsusmaad[65]. Eelotsusetaotluse esitanud kohus peaks püüdma välja selgitada põhjused, miks ei kehti selle doonorikategooria suhtes ükski põhikohtuasjas käsitletavas ministri määruses ette nähtud vastunäidustus[66].

61. Lõpuks – ja võib-olla ennekõike – tuleks küsimustik ümber sõnastada, nii et see võimaldaks välja selgitada riskikäitumise HSH elanikkonnarühmas, nagu seda on tehtud – ja tundub, et piisaval määral – ülejäänud doonorite hulka kuuluvate isikute jaoks mõeldud küsimustes. Täpsemalt suunatud küsimused – nagu viimasest seksuaalvahekorrast möödunud aeg, partnerite arv, seksuaalsuhete laad, milliseid kaitsevahendeid kasutati, ööklubide külastamine – ei ole mõeldud mitte seksuaalse sättumuse tuvastamiseks, vaid – vastupidi – andmaks hinnangut iga potentsiaalse doonori puhul esineva ohu tasemele, mis seondub konkreetselt selle isiku enda seksuaalkäitumisega[67].

62. Eeltoodust järeldub, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne on veenduda selles, kas Prantsuse valitsus, olles kehtestanud alatise vereloovutuskeelu meeste suhtes, kel on olnud või on jätkuvalt seksuaalsuhted teise mehega, on kasutanud liikmesriikidele rahvatervise valdkonnas tavapäraselt kasutada olevat kaalutlusõigust viisil, mis on kooskõlas seksuaalse sättumuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõttest tulenevate nõuetega, konkreetsemalt proportsionaalsuse põhimõttega. Kontrollides, ega alalist loovutuskeeldu kehtestav meede ei lähe kaugemale sellest, mis on vajalik retsipientide tervise kaitse kui õigustatud eesmärgi saavutamiseks, peab siseriiklik kohus eeskätt välja selgitama esiteks selle, kas hinnang Prantsusmaa epidemioloogilisele olukorrale sellisena, nagu seda Euroopa Kohtule kirjeldati, põhineb usaldusväärsetel, adekvaatsetel ja hiljutistel andmetel, ning teiseks, kas teaduslike teadmiste hetkeseisu arvestades on võimalik ilma vereülekandeketi suhtes ülemääraseid piiranguid kasutamata kehtestada meetmed, millega annetatud vere suhtes kohaldataks karantiini seniks, kuni peiteperiood möödub. Lisaks peab siseriiklik kohus välja selgitama need võimalikud põhjused, miks peaks hinnangu andmine individuaalselt võetud riskidele, tuginedes küsimustikule, mis võidakse ümber sõnastada, ja meditsiinitöötajate poolt läbi viidud individuaalsele intervjuule, mille eesmärk on välja selgitada, kas veredoonoriks olla sooviva isiku seksuaalkäitumine on käsitatav riskikäitumisena, olema käsitatav ebasobiva meetmena retsipientide piisava kaitse tagamise seisukohast, kui asi puudutab vereloovutusi, mis pärinevad meestelt, kel on olnud või on jätkuvalt seksuaalsuhtes teise mehega, samas kui ülejäänud elanikkonna puhul on see võimalik.

V. **Ettepanek**

63. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Tribunal administratif de Strasbourg'i esitatud eelotsuse küsimusele järgmiselt: Komisjoni 22. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/33, millega rakendatakse direktiivi 2002/98/EÜ seoses teatavate tehniliste nõuetega vere ja verekomponentide osas, III lisa punkti 2.1 tuleb tõlgendada nii, et meeste puhul ainuüksi see asjaolu, et neil on olnud või on jätkuvalt seksuaalsuhted teise mehega, ei saa eraldivõetuna olla käsitatav seksuaalkäitumisena, mis seab kõrgendatud ohtu nakatuda tõsistesse nakkushaigustesse, mis võivad verega edasi kanduda. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne on kontrollida, kas Prantsuse valitsus, olles kehtestanud alatise vereloovutuskeelu meeste suhtes, kel on olnud või on jätkuvalt seksuaalsuhted teise mehega, on kasutanud liikmesriikidele rahvatervise valdkonnas tavapäraselt

65 — Allikas: Eespool viidatud Prantsuse rahvatervise järelevalve instituudi (InVS) tabeleid, mis kajastavad avastatud HIV-positiivsete juhtumite arvu, eristatuna nakatumisviisi ja isiku sünnikoha riigi alusel aastatel 2003–2011. Põhiosas on need isikud sündinud Sahara-taguses Aafrikas (77%) ning üle poole on naised (58%).

66 — On selge, et HSH elanikkonnarühm on tunduvalt väiksearvulisem kui heteroseksuaalne osa elanikkonnast, nii on nakatumise määr selle elanikkonnarühma puhul proportsionaalselt kõrgem, ning mitte see pole küsimus, mida ma siinkohal soovin käsitleda. Kuid samuti on vaieldamatu,, et välisriigis – väljaspool Prantsusmaad – sündinud heteroseksuaalsed isikud on proportsionaalselt võetuna selline kategooria, kelle puhul on oht HIV nakatuda selgelt olemas, kuid sellegipoolest ei ole nende osas – kui tugineda ministri määrusele – spetsiaalseid ettevaatusmeetmeid ette nähtud.

67 — Märgin selle kohta, et tegemist on eespool viidatud Vérani aruandes esitatud soovitusega: vt selle aruande lk 36.

kasutada olevat kaalutlusõigust viisil, mis on kooskõlas seksuaalse sättumuse alusel diskrimineerimise keelu põhimõttest tulenevate nõuetega, konkreetsemalt proportsionaalsuse põhimõttega. Kontrollides, ega alatist loovutuskeeldu kehtestav meede ei lähe kaugemale sellest, mis on vajalik retsipientide tervise kaitse kui õigustatud eesmärgi saavutamiseks, peab siseriiklik kohus eeskätt välja selgitama esiteks selle, kas hinnang Prantsusmaa epidemioloogilisele olukorrale sellisena, nagu seda Euroopa Kohtule kirjeldati, põhineb usaldusväärsetel, adekvaatsetel ja hiljutistel andmetel, ning teiseks, kas teaduslike teadmiste hetkeseisu arvestades on võimalik ilma vereülekandeketi suhtes ülemääraseid piiranguid kasutamata kehtestada meetmed, millega annetatud vere suhtes kohaldataks karantiini seniks, kuni peiteperiood möödub. Lisaks peab siseriiklik kohus välja selgitama need võimalikud põhjused, miks peaks hinnangu andmine individuaalselt võetud riskidele, tuginedes küsimustikule, mis võidakse ümber sõnastada, ja meditsiinitöötajate poolt läbi viidud individuaalsele intervjuule, mille eesmärk on välja selgitada, kas veredoonoriks olla sooviva isiku seksuaalkäitumine on käsitatav riskikäitumisena, olema käsitatav ebasobiva meetmena retsipientide piisava kaitse tagamise seisukohast, kui asi puudutab vereloovutusi, mis pärinevad meestelt, kel on olnud või on jätkuvalt seksuaalsuhtes teise mehega, samas kui ülejäänud elanikkonna puhul on see võimalik.