Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
P. MENGOZZI
представено на 17 юли 2014 година [1]

**Дело C-528/13**

**Geoffrey Léger**
**срещу**
**Ministre des affaires sociales et de la santé et des Droits des femmes**
**и**
**Établissement français du sang**

(Преюдициално запитване, отправено от Tribunal administratif de Strasbourg (Франция)

„Обществено здраве — Кръводаряване — Критерии за избираемост на донорите — Критерии за постоянно или временно отхвърляне — Окончателно отхвърляне на мъжете, които са имали полови контакти с друг мъж — Принцип на недопускане на дискриминация поради сексуална ориентация — Пропорционалност“

Съдържание

I – Правната уредба ..... 2

А – Правото на Съюза ..... 2

Б – Френската правна уредба ..... 3

II – Спорът по главното производство и преюдициалният въпрос ..... 5

III – Производството пред Съда ..... 5

IV – Правен анализ ..... 5

А – Кратко представяне на позицията на френското правителство ..... 5

Б – Съображения ..... 7

1. По тълкуването на точка 2.1. от приложение III към Директива 2004/33 ..... 8

1 — Език на оригиналния текст: френски.

а) Точка 2.1. от приложение III към Директива 2004/33 може да се приложи само при наличие на повишен риск от заразяване със сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път ..... 8

б) Ако мъж е имал или има полови контакти с друг мъж, представлява ли това „сексуално поведение“ по смисъла на точка 2.1. от приложение III към Директива 2004/33? ..... 9

2. По свободата на преценка, предоставена на държавите членки от Директива 2004/33, и признатата им възможност да запазват или въвеждат по-стриктни защитни мерки ..... 11

а) Спазването на разпоредбите на Договора като граница при упражняването на национални компетенции ..... 11

б) Наредбата на министъра провежда непряка дискриминация, основана на съчетанието от два елемента — пол и сексуална ориентация ..... 12

в) Оправдана и пропорционална ли е разликата в третирането? ..... 13

V – Заключение ..... 17

1. Настоящото преюдициално запитване повдига деликатен въпрос, а именно за съвместимостта с правото на Съюза на национална мярка, която окончателно изключва мъжете, които са имали полови контакти с други мъже, от възможността да даряват кръв.

## I – **Правната уредба**

### A – *Правото на Съюза*

2. Правната уредба на Съюза може да се представи в следния обобщен вид.

3. Директива 2002/98/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 27 януари 2003 година за определяне на стандартите за качество и безопасност при вземането, диагностиката, преработката, съхранението и разпределянето на човешка кръв и кръвни съставки и за изменение на Директива 2001/83/ЕО [2] е приета на основание член 152, параграф 4, буква а) ЕО (понастоящем член 168, параграф 4, буква а) ДФЕС), поради това че, както законодателят на Съюза констатира, „качество[то] и безопасност[та на кръвта, плазмата и кръвните клетки от човешки произход], в случай че са предназначени за преливане, а не за обработка, не са предмет на никакви обвързващи закони в рамките на Европейската общност“ [3]. Поради това законодателят на Съюза заявява намерението си да приеме разпоредби, гарантиращи, че „независимо от предназначението на кръвта и нейните съставки, те [следва] да бъдат с равностойно качество и безопасност в цялата верига на кръвопреливане във всички държави членки“, като установяването на високи критерии за качество и безопасност трябва да помогне на хората да се уверят в това [4]. Ето защо Директива 2002/98 има за цел да определи стандартите за качество и безопасност на човешка кръв и кръвни съставки, за да осигури висока степен на

2 — ОВ L 33, 2003 г., стр. 30; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 9, стр. 171.

3 — Съображение 3 от Директива 2002/98.

4 — Съображение 3 от Директива 2002/98.

опазване на човешкото здраве[5]. По-специално тя задължава държавите членки да гарантират, че единствено надлежно определени и акредитирани центрове могат да извършват дейности, свързани с вземането, диагностиката, подготовката, съхраняването и разпределението на кръв и кръвни съставки, които да преминават инспекция и различни мерки за контрол[6]. В директивата са закрепени и принципите относно възможността за проследяване на кръвта, доброволното и безвъзмездно кръводаряване, както и задължителното диагностициране на всяка дарена кръв[7].

4. Същевременно изисквания за допустимост на донорите на кръв и плазма, тоест по-специално критериите за постоянно отхвърляне и критериите за временно отхвърляне, не са определени в Директива 2002/98, а в Директива 2004/33/ЕО на Комисията от 22 март 2004 година за прилагане на Директива 2002/98 относно някои технически изисквания за кръвта и кръвните съставки[8] в приложение на процедурата на комитология, посочена в член 28 от Директива 2002/98[9].

5. Посочените изисквания следователно са определени в Директива 2004/33. Приложение III към тази директива определя критериите за допустимост на донори на цяла кръв или кръвни съставки. Точка 2 от приложение III урежда критериите за отхвърляне на посочените донори.

6. Точка 2.1. от приложение III изброява в таблица критериите за постоянно отхвърляне на кандидатите за донори на алогенни дарения[10]. Описанието на сексуалното поведение, съдържащо се в таблицата, гласи следното: „Лица, чието сексуално поведение ги [излага на риск от] заразяване със сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път“.

7. Точка 2.2. от приложение III изброява критериите за временно отхвърляне на кандидатите за донори на алогенни дарения, а точка 2.2.2. от това приложение урежда по-конкретно критериите за отхвърляне, свързани с излагането на риск от заразяване с инфекция, преносима чрез преливане. Графата от таблицата, отнасяща се до „[л]ица, чието [сексуално] поведение или [професионална] дейност ги [излага на] риск от заразяване с[ъс сериозна] инфекциозна болест, преносима по кръвен път“, определя следното основание за отхвърляне: „Отлага се след прекратяване на рисковото поведение за период, определен от въпросната болест и от наличието на съответен тест“.

## Б – *Френската правна уредба*

8. На 12 януари 2009 г. Ministre de la santé et des sports [Министърът на здравеопазването и спорта] приема наредба за определяне на критерии за избор на кръводарители[11] (наричана по-нататък „наредбата на министъра“).

9. Член 1 от наредбата на министъра определя условията, при които може да се прави кръводаряване. Съгласно член 1, дял V, точка 1, уреждащ клиничните характеристики на донора, компетентното да подбира донорите лице преценява възможността за извършване на дарение с оглед на противопоказанията и тяхната продължителност, на медицинската предистория и на развитието им с помощта на въпроси в допълнение към предварителния

5 — Член 1 от Директива 2002/98.

6 — Членове 5 и 8 от Директива 2002/98.

7 — Съответно членове 14, 20 и 21, както и приложение IV към Директива 2002/98.

8 — ОВ L 91, стр. 25; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 11,стр. 110.

9 — Вж. член 29 от Директива 2002/98.

10 — Става дума за дарения, предназначени не лично за себе си, а за други лица — единствената хипотеза, която е от значение по настоящото дело (вж. точка 2 от приложение I към Директива 2004/33).

11 — JORF, 18 януари 2009 г, стр. 1067.

въпросник при кръводаряване[12]. Тези въпроси е възможно да бъдат зададени по време на систематично извършваното събеседване преди дарението. В съответствие със същата разпоредба кръводаряването се отлага, ако кандидатът показва наличие на противопоказание, посочено в таблиците, съдържащи се в приложение II към наредбата на министъра. Предвидена е възможност здравните органи да изменят, добавят или заличават противопоказания за кръводаряване в зависимост от особеностите на епидемиологичната обстановка или данните от трансфузионния надзор.

10. Приложение II към наредбата на министъра съдържа таблици с противопоказания. Таблица Б по-конкретно изброява противопоказанията в случай на риск за реципиента. Частта от таблица Б, която се отнася до риска, свързан с предаването на вирусна инфекция, гласи:

| | | | |
|---|---|---|---|
| Предаване на вирусна инфекция | Риск от излагане на кандидата за дарение на заразен агент, предаван по полов път | Полов(и) контакт(и) без предпазни средства със случаен партньор | ПП [ *] четири месеца след последния полов контакт без предпазни средства |
| | | Множество сексуални партньори: повече от един партньор през последните четири месеца | ПП четири месеца след края на положението, характеризиращо се с множество сексуални партньори |
| | | Мъж, който е имал полови контакти с друг мъж | ПП постоянно |
| | | Полови контакти без предпазни средства с нов партньор от преди по-малко от два месеца | ПП четири месеца след последния полов контакт без предпазни средства |
| | Риск от излагане на сексуалния партньор на кандидата за дарение на заразен агент, предаван по полов път | Партньор, който е имал повече от един партньор през последните четири месеца | ПП четири месеца |
| | | Партньор, който си е инжектирал наркотици или допинг и е с неизвестен серологичен статус за HIV [ **] и HBV | ПП четири месеца след последния полов контакт |
| | | Партньор с позитивна серология за: HIV, HTLV, HBC, HBV (AgHBs+) | ПП четири месеца след последния полов контакт. […] |
| | | Партньор с неотдавнашна полово предавана инфекция или който се лекува в момента от такава | ПП четири месеца след излекуването на партньора |

* ПП: Противопоказание.
** VIH: човешки имунодефицитен вирус.

12 — Въпросникът е достъпен в интернет на следния адрес: http://www.dondusang.net/content/medias/media1832_giCQxWpZDhBErjG.pdf?finalFileName=Questionnaire_pr %E9-don_pour_la_m % E9tropole.pdf.

## II – **Спорът по главното производство и преюдициалният въпрос**

11. На 29 април 2009 г. лекарят на Établissement français du sang (EFS) отхвърля г-н Geoffrey Léger като неподходящ кръводарител, поради това че последният е декларирал, че е хомосексуалист.

12. Решението на лекаря на EFS за отхвърляне се основава на наредбата на министъра, според която е налице постоянно противопоказание за кръводаряване в случай, в който кандидат за донор мъж е имал полови контакти с друг мъж.

13. Г-н Léger обжалва това решение пред запитващата юрисдикция и иска неговата отмяна. Той твърди по-специално, че частта от наредбата на министъра, в която се предвижда посоченото постоянно противопоказание, е в нарушение на Директива 2004/33, и по-специално на приложение II, част Б[13] и на точка 2.1. от приложение III към нея. Наредбата на министъра също нарушавала членове 3, 8 и 14 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, подписана в Рим на 4 ноември 1950 г. (наричана по-нататък „ЕКПЧ“), както и принципа на равенство.

14. Тъй като среща затруднение при тълкуването на правото на Съюза, Tribunal administratif de Strasbourg [Административен съд, Страсбург] решава да спре производството и с акт за преюдициално запитване, постъпил в секретариата на Съда на 8 октомври 2013 г., на основание член 267 ДФЕС отправя до Съда следния преюдициален въпрос:

„С оглед на приложение III към Директива [2004/33] обстоятелството, че дадено лице от мъжки пол има полови контакти с лице от същия пол, само по себе си представлява ли сексуално поведение, излагащо го на риск от заразяване със сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път, обосноваващо постоянното отхвърляне като кръводарители на лицата с такова сексуално поведение, или според обстоятелствата в разглеждания случай може да представлява просто сексуално поведение, излагащо на риск от заразяване със сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път, обосноваващо временно отхвърляне като кръводарител за определен срок след прекратяване на рисковото поведение?“.

## III – **Производството пред Съда**

15. Само френското правителство и Европейската комисия представят писмени становища пред Съда.

## IV – **Правен анализ**

### A – *Кратко представяне на позицията на френското правителство*

16. Според френското правителство Директива 2004/33 допуска държава членка да приеме, че сексуалното поведение на мъже, които правят секс с мъже (MCM)[14], е свързано с риск от заразяване със сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път, и оправдава постоянното им отхвърляне като кръводарители.

13 — Част Б от приложение II към Директива 2000/43 урежда информацията, която се получава от донорите чрез центровете за кръвопреливане при всяко дарение.

14 — Съкращението HSH [MCM] е френският еквивалент на английския израз „men having sex with men“ (MSM), чиято употреба се налага от епидемиолозите през 90-те години на XX век за обозначаване на мъжете, които имат полови контакти с други мъже, независимо от евентуалните си полови контакти с жени и от гей или бисексуалната си идентичност в личен или обществен план (Източник: Guide de terminologie de l'ONUSIDA, version révisée, 10/2011, p. 19).

17. Първо, само по себе си сексуалното поведение, изразяващо се в полови контакти между мъже, поради естеството си оправдавало постоянното им отхвърляне като кръводарители. Директива 2002/98 се вписвала в общия контекст на провежданата цялостна политика за обществено здраве и била насочена към установяване на високи стандарти за качество и безопасност — цели, застъпени в цялата директива — посредством съгласуван подход по отношение на безопасността на кръвта вследствие на редица случаи на заразяване при кръвопреливане. Поради това Директива 2002/98 била приета на основание член 152, параграф 4, буква а) ЕО. Освен това приоритетна цел била защитата на реципиентите на дарената кръв, поради което директивата подчертавала, че тя следва да бъде взета от лица, чийто здравен статус е такъв, че да няма опасност от възникването в резултат на нея на никакви нежелани ефекти и да бъде сведен до минимум рискът от предаване на заразни болести[15]. Именно подборът на донорите бил едно от трите средства за намаляване на този риск[16].

18. Макар да предвиждала, че лицата, чието сексуално поведение ги излага на риск от заразяване със сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път, трябва да бъдат постоянно отхвърлени като кръводарители, Директива 2004/33 не съдържала определение на това понятие. Освен това точка 2.2.2. от приложение III към тази директива, която изброява критериите за временно отхвърляне, отново упоменавало понятието за излагане на риск. В текстовете на другите езици се откривали разминавания. При това положение постоянната практика на Съда изисквала позоваване на общата структура и целта на директивата, които според френското правителство са свързани с максималното ограничаване на риска и въвеждането на високи стандарти за безопасност и качество. В така очертания контекст наличието на риск за определен период от време било основание за временно отхвърляне, докато наличието на по-висок риск можело да бъде основание за по-стриктна мярка и трябвало да води до постоянно отхвърляне. Тъй като в тази област дейността на Съюза допълвала тази на държавите членки при зачитане на техните отговорности[17], оценката на риска следвала да се направи от тях в зависимост от епидемиологичната обстановка в съответната страна.

19. По този въпрос френското правителство представя статистически данни, сочещи, че съотношението на лица, които живеят с HIV[18], е 65 пъти по-високо в групата на MCM, отколкото сред останалото население. Що се отнася до заболеваемостта от HIV[19], през 2008 г. от 6940 установени нови случаи на заразяване, 3320 лица били от групата на MCM. Положението при кръводаряването било особено проблематично предвид прозоречния период, през който вирусите HIV 1 и HIV 2 не могат да бъдат открити с диагностичните тестове и който съответно е 12 и 22 дни. Впрочем в резолюцията си от 27 март 2013 г.[20] Съветът на Европа потвърдил, че групата на MCM е изложена на повишен риск от заразяване, а следователно и пренасяне на сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път.

20. Второ, френското правителство поддържа, че с оглед на изложените обстоятелства прилагането единствено на временно отхвърляне не било възможно. Например Съветът на Европа препоръчвал временно противопоказание да се прилага едва след като се установи, че съответното поведение не води до излагане на повишен риск. Във връзка с преценката на

15 — Съображение 24 от Директива 2002/98.

16 — Чрез прилагането на тестове и вирусна инактивация за всяко дарение.

17 — В подкрепа на това твърдение френското правителство посочва член 168, параграф 7 ДФЕС.

18 — Тоест разпространението, традиционно определяно като съотношението на лицата, носители на HIV в определена група към определен момент (Източник: Guide terminologique de l'ONUSIDA, посочен по-горе, стр. 23).

19 — Тоест броят нови лица, заразени с HIV през определен период от време в определена група (Източник: Guide terminologique de l'ONUSIDA, стр. 16).

20 — Резолюция CM/Res(2013)3, приета от Комитета на министрите на Съвета на Европа на 27 март 2013 г., относно видовете сексуалното поведение на кръводарителите от значение за безопасността при кръвопреливане.

значението за безопасността при кръвопреливане на дарения от групата от MCM Съветът на Европа достигнал до извода, че е налице повишен риск от пренасяне на HIV[21]. Френското правителство счита, че „поведението“ MCM излага на повишен риск, който, видно от посочените статистически данни, не е временен. То добавя, че остатъчният риск от заразяване с HIV — тоест съотношението на случаите, при които е дарена заразена кръв, спрямо общия брой кръводарявания — е 1 към 2 900 000 и че половината от случаите на даряване на заразена с HIV кръв е от групата на MCM, която все повече дарявала кръв въпреки постоянното противопоказание. Френското правителство счита, че преминаването от постоянно към временно отхвърляне би дало фалшив сигнал на групата на MCM, която все пак в момента проявявала склонност да се самоизключва от трансфузионната верига, и би създало опасност от превръщане на кръводаряването в допълнително средство за тестване за HIV и същевременно от омаловажаване на общите действия за превенция на HIV.

21. Френското правителство твърди също, че ако постоянното отхвърляне на MCM бъде счетено за противоречащо на Директива 2004/33, това напълно би лишило от полезно действие точка 2.1. от приложение III към тази директива. Въпреки че и други видове сексуално поведение излагат на риск от заразяване[22], всички те водели до излагане на не толкова висок риск от заразяване със сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път, в сравнение с групата на MCM, видно от посочените по-горе статистически данни. Ако подобен риск не отговарял на описаната в точка 2.1. от приложение III хипотеза, френското правителство се пита какво изобщо би отговаряло на това описание. Неговият извод е, че по отношение на групата на MCM е възможно само постоянно отхвърляне.

22. Трето, дори и точка 2.1 от приложение III към Директива 2004/33 да трябвало да се тълкува в смисъл, че за групата на MCM може да се прилага само временно отхвърляне, за държавата членка във всички случаи било възможно да приложи по-стриктни защитни мерки и да приеме, че подобно равнище на риск от заразяване е основание за постоянно отхвърляне. Френското правителство припомня член 6, буква а) ДФЕС и член 168, параграф 4, буква а) ДФЕС. Последният предвижда, че държавите членки могат да запазват или въвеждат такива мерки, като това е припомнено не само в съображение 22, но и в член 4, параграф 2 от Директива 2002/98, който гласи, че тази директива не възпрепятства държавите членки да запазят или въведат по-строги предпазни мерки, които са в съответствие с разпоредбите на Договора. Тъй като съгласно постоянната съдебна практика защитата на живота и здравето на хората се нареждат на първо място сред ценностите и интересите, защитавани от Съюза, и държавите членки имат право да решат в каква степен възнамеряват да осигурят закрилата на общественото здраве и по какъв начин трябва да бъде постигната посочената степен, нямало пречка държавата членка да приеме, че кръводаряването от групата на MCM трябва да бъде предмет на постоянно отхвърляне поради повишения риск, на който то би изложило реципиентите и който се потвърждавал от представените от френското правителство епидемиологични данни. В този смисъл по-стриктната защитна мярка, която представлявало това окончателно отхвърляне, се оказвала пропорционална на преследваната легитимна цел.

## Б – *Съображения*

23. Най-напред, следва да се определи дали обстоятелството, че мъж има полови контакти с друг мъж, представлява „сексуално поведение“, излагащо на повишен риск от заразяване със сериозни инфекциозни болести по смисъла на точка 2.1. от приложение III към Директива 2004/33.

21 — В това отношение френското правителство се позовава на Резолюция CM/Res(2013)3, посочена по-горе.

22 — Например половите контакти без предпазни средства със случаен партньор или с нов партньор от преди по-малко от два месеца, с повече от един партньор през последните четири месеца или с един партньор, който е имал повече от един партньор през последните четири месеца.

24. Ако се окаже, че това не е така, следва, на второ място, да се провери дали при упражняване на традиционно признатата ѝ в областта на общественото здраве свобода на преценка държавата членка може да приеме по-стриктна защитна мярка в тази област, например постоянното отхвърляне на кръводаряването от групата на MCM.

1. По тълкуването на точка 2.1. от приложение III към Директива 2004/33

а) Точка 2.1. от приложение III към Директива 2004/33 може да се приложи само при наличие на повишен риск от заразяване със сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път

25. Тълкуването, което следва да бъде дадено на мотива за отхвърляне, предвиден в точка 2.1. от приложение III към Директива 2004/33, е още по-спорно, като се има предвид, както подчертава френското правителство, че едно от съображенията за временно отхвърляне, посочено в точка 2.2.2. от това приложение, е формулирано по същия начин, тъй като посочва „[л]ица, чието [сексуално] поведение или [професионална] дейност *ги [излага на] риск* от заразяване с[ъс сериозна] инфекциозна болест, преносима по кръвен път“ [23]. Очевидно законодателят не е имал намерение да предвиди, че определено по един и същ начин поведение може да бъде предмет едновременно на постоянно и временно отхвърляне. Както френското правителство, така и Комисията посочват в това отношение, че съществуват разминавания между текстовете на различните езици на приложение III към Директива 2004/33.

26. Всъщност в зависимост от съответния език текстът предвижда или временно отхвърляне само за наличието единствено на риск, докато при постоянното отхвърляне е посочено, че става дума за повишен риск [24]; или пък и в двата случая приложение III упоменава, че е налице повишен риск [25]; или, например в текста на френски език, и в двата случая приложението си служи единствено с понятието „риск“ без допълнителни уточнения [26]. Необходимостта от еднакво тълкуване на правото на Съюза обаче изключва възможността в случай на съмнение текстът на разпоредбата да се разглежда изолирано, а напротив, изисква той да се тълкува с оглед на текстовете на останалите официални езици — а както бе установено, подобна съпоставка не води до повече яснота — и в зависимост от общата структура и целите на правната уредба, от която тази разпоредба е част [27]. С други думи това, че точка 2.1. от приложение III към Директива 2004/33 на френски език се отнася единствено до лицата, чието сексуално поведение ги излага „само“ на риска от заразяване със сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път, само по себе си не е достатъчно, за да се направи извод за съответствието на националното постоянно отхвърляне с директивата.

27. Тъй като уточнява някои технически изисквания във връзка с Директива 2002/98, Директива 2004/33 преследва същата цел като нея. Както посочва френското правителство, законодателят определя като приоритет на Директива 2002/98 подобряването на качеството и безопасността по веригата на кръвопреливане.

23 — Курсивът е мой.

24 — Вж. например текстовете на италиански, гръцки, английски и португалски език.

25 — Вж. например текстовете на испански и немски език.

26 — В текста на точка 2.2.2. от приложение III към Директива 2004/33 е налице една и съща неточност. Докато текстът на френски език визира сексуалното поведение или професионалната дейност, в текстовете на испански и италиански език се говори единствено за поведение или сексуална дейност, а в текста на португалски език става дума само да поведение или дейност, без да се уточнява тяхното естество, а това са текстовете само на някои езици на Директива 2004/33.

27 — Вж. в рамките на изобилната съдебна практика по въпроса решенията Haasová (C-22/12, EU:C:2013:692, т. 48 и цитираната съдебна практика) и Drozdovs (C-277/12, EU:C:2013:685, т. 39 и цитираната съдебна практика).

28. Нейното приемане се дължи на констатираните от държавите членки недостатъци в системите им за надзор и обезопасяване по веригата на кръвопреливане. В резултат от това с въпроса се заемат наднационални органи, както в рамките на Съвета на Европа[28], така и на Съюза. Първият обвързващ текст на Съюза в тази област обаче е едва Директива 2002/98, чието правно основание е член 152, параграф 4, буква а) ЕО, който предвижда приемането на „мерки, въвеждащи високи стандарти на качество и на сигурност […] на кръвта“[29]. Целта да се осигурят качество и безопасност присъства навсякъде[30]. Следва да се предотврати пренасянето на болести[31], като се гарантира, че дарената кръв е от лица, чийто здравен статус е такъв, че да няма опасност от възникването на никакви нежелани ефекти от кръводаряването, и рискът от предаване на болести бъде сведен до минимум[32], за да се засили доверието на гражданите[33]. Запознаването с текста на Директива 2004/33 показва, че същите въпроси са предмет на внимание и в нея[34], като изрично е заявена целта ѝ да се осигури високо ниво на защита на човешкото здраве[35].

29. Следователно е очевидно, че приложенията към Директива 2004/33 трябва да се тълкуват с оглед на тази цел. Също съм на мнение, че точка 2.1. от приложение III към Директива 2004/33 трябва да се тълкува, както впрочем приема и френското правителство в писменото си становище, в смисъл, че лицата, чието сексуално поведение ги излага на *повишен* риск от заразяване със сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път, са окончателно изключени от кръводаряване. Подобно тълкуване изглежда не само съобразено с целта прокараното от законодателя на Съюза разграничение между, от една страна, основанията за временно отхвърляне и от друга страна, основанията за постоянно отхвърляне, да запази релевантността си, но то е и в съответствие с идеята, която също присъства в директивата, да се сведе до минимум рискът от пренасяне на болести. В този смисъл повишеният риск води до постоянно отхвърляне, докато по-малкият, по-ограничен риск води само до временно отхвърляне.

б) Ако мъж е имал[36] или има полови контакти с друг мъж, представлява ли това „сексуално поведение“ по смисъла на точка 2.1. от приложение III към Директива 2004/33?

30. Въпреки че с оглед на изложеното границата между временното и постоянното отхвърляне започва да се изяснява, остава да се определи какво представлява „сексуалното поведение“, излагащо на повишен риск от заразяване.

31. В това отношение в представената пред Съда преписка по делото няма каквото и да било позоваване на подготвителните работи по Директива 2004/33, от което би могло да се установи какъв смисъл е вложил законодателят в понятието „сексуално поведение“, и в директивата не се съдържа никаква дефиниция за него. Прегледът на документи, изготвени от Съвета на Европа,

28 — Ще посоча например Препоръка № R(95) 14 на Комитета на министрите на Съвета на Европа от 12 октомври 1995 г. за защитата на здравето на донорите и реципиентите при кръвопреливане.

29 — Вж. съображение 3 от Директива 2002/98. Относно необвързващите действия на институциите вж. съображения 6—9 от същата директива.

30 — Вж. съображения 1, 3, 5 и член 1 от Директива 2002/98.

31 — Съображения 1 и 2 от Директива 2002/98.

32 — Съображение 24 от Директива 2002/98.

33 — Съображения 3 и 6 от Директива 2002/98.

34 — Вж. по-специално съображения 2 и 4, както и членове 4 и 6 от Директива 2004/33.

35 — Съображение 1 от Директива 2004/33.

36 — В съответствие с текста на въпросника.

също не внася яснота, тъй като Комитетът на министрите се е ограничил само да дефинира рисковото сексуално поведение като „сексуално поведение, излагащо засегнатите лица на риск или повишен риск от заразяване със сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път“ [37]. Поради това следва да се прибегне до общия смисъл.

32. В тесен смисъл „поведението“ определя начина, по който лицето се държи, как действа, какви са неговите реакции като цяло, тоест какво е държанието му [38]. Понятието поведение априорно предпоставя наличието на субективна преценка и при това положение определянето на сексуалното поведение би зависело от сексуалните навици и практики на съответното лице, или с други думи от конкретните условия, при които са били осъществявани съответните полов(и) контакт(и).

33. Поради това възниква следният въпрос: постоянното отхвърляне на МСМ насочено ли е към лица с определена сексуална ориентация или най-точно казано е насочено към определен вид поведение в тесен смисъл?

34. Всъщност използваният в наредбата на министъра критерий за отхвърляне са извършените в миналото или в настоящето сексуални действия, изразяващи се в полов контакт между мъже, независимо от условията за този или тези контакти, тяхната честота или наблюдавани практики. Разбира се, формулираният критерий не е изрично и пряко основан на сексуалната ориентация, тъй като категорията МСМ не е официално дефинирана в зависимост от сексуалната ориентация [39]. Въпреки това се въвежда необорима в известен смисъл презумпция, че отношенията от вида МСМ по необходимост и систематично са свързани с излагане на повишен риск от заразяване. На практика най-вече, ако не и изключително [40], фактически изключени от кръводаряване се оказват всички хомосексуални и бисексуални мъже, които са отхвърлени завинаги като кръводарители единствено поради това, че са имали или към съответния момент имат полови контакти с друг мъж.

35. Според мен възприетият национален критерий е формулиран едновременно твърде широко и твърде общо, докато използваното от законодателя на Съюза понятие „сексуално поведение“ изисква идентифицирането на конкретно определени действия и отношение, излагащи кандидат кръводарителя на повишен риск от заразяване. Впрочем Комисията вече е подчертала, че понятието „сексуално поведение“ съгласно Директива 2004/33 не следва да се счита за синоним на понятието „сексуална ориентация“ [41].

36. Изводът, че точка 2.1. от приложение III към Директива 2004/33 изисква от кръводаряване да се изключат лица, при които е установено определено, подробно описано поведение, което ги е изложило или ги излага на повишен риск, и че то не може да бъде отхвърлено по толкова общ начин, какъвто е предвиден в наредбата на министъра, противно на твърденията на френското правителство, не води до лишаване от полезно действие на точка 2.1. от

37 — Вж. приложение 1 към Резолюция CM/Res(2013)3, посочена по-горе.

38 — Съгласно дефиницията в Le petit Larousse illustré, ed. 2011, Larousse, Paris.

39 — Вж. разясненията във връзка със съкращението МСМ в бележка под линия 16 от настоящото заключение, както и третото съображение от Резолюция CM/Res(2013)3, посочена по-горе.

40 — Очертаната в писменото становище на Комисията хипотеза за наличие на част от групата на хомосексуалните или бисексуални мъже, която изцяло проявява въздържание, поради което тези мъже се допускат до кръводаряване, в крайна сметка ми се струва твърде маргинална, поради което няма да се спирам на нея в настоящото изложение.

41 — Вж. отговора на Комисията от 17 август 2011 г. на парламентарен въпрос с искане за писмен отговор от 1 юли 2011 г. (E-006484/2011).

приложение III към Директива 2004/33. Поради това все пак наистина се налага уточняване на критериите за постоянно отхвърляне. Още на този етап обаче се сещам за сексуалните работници и работнички[42], които според мен биха отговаряли на условията за постоянно отхвърляне на основание точка 2.1. от посоченото приложение.

37. От изложеното следва, че точка 2.1 от приложение III към Директива 2004/33 трябва да се тълкува в смисъл, че само и единствено обстоятелството, че мъж е имал или има полови връзки с друг мъж, не съставлява сексуално поведение, свързано с излагане на повишен риск от заразяване със сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път.

2. По свободата на преценка, предоставена на държавите членки от Директива 2004/33, и признатата им възможност да запазват или въвеждат по-стриктни защитни мерки

а) Спазването на разпоредбите на Договора като граница при упражняването на национални компетенции

38. Както вече подчертах, правното основание за приемането на Директива 2002/98, техническите изисквания във връзка с която са определени в Директива 2004/33, е член 152, параграф 4, буква а) ЕО, който предвижда условията, при които Съветът може да допринася за постигането на определени цели, и по-специално за приемането на „мерки, въвеждащи високи стандарти на качество и на сигурност […] на кръвта и кръвните продукти“. Буква а) от споменатия член уточнява още, че „тези мерки не са пречка всяка държава членка да запази или да въведе по-стриктни защитни мерки“[43]. Член 152, параграф 5 ЕО потвърждава, че действията на Общността в областта на общественото здраве зачитат изцяло задълженията на държавите членки и в частност че „мерките, посочени в параграф 4, а), не засягат националните разпоредби относно […] кръводаряването“[44].

39. Въпреки че от изложеното се налага изводът, че действията — по-рано на Общността, а днес на Съюза, могат да се осъществяват единствено под формата на съпътстващи, насърчителни или координиращи мерки, но в никакъв случай на мерки за хармонизация, Съдът не е тълкувал посочените разпоредби в смисъл, че националните мерки не подлежат на никакъв контрол за съответствие с правото на Съюза.

40. Така съгласно приетото от Съда в областта на социалната сигурност „[н]аистина е безспорно, че правото на Съюза не засяга правомощията на държавите членки да организират своите системи за социална сигурност и че при липсата на хармонизация на равнището на Съюза условията за предоставяне на услуги в областта на социалната сигурност следва да се определят в законодателството на всяка държава членка […]. Следва също така да се отбележи, че по силата на член 152, параграф 5 ЕО действията на Съюза в областта на общественото здраве зачитат изцяло задълженията на държавите членки да организират и предоставят здравни услуги и медицински грижи. Това обаче не променя факта, че при упражняването на тези правомощия държавите членки следва да спазват правото на Съюза, и по-конкретно разпоредбите относно свободното предоставяне на услуги […]. В този смисъл Съдът е

42 — Тази хипотеза впрочем е предвидена от Съвета на Европейския съюз в неговата Препоръка от 29 юни 1998 година относно годността на донорите на кръв и плазма и за проверката на дарената кръв в рамките на Европейската общност (ОВ L 203, стр. 14: вж. по-конкретно приложение II, буква В, точка 1 към посочената препоръка) и от Комитета на министрите на Съвета на Европа, по-конкретно в третото съображение от неговата Резолюция CM/Res(2013)3, посочена по-горе.

43 — Вж. действащия член 168, параграф 4, буква а) ДФЕС.

44 — Вж. в същия смисъл и действащия член 168, параграф 7 ДФЕС.

постановил, че член 152, параграф 5 ЕО не изключва възможността държавите членки да са задължени да съгласуват националните си системи за социална сигурност с други разпоредби на Договора, […] и че *това не може да се разглежда като вмешателство в суверенните им правомощия в тази област*“ [45].

41. Съдът би следвало mutatis mutandis да постанови, че задължението да се спазват разпоредбите на Договора при упражняването на останалите национални компетенции по член 152, параграф 5 ЕО не представлява вмешателство в суверените им правомощия в тази област. Не би следвало да се приеме, че последното съдържащо се в този член уточнение, отнасящо се конкретно до кръводаряването, е в противоречие с този извод.

42. В този смисъл при наличие на национално законодателство, което има за цел да осигури доброволното и безвъзмездно кръводаряване и което изглежда предоставя по-стриктна защита в сравнение с предписанията на Директива 2002/98 [46], Съдът не се въздържа от упражняване на контрол поради това, че националното законодателство попада в приложното поле на член 152, параграф 5 ЕО. Напротив, той изследва това законодателство с оглед на съответствието му с други разпоредби от Договора, а именно на тези, които се отнасят до свободното движение на стоки. Нещо повече, той стига до извода, че член 28 ЕО във връзка с член 30 ЕО не допуска национална правна уредба, която предвижда, че вносът на кръв или на кръвни съставки от друга държава членка е разрешен само при условие — приложимо и за националните продукти — че кръводаряванията, чрез които са получени тези продукти, са били извършени не само без каквото и да било възнаграждение за донорите, но и без обезщетение за разходите им за извършване на кръводаряването [47].

43. Накрая, отбелязвам, че фактът, че спазването на разпоредбите на Договора представлява естествената граница за упражняването на националните компетенции, се потвърждава и от член 4, параграф 2, първа алинея от Директива 2002/98, съгласно който „[н]астоящата директива не възпрепятства определена държава членка да запази или да въведе на своя територия по-строги предпазни мерки, *които са в съответствие с разпоредбите на Договора*“ [48], и не се оспорва нито от френското правителство [49], нито от Комисията [50].

б) Наредбата на министъра провежда непряка дискриминация, основана на съчетанието от два елемента — пол и сексуална ориентация

44. Тъй като държавите членки могат да упражняват тази свобода дотолкова, доколкото не е застрашено от нарушаване първичното право на Съюза, по този въпрос ще отбележа само, че наредбата на министъра, като отхвърля окончателно всички мъже, които са имали или имат полови контакти с друг мъж, въвежда явна непряка дискриминация в системата за подбор на

45 — Решение Комисия/Португалия (C-255/09, EU:C:2011:695, т. 47—49 и цитираната съдебна практика), курсивът е мой. Поради това по посоченото дело Съдът възприема становището на генералния адвокат, който достига до извод по този въпрос, като приема, че „[…] Португалската република няма основание да се позовава и на първичната си компетентност да организира и предоставя здравни услуги и медицински грижи на своята държавна територия, за да оправдае неизпълнението на задълженията, наложени ѝ от първичното право на Съюза“ (вж. точка 64 от заключението на генералния адвокат Trstenjak (EU:C:2011:246).

46 — Подобна по-стриктна защитна мярка е разрешена съгласно член 4, параграф 2, втора алинея от Директива 2002/98.

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

48 — Курсивът е мой.

49 — Вж. точка 90 от писменото му становище.

50 — Вж. отговорите на Комисията от 1 април 2009 г. на парламентарен въпрос № E-0910/2009 (в който става дума за зачитането на принципа на пропорционалност) и от 17 август 2011 г. на парламентарен въпрос № E-006484/2011 (в който по-конкретно е споменат член 21 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“) (ОВ C 303, 2007 г., стр. 1).

донори[51], изразяваща се в съчетание от разлика в третирането в зависимост от пола, тъй като въпросният критерий се отнася единствено до мъжете, и в зависимост от сексуалната ориентация, тъй като посоченият критерий почти без изключение се отнася до хомосексуалните и бисексуалните мъже.

45. Въпреки че Препоръка R(95)14 напомня необходимостта от въвеждане на подходящ подбор на донорите, при който да се избегне напълно възможността за дискриминация, в Резолюция CM/Res(2013)3, посочена по-горе, се приема, че отхвърлянето на групата на МСМ, тоест на цяла една категория от населението, е допустимо поради невъзможността за получаване на по-точни статистически данни за поемания в отделните случаи риск. Именно статистическите данни обаче редовно противопоставят групата на МСМ на групата на хетеросексуалните лица: поради това изразът МСМ е придобил гражданственост както в обществото, така и в научните среди като синоним на понятията „хомосексуален“ или „бисексуален“ мъж[52]. Общността на хомосексуалните и бисексуалните мъже е изключена от кръводаряване, при това окончателно: по този начин тя се оказва дискриминирана. Съюзът иска да се бори с дискриминацията, основана на пола и сексуалната ориентация, което се установява както от предишния член 13 ЕО, така и от действащия в момента член 19 ДФЕС, а също и от член 21 от Хартата[53].

46. Със сигурност може да се направи възражение, че всеки механизъм за подбор по естеството си е дискриминационен. Следва все пак да се гарантира, че подобни разлики в третирането са действително оправдани и пропорционални.

в) Оправдана и пропорционална ли е разликата в третирането?

47. Съдът многократно е постановявал, че „животът и здравето на хората се нареждат на първо място сред ценностите и интересите, защитавани от Договора“[54]. Тъй като наредбата на министъра, която води до пълно и постоянно изключване на групата на МСМ от кръводаряване, представлява по-стриктна защитна мярка по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 2002/98, е безспорно, че тя преследва легитимна цел, а именно максимално да се намалят рисковете от заразяване на реципиентите и да се способства за постигането на общата цел за гарантиране на високо равнище на закрила на общественото здраве, която днес присъства както в член 168, параграф 1 ДФЕС, така и в член 35 от Хартата.

51 — Според мен е възможно известно колебание във връзка с тази квалификация. Най-малко в два случая Съдът е стигнал до извода за наличие на пряка дискриминация, основана на сексуалната ориентация, по делата Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) и Hay (C-267/12, EU:C:2013:823). По първото дело по същество става дума за национално законодателство, което предвижда изплащането на наследствена пенсия единствено на вдовеца или вдовицата, което означава, че само сключило брак лице може да се ползва от това качество, тъй като лица от еднакъв пол не могат да сключват брак. По второто дело става дума за колективен трудов договор, който предвижда право на отпуск и премия при встъпване в брак, но не предвижда съответни права в хипотезата, когато съответните лица са сключили граждански пакт за партньорство, който е единствената достъпна форма на партньорство за лица от един и същ пол. И в двата случая обаче, за разлика от отхвърлянето, разглеждано в главното производство, по-неблагоприятното третиране засяга цялата хомосексуална общност — както на мъжете, така и на жените.

52 — Освен предоставените от френското правителство данни вж. също VIH/sida en France: données de surveillance et études — Bulletin épidémiologique hebdomadaire, 1er décembre 2012, nº 46-47, p. 523 (на разположение на адрес www.invs.sante.fr), както и графиката на Institut français de veille sanitaire [френския Институт за санитарен надзор] относно броя на установените серопозитивни случаи на HIV според начина на заразяване и страната на раждане за периода 2003—2011 г. (на разположение на адрес: 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 — Отбелязвам също, че в заключение Römer (C-147/08, EU:C:2010:245) в резултат от анализ, който споделям изцяло, генералният адвокат Jääskinen прикани Съда да обяви забраната за дискриминация, основана на сексуалната ориентация, като общ принцип на правото (вж. т. 122 и сл.). В своето решение обаче (C-147/08, EU:C:2011:286) Съдът успя да отговори на поставените му преюдициални въпроси, без да се наложи да се произнася по този въпрос. Може би вече е настъпил моментът за заемането на позиция, като се има предвид, че разглежданата в главното производство наредба е приета през януари 2009 г., тоест преди влизането в сила на Договора от Лисабон, а следователно и преди Хартата да придобие задължителна сила.

54 — Решение Müller Fleisch (C-562/08, EU:C:2010:93, т. 32 и цитираната съдебна практика). Вж. също решение Humanplasma (EU:C:2010:760, т. 32).

48. Въпреки че разглежданата в главното производство правна уредба преследва легитимна цел, следва да се провери дали тя освен това зачита принципа на пропорционалност, а именно дали е подходяща и необходима за постигането на преследваната цел, като се има предвид, че когато съществува избор между няколко подходящи мерки, трябва да се прибегне до мярката, която създава най-малко ограничения, а породените от нея неудобства не трябва да са несъразмерни със съответните цели [55].

49. Първо, постоянното изключване на групата на МСМ действително е насочено към постигането на преследваната легитимна цел.

50. Второ, що се отнася до причинените неудобства, с оглед на присъстващите интереси следва да се приеме, че те са относително поносими, като усещането за отхвърляне поради свързани с личния живот причини трябва да се съпостави с по-висшия интерес от защита на здравето на реципиентите. Освен това съм готов да приема, че отхвърлянето на проява на безкористна щедрост и солидарност, каквато е кръводаряването, може да породи неразбиране у лицата, срещу които е постановен отказ, но се налага изводът, че само по себе си кръводаряването не е право, неговият всеобщ характер никога не е бил признаван, тъй като донорите са предмет на подбор и следва да отговарят на определени условия във връзка с него, както и че при всички положения последна дума имат единствено медицинските органи, които изцяло поемат непосредствената отговорност за своите решения [56].

51. Трето, в контекста на общественото здраве контролът за спазване на принципа на пропорционалност изисква „да се държи сметка за обстоятелството, че държавата членка може да реши в каква степен възнамерява да осигури закрилата на общественото здраве и по какъв начин трябва да бъде постигната посочената степен. Тъй като тази степен може да бъде различна в различните държави членки, на последните следва да се признае свобода на преценка“ [57]. Поради това фактът, че дадена държава членка налага правила, които не са така строги като приложимите в друга държава членка, сам по себе си не означава, че последните са непропорционални [58].

52. Конкретно това означава, че след като Испания, Италия, Словакия, Финландия и Обединеното Кралство не изключват нито систематично, нито окончателно групата на МСМ от кръводаряване [59], това не следва да се отчита в момента, когато се взема решение дали френското правителство би могло да приеме мярка, която в по-малка степен засяга принципа на равното третиране, но може да постигне същия резултат. Това важи в още по-голяма степен

55 — Вж. решение Müller Fleisch (EU:C:2010:93, т. 43).

56 — Вж. точка 4.1. от Резолюция CM/Res(2008)5 на Комитета на министрите на Съвета на Европа относно отговорността на донорите и ограниченията при даряването на кръв и кръвни съставки, в която се препоръчва да се гарантира, че центровете по хематология носят окончателна отговорност за качеството на кръвта и „отговарят за окончателното решение относно приемането или отхвърлянето на донорите въз основа на анализ на риска, основан на редовно актуализирани епидемиологични данни, като отчитат правото на защита на здравето на реципиентите и произтичащото от него задължение за намаляване на риска от пренасяне на инфекциозни болести. Тези права и задължения се ползват с предимство пред всички останали съображения, *включително желанието на лицата да даряват кръв*“ (курсивът мой).

57 — Решения Humanplasma (EU:C:2010:760, т. 39) и Venturini и др. (C-159/12—C-161/12, EU:C:2013:791, т. 59 и цитираната съдебна практика).

58 — Решения Müller Fleisch (EU:C:2010:93, т. 45 и цитираната съдебна практика) и Humanplasma (EU:C:2010:760, т. 40).

59 — Испания и Италия предвиждат само временно отхвърляне в случай на множество партньори или на смяна на партньора, независимо от естеството на съответната връзка (промяната в законодателството, настъпила в хода на производството пред Европейския съд по правата на човека, впрочем позволи на последния да не упражнява контрол за съвместимост с Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, подписана в Рим на 4 ноември 1950 г., на отхвърлянето от кръводаряване на хомосексуалистите: вж. ЕСПЧ, Решение по дело Tosto с/у Италия от 15 октомври 2002 г., жалба № 49821/99); Словакия (видно от съдържанието на парламентарен въпрос № E-0910/09 от 17 февруари 2009 г.), както напоследък и Финландия и Обединеното Кралство са решили да изискват въздържание в продължение на дванадесет месеца от мъжете, които са обявили, че са имали полов контакт с друг мъж.

с оглед на обстоятелството, че нивото на риска не е едно и също в различните държави членки, тъй като епидемиологичната обстановка в тях, особено от гледна точка на инфекцията с HIV, е твърде нееднородна, и тъй като безспорно разпространението на HIV сред групата на MCM във Франция е особено широко [60].

53. За да определи обаче запитващата юрисдикция дали постоянното отхвърляне съгласно наредбата на министъра не надхвърля необходимото, тя ще трябва да провери някои обстоятелства, които Съдът не е в състояние да установи от преписката по делото.

54. В този смисъл следва, на първо място, да се вземе предвид епидемиологичната обстановка във Франция, като се гарантира, че предоставените статистически данни са актуални [61], представителни и надеждни.

55. На второ място, трябва да се проверят някои обстоятелства, попадащи в обхвата на санитарно-техническите изисквания.

56. Доводите на френското правителство са почти изцяло съсредоточени върху риска от заразяване с HIV, на който е изложена групата на MCM. Въпреки че постоянното отхвърляне в основни линии е оправдано поради риска за реципиента през „прозоречния период“, отбелязвам, че според френското правителство най-продължителният период, отнасящ се до вируса на HIV 2, е около 22 дни. Максималният срок обаче, ако не греша, за съхранение на кръвта е около 45 дни. Систематичното поставяне под карантина на даренията от групата на MCM през този период, преди да бъдат изследвани, обективно би могло да представлява разрешение, позволяващо по-доброто постигане на преследваната цел.

57. В този смисъл запитващата юрисдикция би следвало да си зададе въпроса дали такава карантина би била икономически приемлива и научно осъществима за всички или за някои кръвни съставки. Тя би следвало да провери по-специално дали това няма да навреди на доброто функциониране на веригата на кръвопреливане. За целта тя би могла да използва например заключенията на доклада относно положението в сектора на хематологията, изготвен през 2013 г. и представен на Ministre des affaires sociales et de la santé [Министъра по социалните въпроси и здравеопазването] от г-н Olivier Véran, френски народен представител от долната камара (наричан по-нататък „докладът „Véran“), според който „общо мнение на експертите е, че систематичното поставяне под карантина на плазмата, съпътствано от вирологично изследване, би позволило да се неутрализират всички рискове от пренасяне на вируси“ [62]. По отношение закрилата на здравето на реципиентите това разрешение изглежда оптимално: от една страна, то позволява да се преодолеят проблемите, свързани с усещането за дискриминация у членовете на групата на MCM, което би могло да ги накара да не бъдат откровени в отговорите си на въпросника, а от друга страна, предвижда еднакво третиране на всички кръводарители, като се изчака да изтече периодът, през който вирусът е неоткриваем, и след това се проведат съответните изследвания, при което се постига значително доближаване до нулев риск. Отбелязвам, че макар и изготвено след представянето на доклада, становището на френското правителство изобщо не го споменава.

60 — Съгласно данните, представени от френското правителство, които се потвърждават от специалния доклад „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“ (вж. по-конкретно стр. 4 и 5 и приложение 2) на Европейския център за профилактика и контрол на заболяванията, създаден с Регламент (ЕО) № 851/2004 на Европейския парламент и на Съвета от 21 април 2004 г. (ОВ L 142, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 1, стр. 157).

61 — Решение Франция/Комисия (C-601/11 P, EU:C:2013:465, т. 136).

62 — Вж. стр. 35 от този доклад.

58. Освен това е налице известно съмнение относно последователността на постоянното отхвърляне. Съгласно постоянното противопоказание, установено с наредбата на министъра, и съгласно посочената наредба във връзка със споменатия въпросник [63] обстоятелството, че мъж е имал поне веднъж в живота си, макар и преди 10 години, полов контакт с друг мъж, води до окончателното му отхвърляне от кръводаряване. От това се налага изводът, че връзката на рисковото поведение с настоящия момент е без значение, а тъй като всички дарения на кръв се изследват за HIV, най-критичен е прозоречният период, който излага реципиентите на най-висок риск [64]. Ако обаче основният мотив отново е свързан с прозоречния период, временното отхвърляне, определено в зависимост от датата на последния контакт, се оказва по-подходящо.

59. В същия ред на мисли е възможно да се зададе въпрос поради какви причини няма специфично противопоказание за жена, чийто партньор спада към групата на MCM. Освен това за лице, чийто партньор е серопозитивен, е налице 4-месечно временно противопоказание. От една страна е възможно в рамките на подобна двойка да е налице по-голяма бдителност, но от друга страна е възможно и да се приеме, че в такъв случай излагането на риск е реално, докато при групата на MCM в отсъствието на индивидуално изследване на прилаганите практики то изглежда не толкова сигурно. Следва в да се разгледа и възможната хипотеза, при която веднъж в живота си или в редки случаи мъж е имал хомосексуален контакт с предпазни средства — и е окончателно изключен — като се съпостави с хипотезата на хетеросексуално лице, което редовно осъществява контакти без предпазни средства, по отношение на което обаче ще се приложи само временно противопоказание: възможно ли е единствено принадлежността към групата на MCM в подобен случай да оправдае окончателното изключване?

60. Връщайки се отново към статистическите данни, ще отбележа, че през 2011 г. 2400 души от групата на MCM са установили, че са серопозитивни. През същата година 3500 души са се заразили от хетеросексуални контакти, от които 2400 хетеросексуални лица, родени в чужбина [65]. Запитващата юрисдикция следва да се опита да изясни причините, поради които за тази категория донори няма никакви противопоказания в разглежданата по главното производство наредба на министъра [66].

61. Накрая, а може би най-вече, въпросникът би могъл да се преработи така, че да послужи за идентифициране на рисковите поведения в групата на MCM — задача, която изглежда изпълнява удовлетворително за останалите донори. Наличието на по-целенасочени въпроси — за изминалото време след последния контакт, броя на партньорите, естеството на контактите, използването на предпазни средства, посещаване на нощни заведения — би позволило да се идентифицира вече не сексуалната ориентация, а тъкмо обратното, да се направи оценка на степента на риска на всеки отделен донор с оглед на личното му сексуално поведение [67].

63 — Вж. точка 9 от настоящото заключение.

64 — Член 20 от Препоръка № R(95) 14 на Комитета на министрите на Съвета на Европа посочва, че „[о]тхвърлянето (временно или окончателно, в зависимост от случая) следва да се прилага за лица, принадлежащи към определени категории, които с оглед на медицинската си предистория или *настоящите* си действия и поведение представляват риск от пренасяне на инфекциозни болести“ (курсивът е мой).

65 — Източник: графиката на Institut français de veille sanitaire относно броя на установените серопозитивни случаи на HIV според начина на заразяване и страната на раждане за периода 2003—2011 г., посочена по-горе. Основно това са лица, родени в Африка на юг от Сахара (77 %) и жени (58 %).

66 — Ясно е, че тъй като групата на MCM е далеч по-малобройна от тази на хетеросексуалните лица, процентно относителният дял на заразените е по-висок сред първата група, но не това е въпросът тук. Неопровержим факт е обаче също, че хетеросексуалните лица, родени в чужбина, пропорционално образуват изложена на значителен риск от заразяване с HIV група, за която въпреки това изглежда не се прилага някаква определена предпазна мярка съгласно наредбата на министъра.

67 — Във връзка с това отбелязвам, че и тази препоръка се съдържа в доклада „Véran“, посочен по-горе: вж. стр. 36 от него.

62. С оглед на изложеното запитващата юрисдикция следва да се увери дали, като прилага постоянно отхвърляне на кръводаряването от мъже, които са имали или имат полови контакти с мъж, френското правителство е упражнило свободата на преценка, която се признава традиционно на държавите членки в областта на закрилата на общественото здраве, в съответствие с изискванията на принципа на недопускане на дискриминация поради сексуална ориентация, и по-конкретно на принципа на пропорционалност. При проверката дали мярката на окончателно отхвърляне излиза извън необходимите предели за постигане на легитимната цел да се осигури закрила на здравето на реципиентите тя по-специално следва да се увери, първо, че епидемиологичната обстановка във Франция, представена на Съда, се основава на надеждни, представителни и актуални статистически данни, и второ, че при сегашното състояние на научното познание е невъзможно, без по веригата на кръвопреливането да се въведат прекомерни ограничения, да се предвидят мерки за поставяне на даренията под карантина, докато премине прозоречният период. Накрая, тя следва да потърси и евентуалните причини, поради които оценката на индивидуално поемания риск с помощта на евентуално преработен въпросник и индивидуално събеседване, проведено от медицински специалисти с цел да се установи дали кандидатът за донор има т.нар. „рисково“ сексуално поведение, каквато е възможно да се направи за останалата част от населението, би се оказала неподходяща да гарантира задоволителна закрила на реципиентите по отношение на даренията от мъже, които са имали или имат полови контакти с мъж.

## V – **Заключение**

63. С оглед на всички изложени по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на поставения от Tribunal administratif de Strasbourg въпрос, както следва:

„Точка 2.1 от приложение III към Директива 2004/33/ЕО на Комисията от 22 март 2004 година за прилагане на Директива 2002/98/ЕО на Европейския парламент и на Съвета относно някои технически изисквания за кръвта и кръвните съставки трябва да се тълкува в смисъл, че само и единствено обстоятелството, че мъж е имал или има полови връзки с мъж, не съставлява сексуално поведение, свързано с излагане на повишен риск от заразяване със сериозни инфекциозни болести, които могат да се пренасят по кръвен път.

Запитващата юрисдикция следва да се увери дали, като прилага постоянно отхвърляне от кръводаряване на мъже, които са имали или имат полови контакти с мъж, френското правителство е упражнило свободата на преценка, която се признава традиционно на държавите членки в областта на закрилата на общественото здраве, в съответствие с изискванията на принципа на недопускане на дискриминация поради сексуална ориентация, и по-конкретно на принципа на пропорционалност.

При проверката дали мярката на окончателно отхвърляне надхвърля необходимото за постигането на легитимната цел да се осигури закрила на здравето на реципиентите тя по-специално следва да се увери, първо, че епидемиологичната обстановка във Франция, представена на Съда, се основава на надеждни, представителни и актуални статистически данни, и второ, че при сегашното състояние на научното познание е невъзможно, без по веригата на кръвопреливането да се въведат прекомерни ограничения, да се предвидят мерки за поставяне на даренията под карантина, докато премине прозоречният период. Накрая, тя следва да потърси и евентуалните причини, поради които оценката на индивидуално поемания риск с помощта на евентуално преработен въпросник и индивидуално събеседване, проведено от медицински специалисти с цел да се установи дали кандидатът за донор има т.нар. „рисково“ сексуално поведение, каквато е възможно да се направи за останалата част от населението, би се оказала неподходяща да гарантира задоволителна закрила на реципиентите по отношение на даренията от мъже, които са имали или имат полови контакти с мъж“.