

slovenského státního občanství osob národnosti německé a maďarské, a dále samostatného zákona č. 34/1953 Sb. řešící poválečnou obnovu československého občanství osob, které během nacionálněsocialistické okupace získaly „říšské občanství“. Ani bez existence těchto dvou právních norem by dnes ke vzniku dvojího občanství nemohlo docházet. Ze vzniku dvojího občanství proto nelze činit odpovědnou pouze SRN.

Text *Ústavního dekretu prezidenta republiky č. 33/1945 Sb., o úpravě československého státního občanství osob národnosti německé a maďarské*, byl formulován z nacionálních pozic. Snažil se postihnout a zbavit občanství především Němce, avšak Čechy ze smíšených rodin z účinnosti dekretu vyjímal. Statisíce osob si tak v letech 1945 až 1946 mohly obnovit československé státní občanství skrze pouhou žádost o *Osvědčení o národní spolehlivosti*, které jim s odkazem na § 2 odst. 2 dekretu č. 33/1945 Sb. potvrzovalo nepřerušenu kontinuitu československého občanství během celé nacionálněsocialistické okupace. Nemusely žádat o znovunavrácení československého občanství, a podle dnešních spolkových zákonů tak nikdy neztratily německou státní příslušnost. Pro úplnost je ale třeba uvést, že části z nich nebylo německé občanství potvrzeno podle spolkového *Zákona o úpravě státoobčanských otázek* z roku 1955, protože se v roce 1939 hlásily k české národnosti. Nicméně, zejména dětem ze smíšených rodin kombinace spolkového *Zákona o úpravě státoobčanských otázek* a českého § 2 odst. 2 dekretu č. 33/1945 Sb. umožňuje výkon dvojího občanství a jeho přenositelnost i na jejich potomky. Ke vzniku dvojího občanství samozřejmě přispívá i *zákon č. 34/1953 Sb.* z roku 1953 o kolektivním udělení československého občanství všem „německým bezdomovcům“.

Nepřímá diskriminace v pracovním právu ES

Mgr. Roman Barinka, LL.M., Ph.D., Praha*

Zákaz tzv. nepřímé diskriminace se postupně prosazuje v řadě právních oblastí, přičemž lze očekávat, že frekvence jeho uplatňování bude postupem času dále narůstat. Oblastí, v níž se tento pojem uplatňuje nejčastěji, je oblast pracovního práva, zejména pak problematika rovného odměňování. Aplikace zákazu nepřímé diskriminace přitom mnohdy vede ke složitým problémům vyplývajícím ze střetu dvou základních bodnot: práva zaměstnance na rovné zacházení a práva zaměstnavatele na zajištění výkonné pracovní síly. Pro tuzemskou aplikaci daného pojmu má stěžejní význam rozhodovací činnost Evropského soudního dvora.

I. Úvod

Jedním z nejdůležitějších právních principů je princip rovnosti. Jeho podstatu zformuloval poprvé Aristoteles, jehož definice je platná dodnes. Princip rovnosti znamená zásadu, podle níž má být se stejnými věcmi nakládáno stejně, zatímco s odlišnými odlišně, a to v poměru k jejich vzájemné odlišnosti.¹ Požadavek rovnosti je v právu tradičně naplňován prostřednictvím zákazu diskriminace. Jeho základní postulát je v podstatě „zrcad-

lovým obrazem“ zásady rovnosti: stanoví, že je nepřipustné zacházet se dvěma osobami ve stejném či obdobném postavení odlišně, vyjma případů, kdy je takové odlišné zacházení ospravedlněno objektivními a dostatečně závažnými důvody.

Zákaz diskriminace byl po dlouhou dobu vnímán v užším smyslu, než je tomu dnes. Tradičně se jím označovala tzv. diskriminace přímá, tedy situace, kdy je určitá osoba podrobena méně výhodnému zacházení než jiná osoba z jistého, z právního hlediska nepřijatelného důvodu (pohlaví, majetek, etnický původ apod.). Od poloviny 70. let 20. stol. však začalo sílit přesvědčení, že i když je zákaz diskriminace v zásadě s to úspěšně zabránovat svévolnému znevýhodňování konkrétních jednotlivců, není dostatečně způsobilý k tomu, aby napomohl odstranit či alespoň zmírnit diskriminaci určitých společenských skupin, jejichž znevýhodnění má často historicky podmíněný charakter.² Od této doby tak dochází k postupnému prosazování zákazu nepřímé diskriminace, který je obecně pojímán jako nástroj tzv. distributivní, nebo též materiální spravedlnosti a jehož účelem je zajistit spravedlivý přístup ke společenským příležitostem a pozicím i pro příslušníky tradičně znevýhodňovaných skupin.

Zatímco přímá diskriminace je dnes již velmi dobře ustálenou právní kategorií, všeobecná obeznamenost s nepřímou diskriminací je o poznání menší. Snaha o alespoň částečnou nápravu tohoto stavu bude proto cílem předkládaného článku. V jeho úvodní části se pokusíme o vymezení hlavních rysů nepřímé diskriminace v teoretické rovině. V další kapitole připomeneme zrod tohoto principu v rozhodovací činnosti Nejvyššího soudu USA. Konečně ve třetí, stěžejní části představíme rozbor základních parametrů nepřímé diskriminace, tak jak je v průběhu doby definoval v rámci své rozhodovací činnosti Evropský soudní dvůr (ESD), jehož rozsudky mají pro tuzemskou aplikační praxi zásadní význam. Jak bude patrné, analýza rozsudků ESD bude zaměřena na oblast pracovního práva, v níž dochází k uplatňování zákazu nepřímé diskriminace zdaleka nejčastěji.

II. Teoretická analýza – podstata nepřímé diskriminace

Při vědomí toho, že žádná obecně platná definice nepřímé diskriminace neexistuje, můžeme říci, že o nepřímou diskriminaci se jedná tehdy, pokud určité, na první pohled neutrální opatření, pravidlo, kritérium či podmínka (dále jen „opatření“) ve svých důsledcích fakticky znevýhodňuje určitou skupinu osob, s výjimkou situací, kdy je takové opatření objektivně odůvodněno legitimním cílem a prostředky zvolené k dosažení tohoto cíle jsou přiměřené a nezbytné.³

* Autor je advokátním koncipientem v AK Vejmelka & Wunsch, s. r. o., Praha.

1) Citováno podle *Westen, P.* The Empty Idea of Equality. *Harvard Law Review*, Vol. 95, 1982, č. 3, s. 543.

2) *Srov. Morris, A. J.* On the Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, 1995, č. 2, s. 202.

3) Poněkud odlišnou definici nepřímé diskriminace podává § 3 odst. 1 zákona č. 198/2009 Sb., antidiskriminační zákon. Tu však pokládám za ne zcela zdařilou, neboť opomíjí požadavek, aby dané neutrální ustanovení mělo znevýhodňující dopad na určitou skupinu jednotlivců. Podle této definice si žalobce vystačí s tvrzením, že neutrálním opatřením byl postižen on sám. Co zákonodárce vedlo k tomu, že opomenul jeden z pojmových znaků nepřímé diskriminace, který představuje tradiční prvek všech jejích definic, není známo.

Jak se z uvedené definice podává, prvním z pojmových znaků nepřímé diskriminace je existence určitého opatření, jež je samo o sobě neutrální, tj. nijak nerozlišuje mezi různými jednotlivci či jejich skupinami. Může se jednat o opatření právní i mimoprávní, obecné i konkrétní.⁴ Co je důležité, je skutečnost, že dané opatření, jakkoli formulované právně „korektním“ jazykem, ve skutečnosti negativně postihuje určitou skupinu osob a staví ji do méně výhodné pozice než skupiny jiné. Jako příklad může sloužit situace, kdy zaměstnavatel pro výkon určitého zaměstnání vyžaduje vysokoškolskou kvalifikaci. Přestože se jedná o zdánlivě neutrální pravidlo, vylučuje z okruhu uchazečů příslušníky určitých okrajových skupin, jako jsou např. Romové, kteří v naprosté většině vysokoškolským vzděláním nedisponují.

Jak se podává z druhé části shora uvedené definice, v momentu, kdy je prokázáno, že určitá skupina je v důsledku aplikace neutrálního opatření znevýhodněna, je třeba zkoumat, zda toto opatření sleduje legitimní cíl a zda je pro jeho dosažení přiměřené a nezbytné. Otázkou je, která strana sporu je v této souvislosti obtěžkána důkazním břemenem: žalobce či žalovaný? Teorie i praxe jsou zajedno v tom, že v případech nepřímé diskriminace tíží důkazní břemeno původce napadeného opatření, čili žalovaného. Je tomu tak proto, že pro oběť daného opatření je mnohdy velmi obtížné prokázat, proč byla znevýhodněna (např. proč nebyla přijata do pracovního poměru). Právo proto ukládá tento úkol žalovanému, který je nejlépe povolán k tomu, aby vysvětlil důvody svého opatření, jež mělo ve svém důsledku negativní dopad na žalobce, resp. na skupinu, k níž se řadí.⁵

Jak již bylo naznačeno, jakmile dojde k přesunu důkazního břemene ze žalobce na žalovaného, musí žalovaný prokázat, že dané opatření sleduje určitý legitimní cíl a je pro jeho dosažení přiměřené a nezbytné. Použijeme-li shora uvedené příklady, potom požadavek vysokoškolské kvalifikace (jmenovitě v oboru medicíny) bude shledán za objektivně ospravedlněný v případě, kdy nemocniční zařízení bude přijímat nové lékaře. Požadavek odborné způsobilosti bude v tomto případě sledovat legitimní cíl (zájem na ochraně zdraví a života pacientů) a bude pro jeho naplnění zcela nezbytný. Fakt, že tato kvalifikační podmínka bude většinou Romů znemožňovat, aby se o dané místo ucházeli, bude proto právně irelevantní. Naopak, v situaci, kdy bude zdravotnické zařízení obsazovat např. místo nemocničního zřízence či řidiče sanitního vozu, bude tato podmínka nedůvodná a ve vztahu k Romům přímo diskriminační.

Byť je uvedený příklad poměrně schematický, ilustruje vhodně jednu zásadní věc. To, zda určité opatření představuje nepřímou diskriminaci, závisí v konečném důsledku na povaze důvodů, jimiž je existence tohoto opatření ospravedlnována.⁶ Jinými slovy, samotný fakt, že určitá skupina osob je v důsledku aplikace neutrálního opatření znevýhodněna, ještě sám o sobě neznamená, že se tato skupina stala obětí nepřímé diskriminace. Zákaz nepřímé diskriminace není principem, který by sledoval dosažení absolutní statistické rovnováhy, pokud jde o přístup jednotlivých skupin občanů k nejrůznějším pozicím a příležitostem. Pokud by tomu tak bylo, ocitli bychom se v absurdní situaci, kdy by prakticky všechny oblasti společenského života byly poměřovány statistikami a kdy by každá odchylka od rovnovážného stavu znamenala nepřímou diskriminaci. Takový stav by byl zjevně neudržitelný. Proto je třeba uzavřít, že jakákoli statis-

tická nerovnováha, která bude prokázána a která bude odhalovat znevýhodnění jedné skupiny vůči druhé, bude představovat pouze *prima facie* důkaz o tom, že v daném případě se může jednat o nepřímou diskriminaci. Tato domněnka však musí být prokázána – či naopak vyvrácena – v další fázi zkoumání, která se soustředí na otázku, zda důvody, jež ke zjištěnému znevýhodnění vedly, je možno považovat za přiměřené a nezbytné.⁷

III. Zrod nepřímé diskriminace v judikatuře Nejvyššího soudu USA

Zákaz nepřímé diskriminace byl poprvé uplatněn v roce 1971 v rozsudku Nejvyššího soudu USA *Griggs v. Duke Power Company*.⁸ V něm Nejvyšší soud uznal, že i zdánlivě neutrální požadavek zaměstnavatele na uchazeče o zaměstnání či na zaměstnance může porušovat klauzuli o rovné ochraně zákonů, zakotvenou ve 14. dodatku Ústavy (*Equal Protection Clause*), pokud má negativní dopad na určitou skupinu osob a nekoreponduje s předpoklady pro výkon dané práce.

V daném případě žalobci – osoby tmavé pleti – namítali, že se stali obětí protiprávní diskriminace porušující § 703(a) hlavy VII zákona o občanských právech (*Civil Rights Act*) z roku 1964, který zapovídá diskriminaci zaměstnanců ze strany zaměstnavatelů. Své tvrzení odůvodňovali tím, že žalovaná společnost podmiňovala přijetí nových zaměstnanců či převedení stávajících na jiné pracovní místo předložením středoškolského diplomu či složením standardizovaného testu obecné inteligence. Vzhledem k tomu, že osoby tmavé pleti byly v minulosti obětí rasové segregace, měly velmi omezený přístup ke vzdělání, v důsledku čehož pro ně bylo mnohem obtížnější než pro příslušníky většinové populace stanovené podmínky splnit. Nejvyšší soud jejich žalobě vyhověl, a to s následujícím odůvodněním.

Nejvyšší soud v úvodu svého rozsudku předně konstatoval, že Kongres zajisté nehodlal předmětnou právní normou zajistit právo každého na zaměstnání bez ohledu na kvalifikaci. Jeho úmyslem bylo vyloučit diskriminační preference pro členy jakékoli skupiny – ať již pro příslušníky většinové populace, nebo pro členy menšinových skupin. Co tudíž Kongres zamýšlel, bylo odstranění všech „umělých, svévolných a zbytečných překážek“ při získávání zaměstnání. Jak Nejvyšší soud v této souvislosti uvedl, předmětný zákon vylučuje nejen zjevnou, otevřenou diskriminaci, nýbrž též takové praktiky, jež jsou sice férové, pokud jde o formu, ale které nicméně vedou k diskriminačním důsledkům, a to bez ohledu na úmysl zaměstnavatele.

Faktorem, který byl v posuzované věci dle Nejvyššího soudu klíčový, byla tzv. „obchodní nezbytnost“ (*business necessity*): pokud kritérium, které zabraňuje příslušní-

4) Srov. *Barnard, C.* EC Employment Law. 3. vydání. Oxford University Press, 2006, s. 325.

5) Srov. *Ellis, E.* EU Anti-Discrimination Law. Oxford University Press, 2005, s. 98.

6) Srov. *Holmes, E.* Anti-Discrimination Rights Without Equality. The Modern Law Review, Vol. 68, 2005, č. 2, s. 184.

7) Srov. *Fredman, S.* Discrimination Law. Oxford University Press, 2002, s. 115.

8) Rozsudek *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). Z terminologického hlediska se sluší podotknout, že americká právní praxe ani nauka nehovoří o „nepřímé diskriminaci“, nýbrž používá standardního označení „*disparate-impact*“, resp. „*adverse-effect*“ theory – teorie odlišného dopadu, resp. teorie nepříznivého účinku.

kům některé skupiny v přístupu k určitému zaměstnání, nemá vztah k výkonu této práce, je třeba je považovat za protiprávní. Je to přitom zaměstnavatel, který je obtěžován důkazním břemenem a musí prokázat, že stanovený požadavek má zjevný vztah (*a manifest relationship*) k předmětnému zaměstnání. Vzhledem k tomu, že – jak Nejvyšší soud zjistil – mnozí zaměstnanci žalované společnosti, kteří nedisponovali středoškolským vzděláním a ani neabsolvovali test všeobecné inteligence, vykazovali uspokojivé pracovní výsledky a v rámci společnosti byli povyšováni i na místa, pro něž se splnění těchto požadavků začalo nově vyžadovat, uzavřel, že tato kritéria nebyla pro zastávání příslušných pozic objektivně potřebná, a prohlásil je za protiprávní.

V pozdější judikatuře Nejvyššího soudu byly standardy obsažené v rozsudku *Griggs* obohaceny o další princip, jenž stanoví, že pokud žalovaný prokáže, že výběrová kritéria se vztahují k výkonu dané práce, má žalobce stále možnost uspět, přesvědčí-li soud, že žalovaný mohl zvolit jiná kritéria, která by k diskriminačním důsledkům nevedla a která by zároveň chránila legitimní zájem žalovaného na „výkonné a důvěryhodné pracovní síle“.⁹

Byť se rozsudek *Griggs* stal prvním rozsudkem v historii, v němž byl vysloven zákaz nepřímé diskriminace, a jako takový se stal předobrazem tohoto principu v řadě evropských zemí a v právu ES, v samotných Spojených státech amerických je do současnosti aplikován poměrně omezeným způsobem. Zásady, jež Nejvyšší soud v tomto precedentu vyslovil, jsou totiž použitelné pouze v případech nároků na poli hlavy VII zákona o občanských právech. Nověji pak byla působnost těchto zásad vztažena též na nároky vznášené na poli zákona o věkové diskriminaci v zaměstnání (*Age Discrimination in Employment Act*).¹⁰ V ostatních oblastech pokrytých klauzulí o rovném zacházení se relativně striktní principy formulované v rozsudku *Griggs* neuplatní a diskriminující opatření budou shledána za protiprávní pouze tehdy, pokud žalobce prokáže mj. diskriminační úmysl žalovaného.¹¹

IV. Nepřímá diskriminace v rozhodovací praxi ESD

Rozsudek *Griggs* se stal základním předobrazem institutu nepřímé diskriminace v právu ES. Na jeho „osvojení“ a následném rozpracování měla zásadní podíl rozhodovací činnost ESD. Vesměs se jednalo o rozsudky týkající se zásady rovného odměňování mužů a žen zakotvené v čl. 119 (dnes čl. 141) Smlouvy o založení ES (SES). Stěžejní principy „vydestilované“ z této judikatury byly následně vtěleny do sekundární legislativy ES.¹² Vzhledem k tomu, že pro pochopení podstaty nepřímé diskriminace a pro její praktickou aplikaci má klíčový význam judikatura ESD, bude následující část věnována právě jí.

1. První pokusy o uchopení věcné podstaty pojmu

Prvním milníkem ve vývoji pojmu nepřímé diskriminace se stal rozsudek *Defrenne*.¹³ Byť se tento případ týkal diskriminace přímé (konkrétně rovnosti v odměňování a rovnosti pracovních podmínek mužů a žen), ESD v něm výslovně uznal existenci dvou koncepcí diskriminace, a to diskriminace přímé a diskriminace nepřímé. Rozdíl mezi těmito dvěma koncepcemi ESD spatřoval

v tom, že zatímco diskriminace přímá je údajně diskriminací „otevřenou“ (*overt*), diskriminace nepřímá je diskriminací „skrytou“ (*disguised*).¹⁴ Uvedená charakteristika však není zcela přiléhavá. Krom toho, že i přímá diskriminace může být prováděna skrytou formou (typicky tak, že nechtěnému zájemci o zaměstnání se sdělí, že volné místo je již obsazeno), toto členění navozuje dojem, že nepřímá diskriminace je výsledkem konkrétního úmyslu, resp. cílené selekce, ze strany jejího původce, který se svůj diskriminační záměr snaží nějakým způsobem skrýt – což ovšem není zdaleka přesné. Jak bude níže vysvětleno, nepřímá diskriminace nevyžaduje nutně úmysl svého původce a může být shledána taktéž v situacích, kdy její původce jednal bez úmyslu daného jednotlivce jakkoli diskriminovat.

O něco přiléhavější, byť rovněž ne zcela uspokojivé vysvětlení nepřímé diskriminace podal ESD v rozsudku *Jenkins*.¹⁵ Podstata případu spočívala v odlišné hodinové mzdě, kterou zaměstnavatel vyplácel svým zaměstnancům pracujícím na plný a na částečný úvazek. Paní Jenkins, zaměstnaná na částečný úvazek, tento systém napadla u britských soudů jako diskriminační s odůvodněním, že její mužští kolegové zaměstnaní na plný úvazek pobírali vyšší hodinovou mzdu než ona. Zaměstnavatel argumentoval tím, že rozdíl v hodinové mzdě je závislý nikoli na pohlaví daného zaměstnance, nýbrž výlučně na délce jeho úvazku, přičemž nižší hodinová mzda zaměstnanců na částečný úvazek byla dle zaměstnavatele odůvodněna snahou motivovat zaměstnance k práci na plný úvazek. S ohledem na to, že tento případ vznášel dosud neřešené otázky týkající se interpretace komunitárního práva, Odvolací tribunál pro pracovněprávní záležitosti (*Employment Appeal Tribunal*) předložil danou věc ESD v rámci řízení o předběžné otázce.

Přestože případ *Jenkins* představoval pro ESD první příležitost, aby definoval parametry nepřímé diskriminace, nabízenou šanci ponechal svou nedůsledností do značné míry nevyužitou. Jak ESD ve svém rozsudku mimo jiné uvedl, pokud je prokázáno, že podstatně nižší procento žen než mužů dosahuje týdenního počtu odpracovaných hodin nezbytného pro to, aby měl zaměstnanec nárok na hodinovou mzdu platnou pro zaměstnance pracující na plný úvazek, tato platová nerovnost bude v rozporu s čl. 119 SES, pokud ji nebude možno vysvětlit jinými faktory než diskriminací z důvodu pohlaví. V případech, v nichž se hodinová mzda liší podle toho, zda se jedná o zaměstnance na plný či částečný úvazek, je podle ESD na národních soudech, aby rozhodly, zda s ohledem na fakta případu, jeho historii a úmysl zaměstnavatele je taková platová politika ve skutečnosti diskriminací založenou na pohlaví zaměstnance. Konečně, jak ESD uvedl, rozdíl v platu mezi zaměstnanci

9) Rozsudek *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321 (1977).

10) Rozsudek *Smith v. City of Jackson*, 544 U.S. 228 (2005).

11) Rozsudek *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

12) Viz např. směrnice Rady 97/80/ES ze dne 15. 12. 1997, o důkazním břemenem v případech diskriminace na základě pohlaví (čl. 2 odst. 2), či směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/73/ES ze dne 23. 9. 2002, kterou se mění směrnice Rady 76/207/EHS o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky (čl. 2 odst. 2).

13) Rozsudek C-43/75 *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* ze dne 8. 4. 1976.

14) Tamtéž, § 18.

15) Rozsudek C-96/80 *J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* ze dne 31. 3. 1981.

pracujícími na plný a na částečný úvazek v zásadě nepředstavuje diskriminaci zakázanou čl. 119 SES, ledaže by byl pouze nepřímým způsobem snížení platu zaměstnanců pracujících na částečný úvazek z toho důvodu, že tato skupina pracovníků je tvořena výlučně či povětšinou ženami.¹⁶

Jak již bylo naznačeno, rozsudek *Jenkins* je pramálo uspokojivý, a to hned z několika důvodů. Předně, definice diskriminace, kterou tento rozsudek podává, je v podstatě tautologická, neboť za diskriminaci porušující čl. 119 SES označuje zacházení spočívající na důvodech – jež jsou diskriminační. Nadto, z uvedeného rozsudku není jednoznačně patrné, zda nutnou podmínkou nepřímé diskriminace je též diskriminační úmysl. Zatímco z předposlední věty citovaného úryvku se zdá, že úmysl zaměstnavatele nutnou podmínkou není a jako takový ztělesňuje pouze přítěžující okolnost, z poslední věty se naopak zdá vyplývat, že ESD úmysl za nutnou podmínku nepřímé diskriminace považoval. Není divu, že poté, co byla věc vrácena Odvolacímu tribunálu pro pracovněprávní záležitosti, jeho předseda Sir Browne-Wilkinson uvedl, že vyjádření ESD je natolik nejasné, že mu nezbývá nic jiného, než použít vlastní kritéria pro výklad národního práva, a rozhodl, že i neúmyslná nepřímá diskriminace žen pracujících na částečný úvazek je v rozporu se zákonem o rovné mzdě (*Equal Pay Act*), i kdyby byla v souladu s čl. 119 SES.¹⁷

I přes výše uvedené výhrady je nicméně třeba konstatovat, že rozsudek *Jenkins* znamenal přece jen určitý pokrok ve snaze o pojmové vymezení nepřímé diskriminace. Jeho význam spočívá především v tom, že ESD v něm dal poprvé výslovně najevo, že neutrální opatření, které ve svých důsledcích znevýhodňuje určitou skupinu (zde ženy pracující na částečný úvazek), může představovat nepřímou diskriminaci, a porušovat tak princip stejné odměny zakotvený v čl. 119 (dnes 141) SES.

2. Ustálení hlavních rysů pojmu

Rozhodnutím, v němž ESD explicitně stanovil hlavní kritéria pro posuzování nepřímé diskriminace a který se stal základním precedentem v dané oblasti platným dodnes, je rozsudek *Bilka*.¹⁸ Podstata případu spočívala v rozdílných podmínkách, za nichž zaměstnavatel, společnost *Bilka Kaufhaus*, vyplácel svým zaměstnancům při odchodu do starobního důchodu peněžní plnění z doplňkového zaměstnaneckého penzijního programu. Zatímco zaměstnanci pracující na plný úvazek měli nárok na výplatu této částky automaticky, zaměstnanci pracující na částečný úvazek byli k její výplatě oprávněni pouze za podmínky, že v minulosti pracovali na plný úvazek alespoň 15 let. Toto kritérium, byť na první pohled zcela neutrální, ovšem ve svém důsledku výrazně znevýhodňovalo ženy. Vzhledem k jejich tradiční roli v péči o domácnost a o nezletilé děti pracovalo ve společnosti *Bilka* na částečný úvazek podstatně více žen než mužů, v důsledku čehož tvořily ženy taktéž většinu ze skupiny zaměstnanců, jimž právo na výplatu řečeného plnění při odchodu do důchodu nevzniklo. Jedna z těchto zaměstnankyň, paní *Weber von Hartz*, proto zažalovala společnost *Bilka* u německých soudů, jež nakonec celou věc předložily v rámci řízení o předběžné otázce lucemburskému tribunálu.

Ve své odpovědi na vznesené předběžné otázky ESD předně konstatoval, že zákaz diskriminace je porušen za

městnavatelem, který vylučuje zaměstnance pracující na částečný úvazek z penzijního programu, pokud toto vyloučení postihuje daleko větší počet žen než mužů, ledaže by daný zaměstnavatel prokázal, že toto vyloučení je založeno na objektivně ospravedlnitelných faktorech nijak nesouvisejících s jakoukoli diskriminací z důvodu pohlaví. Jak ESD dále uvedl, je výhradně věcí národních soudů, aby posoudily, zda – a pokud ano, do jaké míry – důvody uváděné zaměstnavatelem na podporu daného opatření mohou být považovány za objektivně ospravedlněné ekonomické důvody. Pokud tyto důvody odpovídají skutečné potřebě zaměstnavatele, jsou vhodné pro dosažení cílů sledovaných zaměstnavatelem a jsou za tímto účelem nezbytné, potom skutečnost, že dané opatření postihuje daleko větší počet žen než mužů, není dostačující pro závěr, že představuje porušení zákazu diskriminace.¹⁹

Test stanovený v precedentu *Bilka* je v rozhodovací činnosti ESD do dnešní doby běžně používán při přezkumu, zda určité neutrální opatření, které negativně postihuje některou skupinu jednotlivců, zakládá nepřímou diskriminaci. V další části článku se proto zaměříme na detailnější analýzu jednotlivých prvků tohoto testu, mimo jiné též s ohledem na jejich další rozpracování v pozdější judikatuře ESD.

2.1 Napadené opatření nemusí být vedeno diskriminačním úmyslem

V rozsudku *Bilka* dal ESD poprvé jasně najevo, že nepřímá diskriminace nevyžaduje nutně diskriminační úmysl. V tomto ohledu představuje precedent *Bilka* zásadní pokrok oproti rozsudku *Jenkins*, jenž otázku úmyslu – eufemisticky řečeno – ponechal zcela otevřenou. Od vydání rozsudku *Bilka* je však již odpověď na tuto otázku zcela jednoznačná: nepřímá diskriminace může být shledána i při absenci jakéhokoli motivu či úmyslu diskriminovat, a to pouze na základě shora uvedeného objektivního standardu.²⁰ Jinými slovy, k založení nepřímé diskriminace postačí, nebude-li splněno některé z kritérií definovaných v rozsudku *Bilka*, tj. pokud napadené opatření zaměstnavatele nebude objektivně ospravedlněné, pokud nebude odpovídat skutečné potřebě jeho podniku, nebo pokud nebude vhodné či nezbytné pro dosažení sledovaného cíle. Fakt, že zaměstnavatel neměl v úmyslu dotčené zaměstnance či uchazeče o zaměstnání jakkoli diskriminovat, bude zcela bezvýznamný. Koncept nepřímé diskriminace je totiž postaven nikoli na úmyslu zacházet s jednou skupinou hůře než s jinou, nýbrž na tom, že určitá skupina jednotlivců – a to bez ohledu na jakýkoli úmysl – se nachází v méně výhodné situaci než skupiny jiné, aniž by pro to existovalo přijatelné odůvodnění.

Tento objektivní standard má své logické zdůvodnění. Jak uvedl již Nejvyšší soud USA ve shora uvedeném rozsudku *Griggs*, ani dobrý úmysl, ani absence diskrimi-

16) Tamtéž, § 13 a 15.

17) Srov. *Barnard, C., Hepple, B.* Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith. *Cambridge Law Journal*, Vol. 58, 1999, č. 2, s. 401–402.

18) Rozsudek C-170/84 *Bilka – Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* ze dne 13. 5. 1986.

19) Tamtéž, § 31 a 36.

20) Obdobně *Tobler, Ch.* Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law. *Intersentia*, 2005, s. 235. Srov. též *Ellis, E.*, op. cit. sub 5, s. 103 a násl.; *Barnard, C.*, op. cit. sub 4, s. 332.

načního úmyslu neospravedlňují takové zaměstnanecké praktiky či selektivní mechanismy, jež vylučují příslušníky minoritních skupin a jež přitom neberou v potaz schopnost daného kandidáta řádně vykonávat danou práci. Čemu je třeba zabránit, není jen zlovolná motivace zaměstnavatele, ale též negativní dopady jeho opatření, které nemá žádný vztah k výkonu daného zaměstnání.²¹ Kromě tohoto pragmatického argumentu lze uvedený objektivní standard odůvodnit též argumentem psychologickým. Fakt, že při namítání nepřímé (ale i přímé) diskriminace není žalobce povinen prokazovat diskriminační úmysl, vychází z předpokladu, že jedinci mohou diskriminovat nejen na základě svých vědomých antipatií, ale též na základě svých předsudků či stereotypů, jichž si ani nemusí být vědomi.²² Požadavek úmyslu se tedy v tomto světle jeví jako nadbytečný, ba dokonce kontraproduktivní. Konečně, řečený objektivní standard začíná být v poslední době ospravedlňován též hodnotovými argumenty. Ty v podstatě tvrdí, že selektivní kritéria pro výběr zaměstnanců bývají založena na typických vlastnostech a predispozicích příslušníků většinové populace, které přímo souvisejí s jejich většinovým statutem, v důsledku čehož *a priori* vylučují osoby, jež tyto charakteristiky nesdílejí. Tato situace však ve skutečnosti znamená, že dotčená osoba je vyloučena z přístupu k zaměstnání na základě stereotypních kritérií, aniž by byly zkoumány její skutečné předpoklady pro řádný výkon dané práce. Takové zaměstnanecké praktiky porušují právo postiženého jednotlivce na férový přístup k zaměstnání, jež je součástí širšího konceptu lidské důstojnosti. Důstojnost jednotlivce je přitom objektivní hodnota, jejíž porušení představuje újmu *per se*, která není závislá na diskriminačním úmyslu zaměstnavatele.²³

2.2 Napadené opatření musí mít negativní dopad na určitou skupinu

Být ESD v rozsudku *Bilka* hovořil o tom, že nezbytným předpokladem pro závěr o nepřímé diskriminaci je zjištění, že dané opatření negativně „postihuje“ určitou skupinu jednotlivců, ve své pozdější judikatuře tento požadavek zpřísnil, a to v následujícím smyslu. Pro to, aby se jednalo o nepřímou diskriminaci, není nutné prokázat, že napadené opatření má skutečný negativní dopad na danou skupinu; postačí, pokud žalobce prokáže, že dané opatření je „ze své podstaty předurčeno“ (*intrinsically liable*) k tomu, aby tento dopad mělo, a že je zde riziko, že dané skupině přivodí zvláštní nevýhodu.²⁴

Být dle judikatury ESD postačuje již sama potenciální hrozba, že příslušné opatření postihne určitou skupinu, ne každý negativní dopad (resp. hrozba takového dopadu) bude zakládat nepřímou diskriminaci. Judikatura ESD dává jasně najevo, že nikoli každá statistická nerovnováha v přístupu ke společenským pozicím představuje nepřímou diskriminaci. Má-li být nepřímá diskriminace shledána, musí se jednat o statisticky významnou odchylku od rovnovážného stavu. To vyplývá ze shora citovaného úryvku z rozsudku *Bilka*, který hovoří o tom, že má-li se jednat o nepřímou diskriminaci, dané opatření musí postihovat „daleko větší počet“ (*a far greater number*) žen než mužů. Otázka, co je „daleko větší počet“ žen než mužů, bude pochopitelně v některých případech vyvolávat jisté interpretační obtíže. V obecné rovině však nelze učinit více než konstatovat, že daná statistická nerovnováha musí být skutečně zjevná a citelná.

Důkazem toho je rozsudek *Seymour-Smith*, v němž bylo předmětem zkoumání zákonné ustanovení, podle kterého měli zaměstnanci nárok na náhradu škody za neoprávněnou výpověď pouze v případě, kdy jejich pracovní právní vztah trval minimálně dva roky. Jak ESD ve svém odůvodnění uvedl, v prvé řadě je třeba zkoumat, zda dostupné statistiky naznačují, že „podstatně nižší procento“ žen než mužů je schopno danou podmínku splnit. Taková situace by byla zjevným důkazem nepřímé diskriminace z důvodu pohlaví, ledaže by napadené pravidlo bylo ospravedlněno objektivními důvody. O *prima facie* důkaz nepřímé diskriminace se bude jednat i tehdy, konstatoval dále ESD, pokud daná statistika bude odhalovat sice „menší, avšak přetrvávající a relativně stálý nepoměr“ mezi muži a ženami splňujícími podmínku dvouletého zaměstnání. Na základě těchto premis ESD poznamenal, že v daném případě splňovalo shora uvedenou podmínku pro náhradu škody utrpěné v důsledku protiprávní výpovědi 77,4 % mužů a 68,9 % žen. Taková statistická data však podle ESD sama o sobě nemohou prokázat, že „podstatně nižší procento“ žen než mužů je schopno splnit požadavek stanovený zpochybňovaným pravidlem. V daném případě se tedy o nepřímou diskriminaci nejednalo.²⁵

Rozsudek *Seymour-Smith* má hned dvojí význam. Zaprvé z něj lze vyvodit závěr, že tam, kde statistická nerovnováha nepřekračuje 10 %, lze jen stěží hovořit o nepřímé diskriminaci. Zadruhé, uvedený rozsudek posiluje roli statistik ve sporech týkajících se nepřímé diskriminace.²⁶ To je v zásadě pozitivní zjištění, ovšem při využití různých statistik předložených stranami sporu by soudy měly mít na paměti, že objektivní statistická analýza vyžaduje sofistikované postupy a že statistiky mohou často podávat (nezřídka též záměrně) velmi zkreslený obraz reality. Jak praví jistě rčení, mnozí užívají statistiky jako opilec pouliční lampy – toliko pro podporu, nikoli pro osvětlení.²⁷

Těto situaci se soudy musí odpovědným hodnocením předložených statistik vyhnout. Musí brát v potaz jen takové statistiky, jež splňují kritéria zaručující jejich objektivitu. Jak vyplývá z judikatury ESD, úkolem vnitrostátních soudů je posoudit, zda jsou dané statistiky věrohodné, tj. zda pokrývají dostatečný počet jednotlivců, zda nezachycují čistě nahodilé a krátkodobé fenomény a zda se obecně jeví jako signifikantní. Tento požadavek byl formulován např. v rozsudku ESD ve věci *Jorgensen*. V daném případě bylo žalobkyní napadeno schéma reorganizace zdravotnických povolání znevýhodňující specializované praktiky pracující na částečný úvazek. Toto opatření vycházelo ze všeobecné kritiky lékařů, kteří byli zaměstnáni na částečný úvazek v ne-

21) Srov. rozsudek *Griggs v. Duke Power Co.*, cit. sub 8, s. 432.

22) Srov. rozsudek Sněmovny lordů *R. v. Immigration Officer at Prague Airport* [2004] UKHL 55 ze dne 9. 12. 2004, stanovisko baronky Hale of Richmond; či rozsudek Sněmovny lordů *Swiggs and Others v. Nagarajan* [1999] UKHL 36 ze dne 15. 7. 1999, stanovisko lorda Nichollse of Birkenhead.

23) K tomuto pojetí srov. blíže Réaume, D. G. Harm and Fault in Discrimination Law: The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination. Theoretical Inquiries in Law, Vol. 2, 2001, č. 1.

24) Rozsudek C-237/94 *John O'Flynn v. Adjudication Officer* ze dne 23. 5. 1996, § 20.

25) Rozsudek C-167/97 *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez* ze dne 9. 2. 1999, § 60-64.

26) Srov. *Barnard, C.*, op. cit. sub 4, s. 329.

27) Citováno dle *Barnard, C., Hepple, B.*, op. cit. sub 17, s. 408.

mocnicích a zároveň se věnovali své soukromé praxi. Nové schéma proto stanovilo maximální roční limit pro platby vyplácené lékařům pracujícím na částečný úvazek příslušnou veřejnoprávní pojišťovnou ve výši 400 000 až 500 000 DKK (v závislosti na specializaci). Byť se žalobkyně jako revmatoložka věnovala pouze své vlastní praxi, vzhledem k tomu, že v minulosti měla kratší pracovní úvazek z důvodu péče o nezletilé děti, měla být její praxe v případě prodeje třetí osobě s ohledem na nové schéma považována za praxi s částečným úvazkem. V důsledku toho by se na nového majitele vztahoval horní limit pro platby vyplácené příslušnou pojišťovnou ve výši 400 000 DKK, což by žalobkyni při prodeji údajně znevýhodňovalo. Poté, co toto schéma napadla civilní žalobou, obrátily se dánské soudy s předběžnou otázkou na ESD. Ten ve své odpovědi mimo jiné uvedl, že dané opatření mělo reálný dopad na 22 zdravotnických specialistů, z nichž 14 bylo ženského pohlaví, a to z celkového počtu 1680 zdravotnických pracovníků, z nichž 302 bylo ženského pohlaví. Nikoli překvapivě, tato data bylo možno podle ESD jen s velkými obtížemi pokládat za statisticky relevantní.²⁸

2.3 Napadené opatření musí být objektivně ospravedlněno ekonomickými důvody

Jak vyplývá z rozsudku *Bilka*, při posuzování toho, zda určité neutrální opatření zakládá nepřímou diskriminaci, je třeba zkoumat, zda důvody uváděné na jeho podporu mohou být považovány za objektivně ospravedlněné ekonomické důvody (*objectively justified economic grounds*). Byť je kritérium objektivního odůvodnění standardně používaným testem, ve skutečnosti je jeho význam poměrně nejasný. Patrně nebude velkým zkrácením reality, pokud konstatujeme, že snad každý zaměstnavatel bude svou politiku považovat za objektivně odůvodněnou ekonomickými ohledy a že stejně tak každý znevýhodněný zaměstnanec bude mít pohled přesně opačný. A konečně soud rozhodující daný spor bude považovat za objektivní odůvodnění to, které vyhoví – jak jinak – jeho subjektivním představám o tom, co je třeba za objektivní považovat.

Co pod požadavkem objektivního odůvodnění rozumí samotný ESD? Rozsudek *Bilka* na tuto otázku nedává odpověď. O mnoho lépe na tom není ani pozdější judikatura, nicméně určitá dílčí kritéria z ní lze přeci jen vystopovat. Předně, má-li být napadené opatření shledáno objektivně odůvodněným, není možné, aby bylo ospravedlněno poukazem na nějaké obecné, paušální úvahy založené na určitých představách či dokonce předsudcích o typických vlastnostech znevýhodněných jednotlivců.²⁹ Tento princip vyplývá z rozsudku *Rinner-Kühn*.³⁰ V něm se jednalo o otázku, zda je v souladu s čl. 119 SES zákon, podle kterého zaměstnavatel nebyl povinen vyplácet mzdu zaměstnancům ocitnuvším se bez svého zavinení v pracovní neschopnosti, pokud jejich pracovní úvazek nepřekračoval 10 hodin týdně či 45 hodin měsíčně. Tato norma znevýhodňovala ženy, které volí částečný pracovní úvazek častěji než muži. Německá vláda na svou obhajobu argumentovala tím, že zaměstnanci pracující méně než 10 hodin týdně, resp. 45 hodin měsíčně, nejsou do dané společnosti integrováni, resp. nejsou na ní závislí tak jako zaměstnanci pracující na plný úvazek. Je proto logické, že v takových případech daná společnost není vázána jakoukoli povinností poskytovat těmto zaměstnancům sociální výhody. ESD však tyto ar-

gumenty odmítl s tím, že se jedná o „obecná prohlášení“ (*generalised statements*) týkající se určitých skupin zaměstnanců, která jako taková neumožňují identifikovat jakékoli objektivní důvody stojící za danou normou.

Užitečné poučení nejen o tom, co nemůže, ale též o tom, co může sloužit jako objektivní ospravedlnění *prima facie* diskriminačního opatření, přinesl rozsudek *Enderby*.³¹ V něm měl ESD posoudit, zda je diskriminační situace, kdy v rámci jedné zaměstnavatelské společnosti existoval nezanedbatelný platový rozdíl mezi dvěma kategoriemi zaměstnanců obdobného významu (logopedi a lékárníci), přičemž první kategorie sestávala téměř výhradně z žen, zatímco druhá povětšinou z mužů. ESD předně uvedl, že zaměstnavatel nemůže rozdíl v mzdovém ohodnocení odůvodňovat poukazem na uzavřené kolektivní smlouvy. V opačném případě by totiž mohl obcházet zákaz diskriminace využíváním odlišných kolektivních smluv pro odlišné skupiny zaměstnanců.³² Na druhou stranu, ESD zároveň realisticky konstatoval, že pokud je vyšší plat určité kategorie zaměstnanců zapříčiněn nedostatkem vhodných kandidátů na trhu práce a záměrem zaměstnavatele je přilákat kvalifikované uchazeče, lze takový rozdíl s ohledem na konkrétní okolnosti případu považovat za objektivní důvod ospravedlňující odlišné zacházení. Národní soudy jsou tedy při zkoumání odůvodněnosti napadených opatření oprávněny vzít v potaz příslušné tržní faktory, ovšem při jejich hodnocení musí aplikovat princip přiměřenosti a uvážit, nakolik jsou platové rozdíly skutečně přičitatelné situaci na trhu pracovních sil.³³ Jak však ESD zároveň ve své judikatuře varuje, síla tržně orientovaných argumentů není neomezená. Žádnou diskriminaci nelze ospravedlnit argumentem, že opatření zaměstnavatele přijaté za účelem narovnání odlišných podmínek mezi dvěma skupinami zaměstnanců by pro zaměstnavatele znamenalo zvýšené náklady.³⁴

Jak je z výše uvedeného rozboru patrné, ESD dává pouze omezenou odpověď na otázku, co je třeba rozumět pod objektivním ospravedlněním určitého *prima*

28) Rozsudek C-226/98 *Birgitte Jørgensen v. Foreningen af Speciallæger and Sygesikringens Forbundsudvalg* ze dne 6. 4. 2000, § 34. Srov. též *Barnard, C.*, op. cit. sub 4, s. 329–330.

29) Srov. *Hervey, T. K.* Justification for Indirect Sex Discrimination in Employment: European Community and United Kingdom Law Compared. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, 1991, s. 811–812.

30) Rozsudek C-171/88 *Rinner-Kühn v. FWW Spezial Gebäudereinigung GmbH & Co. KG* ze dne 13. 7. 1989.

31) Rozsudek C-127/92 *Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health* ze dne 27. 10. 1993.

32) Tamtéž, § 20–23. Pro obdobné závěry viz rozsudek C-33/89 *Maria Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg* ze dne 27. 6. 1990 (pokud zaměstnavatel neposkytuje v případě rozvázání pracovního poměru zaměstnancům na částečný úvazek – tedy převážně ženám – odstupné, nemůže se odvolávat na platné kolektivní smlouvy).

33) Tamtéž, § 24–29. Možnost zaměstnavatele ospravedlnit rozdíly ekonomickými ohledy potvrzuje též rozsudek C-109/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss* ze dne 17. 10. 1989 (platové rozdíly mezi muži a ženami mohou být za určitých podmínek ospravedlněny časovou přízpusobivostí zaměstnanců, speciálním vzděláním či praxí a délkou zaměstnání; § 22–25) nebo rozsudek C-322/98 *Bärbel Kacheilmann v. Bankhaus Hermann Lampe KG* ze dne 26. 9. 2000 (odlišné zacházení se zaměstnanci na plný a částečný úvazek, k němuž dochází v případě propouštění z ekonomických důvodů, je možné ospravedlnit provozními nebo ekonomickými důvody).

34) Rozsudek C-243/95 *Kathleen Hill and Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners and Department of Finance* ze dne 17. 6. 1998, § 40.

facie diskriminačního opatření. Jakékoli zobecňující úvahy mohou být proto poněkud ošemetné. Na základě dosavadní judikatury ESD lze nicméně konstatovat, že má-li být takové opatření shledáno jako objektivně odůvodněné, musí být ospravedlněno racionálními a konkrétními argumenty, nikoli zástupnými důvody či paušalizujícími úvahami. Za objektivní budou shledány pouze takové důvody, jež mají oporu v ekonomické realitě, tzn. takové, jež odrážejí skutečné požadavky pro výkon pracovních povinností a/nebo reálné potřeby zaměstnavatele. Konečně, za objektivní důvody ospravedlňující znevýhodněné postavení určitých jednotlivců budou akceptovány pouze ty, jež nemají žádný vztah k některému ze zakázaných důvodů diskriminace (pohlaví, věk atd.).

2.4 Napadené opatření musí odpovídat skutečné potřebě zaměstnavatele, být vhodné pro dosažení sledovaného cíle a pro tento účel nezbytné

Požadavek, že napadené opatření musí odpovídat skutečné potřebě zaměstnavatele, být vhodné pro dosažení sledovaného cíle a být pro tento účel nezbytné, představuje vedle podmínky objektivního ospravedlnění hlavní kritérium, jež musejí soudy aplikovat při posuzování, zda napadené neutrální opatření zakládá nepřímou diskriminaci. Z povahy věci vyplývá, že soudy při zkoumání těchto podmínek do značné míry opouštějí hájemství práva a vstupují do říše ekonomických úvah a kritérií. Řečeno v kostce, jejich přezkumná činnost se v konečném důsledku soustředí na otázku, zdali napadené opatření přispívá, či alespoň může přispívat, k naplnění hospodářských cílů zaměstnavatele a k jeho konkurenceschopnosti.³⁵ I v případě, že ano, však soudy musejí zkoumat, do jaké míry je toto opatření přiměřené a zda neklade na dotčené jednotlivce nadměrné břemeno.

Pokud se jedná o první dílčí požadavek, tj. požadavek „skutečné potřeby“ zaměstnavatele, jeho odůvodnění vyplývá z následující úvahy. Má-li být opatření, které prolamuje princip rovnosti a staví určitou skupinu jednotlivců do méně výhodného postavení, považováno za právně přípustné, musí být tento negativní důsledek vyvážen jiným, dostatečně závažným zájmem. Každé takové opatření proto musí sledovat v první řadě nějaký legitimní cíl. V kontextu nepřímé diskriminace v oblasti pracovněprávních vztahů je tímto cílem ekonomická potřeba zaměstnavatele. Přirozeně se musí jednat nikoli o potřebu smyšlenou, nýbrž, o potřebu skutečnou (*genuine need*). Pokud kupř. zaměstnavatel odměňuje vyšším platem zaměstnance, kteří vykazují větší časovou flexibilitu (v zásadě muže), nestačí, bude-li tvrdit, že vyšší plat těchto zaměstnanců je ospravedlněn jejich větší časovou pružností. Zaměstnavatel musí jít dále a prokázat, že tato časová flexibilita je s ohledem na druh vykonávané práce skutečně potřebná.³⁶

Druhý dílčí požadavek, podle něž napadené opatření musí být vhodné (*appropriate*) k realizaci kýžené ekonomické potřeby, ukládá zaměstnavateli povinnost prokázat, že dané opatření je způsobilé tuto potřebu naplnit. Mezi napadeným opatřením a sledovaným užitektem tedy musí existovat určitý racionální vztah prostředku a cíle. Není přitom nutné, aby tohoto ekonomického cíle bylo již dosaženo. Postačí, pokud zaměstnavatel prokáže, že dané opatření je způsobilé dosáhnout tohoto cíle alespoň hypoteticky.

Je patrné, že požadavek „vhodnosti“ napadeného opatření, stejně jako požadavek „skutečné potřeby“ zaměst-

navatele, přiznává zaměstnavatelům relativně širokou diskreci a umožňuje jim na obhajobu svých *prima facie* diskriminačních opatření využívat celou řadu důvodů. Tuto jejich volnost nicméně omezuje třetí požadavek, jež stanoví, že napadené opatření musí být pro dosahování sledovaného cíle zaměstnavatele „nezbytné“ (*necessary*).

Obecně je možno konstatovat, že požadavek nezbytnosti v podstatě implikuje test přiměřenosti. Při posuzování, zda napadené opatření může být považováno za nezbytné, soudy musejí vzájemně poměřovat početnost postižené skupiny a závažnost negativního dopadu na její příslušníky na straně jedné a význam ekonomických zájmů zaměstnavatele na straně druhé. Čím větší bude okruh postižených osob, resp. čím závažnější bude jejich znevýhodnění, tím pádnější důvody bude muset zaměstnavatel formulovat, aby dané opatření mohlo být shledáno jako nezbytné pro dosahování jeho hospodářských cílů.³⁷

Jak se z rozhodovací činnosti ESD podává, princip přiměřenosti nabývá při přezkumu nepřímé diskriminačních opatření tří podob, jež vyjadřují různou míru intenzity přezkumu ESD. Základní a zároveň nejprísnejší verze tohoto principu se uplatňuje při přezkumu diskriminačních opatření přijatých zaměstnavateli v oblasti pracovněprávních vztahů. Zde je tradičním preceden-tem shora zmíněný rozsudek *Bilka*, podle něž musí být takové opatření „nezbytné“ pro dosahování cíle sledovaného zaměstnavatelem. Již na první pohled je patrné, že požadavek nezbytnosti představuje pro zaměstnavatele poměrně striktní podmínku. Chce-li zaměstnavatel ospravedlnit určité *prima facie* diskriminační opatření, nestačí mu prokázat, že je např. „běžné“ v praxi či „užitečné“ pro jeho zájmy. Musí jít dále a demonstrovat, že dané opatření je důležité pro efektivní fungování podniku, a to natolik, že převažuje nad právem dotčených osob na rovné zacházení.

Zajímavou otázkou, která se v této souvislosti klade, je, zda podmínka „nezbytnosti“ znamená, že dané opatření musí být nepostradatelné, tj. zcela nevyhnutelné. Jinými slovy, znamená podmínka „nezbytnosti“ to, že zaměstnavatel je oprávněn přijmout určité opatření jen tehdy, neexistuje-li žádné jiné alternativní opatření, pomocí něhož by se dalo sledovaného cíle také dosáhnout a které by zároveň narušovalo zásadu rovného zacházení méně intenzivním způsobem, popř. vůbec? Na tuto otázku nedává judikatura ESD bohužel výslovnou odpověď. Řada komentátorů³⁸ zastává kladné stanovisko, poukazující na to, že tzv. požadavek méně omezující alternativy je nedílnou součástí testu přiměřenosti standardně používaného v judikatuře ESD.³⁹ Má-li tudíž být právo nepřímé diskriminace aplikováno konzistentně

35) Obdobně *Morris, A. J.*, op. cit. sub 2, s. 217.

36) Srov. *Hervey, T. K.*, op. cit. sub 29, s. 814.

37) Srov. *Broadbent, J., Pollard, D.* Age Discrimination: Using Objective Justification, materiál zveřejněný v červnu 2006 na internetových stránkách advokátní kanceláře Freshfields Bruckhaus Deringer <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2006/15484.pdf>, s. 1; naposledy navštíveno 12. 10. 2009. Srov. též rozsudek Sněmovny lordů *Barry v. Midland Bank* [1999] UKHL 38 ze dne 22. 7. 1999, stanovisko lorda Nichollse of Birkenhead.

38) Srov. *Tobler, Ch.*, op. cit. sub 20, s. 241–242 a prameny zde citované.

39) Srov. např. rozsudek C-331/88 *The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and others* ze dne 13. 11. 1990, § 13: „Princip přiměřenosti vyžaduje, aby opatření přijatá institucemi Společenství nepřekračovala meze toho, co je vhodné a nezbytné pro dosažení cílů legitimně sledovaných danou legislativou. Pokud se nabízí výběr mezi několika vhodnými opatřeními, musí být využito toho, jež je nejméně zatěžující, a způsobené nevýhody nesmí být nepřiměřeně sledovaným cílům.“

s dalšími oblastmi práva ES, je třeba principu „nezbytnosti“ připisovat tento ustálený význam.

Na rozdíl od těchto komentátorů se nedomnívám, že podmínka „nezbytnosti“ v podání ESD implikuje požadavek méně omezující alternativy.⁴⁰ Předně, ESD tento závěr ve své judikatuře nikdy výslovně nepodpořil. Nadto je třeba si uvědomit, že požadavek méně omezující alternativy používá ESD pravidelně při přezkumu přiměřenosti opatření evropských institucí. S ohledem na jejich odvozenou legitimitu a na princip subsidiarity je proto pochopitelné, že ESD klade na tato opatření zvýšené nároky a požaduje, aby do demokratických pravomocí orgánů členských států zasahovala co možná nejmenší měrou. Vzhledem k tomu nevidím důvod, proč by požadavek méně omezující alternativy měl nutně platit též pro opatření přijímaná zaměstnavateli na poli pracovních vztahů. Naopak, v těchto případech by právo mělo brát ohled nejen na zájmy zaměstnanců, ale rovněž na zájmy zaměstnavatelů a přiznávat jim dostatečnou míru volnosti při přijímání různých opatření, jimiž se snaží zajistit efektivní fungování svého podniku v konkurenčním prostředí.

Skutečností nicméně zůstává, že ESD nedává jednoznačnou odpověď na otázku, zda je třeba při přezkumu nezbytnosti opatření zaměstnavatelů, jež znevýhodňují určitou skupinu zaměstnanců, aplikovat požadavek méně omezující alternativy. Naštěstí o mnoho jasnější je jeho judikatura v případech, v nichž namítaná nepřímá diskriminace vyvěrá z určitého legislativního předpisu členského státu. Tyto případy lze rozdělit do dvou podskupin, a to na případy týkající se právních předpisů z oblasti sociálního zabezpečení a z oblasti pracovního práva. V první a zejména pak ve druhé ze zmíněných kategorií případů aplikuje ESD podstatně mírnější verze principu přiměřenosti, než je test „nezbytnosti“, a na požadavku méně omezující alternativy zcela jasně netrvá.

Pokud jde o přezkum předpisů z oblasti sociálního zabezpečení, zde je hlavním precedencem rozsudek *Nolte*.⁴¹ V něm byla jádrem zkoumání ESD německá legislativa v oblasti důchodového a zdravotního pojištění, jež při splnění stanovených podmínek zakládala nárok zaměstnanců na starobní a invalidní důchod. Tyto nároky však nepřisloužely tzv. „vedlejší“ (doslova: zanedbatelným - *geringfügig*) zaměstnancům, tj. těm, jejichž pracovní úvazek činil méně než 15 hodin měsíčně a jejichž mzda nepřekračovala jednu sedminu průměrné mzdy pojištěných zaměstnanců (v dominantní míře ženám). Při hodnocení této legislativy ESD předně konstatoval, že sociální politika spadá do působnosti jednotlivých členských států a že při volbě prostředků pro dosažení cílů této politiky státy požívají značnou míru diskrece (*a broad margin of discretion*). S ohledem na tuto diskreci pak ESD uzavřel, že i když napadená legislativa bude postihovat daleko více žen než mužů, bude v souladu s principem nediskriminace, pokud daný stát bude „rozumně oprávněn považovat tuto legislativu za nezbytnou pro dosažení stanovených cílů“.⁴²

Nejméně striktní verzi principu přiměřenosti, jak již bylo shora naznačeno, aplikuje ESD při přezkumu pracovních legislativ členských států. Zde je základním precedencem zmíněný rozsudek *Seymour-Smith*, v němž byla předmětem předběžné otázky zákonná podmínka minimálně dvouletého zaměstnaneckého poměru pro nárok zaměstnanců na náhradu škody v případě protiprávní výpovědi. Jak ESD uvedl, pokud je danou pod-

mínku schopno splnit podstatně nižší procento žen než mužů, je na příslušném členském státu, aby prokázal, že tato podmínka sleduje legitimní cíl jeho sociální politiky. že tento cíl nemá žádný vztah k jakékoli diskriminaci na základě pohlaví a že daný stát „mohl mít rozumně za to, že zvolené prostředky jsou vhodné pro dosažení tohoto cíle“.⁴³ Tato verze principu přiměřenosti je ze všech tří uvedených verzí nejvíce shovívavá a poskytuje orgánům členských států největší manévrovací prostor při přijímání opatření, jež znevýhodňují určitou skupinu občanů oproti skupinám jiným.⁴⁴

S ohledem na shora provedený rozbor judikatury ESD je možno formulovat následující závěry. Zatímco první z uvedených verzí principu přiměřenosti, tzv. test „nezbytnosti“, klade na zaměstnavatele nemalé (avšak nikoli nepřekonatelné) nároky, druhá a zejména pak třetí verze, používaná při přezkumu legislativních předpisů v oblasti sociálního zabezpečení, resp. pracovního práva, je dosti liberální a poskytuje členským státům velmi široký manévrovací prostor. Jejich legislativní opatření vedoucí *prima facie* k nepřímé diskriminaci budou ze strany ESD shledána za odporující principu rovnosti jen v těch nejzávažnějších případech. Tento benevolentní postoj ESD lze vysvětlit tím, že v případě sociálněprávní a pracovních legislativ se státy musejí vyrovnávat s mnoha složitými otázkami ve snaze o nalezení kýžené rovnováhy mezi řadou politických, ekonomických a sociálních zájmů. Formulace jednotlivých cílů v rámci sociální politiky není věcí nějaké objektivní logické operace, nýbrž tématem, na něž se názory mohou legitimně různit a také různí. Otázky pracovních a sociálněprávní legislativy by proto měly být řešeny v rámci demokratického politického procesu, do kterého by měly nadnárodní soudní instance zasahovat pokud možno co nejméně. Vykazuje-li tedy ESD při přezkumu těchto opatření jistý stupeň sebeomezení, ctí demokratickou legitimitu národních institucí. A právě to je prvotní podmínka legitimacy verdiktů jeho vlastních.

V. Závěr

Smyslem uvedeného článku bylo přiblížit základní charakteristiky zákazu nepřímé diskriminace v právu ES, zejména v právu pracovním, v němž dochází k jeho uplatňování zdaleka nejčastěji. Vzhledem k (prozatím) nerozvinuté praxi českých soudů, jakož i s ohledem na nízkou frekvenci tohoto tématu v odborné literatuře, jsem považoval za užitečné ozřejmit alespoň nejdůležitější aspekty této problematiky, zejména ve světle rozhodovací činnosti ESD, jejíž závěry jsou pro tuzemskou právní praxi zcela zásadní. Úsilí o podnícení hlubšího zájmu o tematiku nepřímé diskriminace je o to důležitější, že spory týkající se této problematiky představují poměrně

40) Obdobně *Broadbent, J., Pollard, D.*, op. cit. sub 37.

41) Rozsudek C-317/93 *Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover* ze dne 14. 12. 1995.

42) Tamtéž, § 33-36.

43) Srov. rozsudek *Seymour-Smith*, cit. sub 25, § 77.

44) Odlišně *Barnard, C., Hepple, B.*, op. cit. sub 17, s. 411. Tito autoři považují za nejvíce benevolentní test uvedený v rozsudku *Nolte*. Test aplikovaný v rozsudku *Seymour-Smith* je pak podle nich testem se střední intenzitou. Podle mého mínění je však správný názor, že podmínka, podle níž postačí, že daný stát může napadenou legislativu rozumně považovat za *vhodnou* (*Seymour-Smith*), je benevolentnější než podmínka, podle níž daný stát musí být rozumně oprávněn považovat danou legislativu za *nezbytnou* (*Nolte*).

komplikované případy. Jako takové jsou poznamenány konfliktem faktorů ekonomických, jež mnohdy tendují k vytváření odlišných podmínek pro různé kategorie zaměstnanců, a faktorů morálních, jež naopak zdůrazňují význam principu rovnosti. Je zřejmé, že nalézt spravedlivou rovnováhu mezi těmito ekonomickými a morálními

aspekty nebude vždy jednoduché. O to více je nezbytné, aby právní praktici byli obeznámeni s judikaturou ESD, jež jim může poskytnout alespoň základní vodítka pro úspěšnou orientaci v této spletité problematice. Pokud k tomu byl jen dílčím způsobem přispěje i tento článek, jeho účel bude bohatou měrou naplněn.

DISKUSE

Ke lhůtě uvedené v § 711 odst. 5 ObčZ a důsledkům jejího marného uplynutí pro hodnocení výpovědi z nájmu bytu bez přivolení soudu

JUDr. Aleš Palkovský, Ostrava*

I. Úvodem, aneb naplnila novela občanského zákoníku účinná od 31. 3. 2006 záměr zákonodárce?

Dne 31. 3. 2006 nabyl účinnosti zákon č. 7/2006 Sb., o jednostranném zvyšování nájemného z bytu a o změně občanského zákoníku. Tímto zákonem došlo také k významné novelizaci právní úpravy nájmu bytu včetně úpravy výpovědi z nájmu. Deklarovaným cílem novely občanského zákoníku bylo zmenšit dosavadní rozsah ochrany nájemců bytů a posílit postavení vlastníků bytů ve vztahu pronajímatel – nájemce. Tohoto cíle mělo být dosaženo mimo jiné prostřednictvím opuštění bezvýjimečné ingerence soudů do procesu ukončování nájmu bytů výpovědí, a to za účelem zjednodušení a urychlení tohoto procesu za současného snížení nevyhnutelných nákladů.

Je přitom otázkou, do jaké míry bylo tohoto cíle novelou dosaženo, a to zejména pokud jde o dobu, která uběhne od doručení výpovědi z nájmu bytu nájemci do okamžiku vyklizení bytu po skončení nájmu. Podle dřívější právní úpravy sice byla nevyhnutelná ingerence soudu prostřednictvím řízení o přivolení k výpovědi z nájmu bytu, ať už byl použitý výpovědní důvod jakýkoli, ale v takovém řízení byla v případě vyhovujícího výroku obligatorně rozhodnuta i otázka vyklizení bytu nájemcem i forma bytové náhrady (resp. bytové náhrady *sui generis* – přístřeší). Nepopíratelnou výhodou pronajímatele v takovém případě bylo, že vystupoval v postavení žalobce, což mu přenechávalo iniciativu. Podle současné právní úpravy pronajímateli po doručení výpovědi nezbývá než čekat, zda nájemce v 60denní lhůtě podá žalobu o určení neplatnosti výpovědi, a je-li taková žaloba podána, často také čekat na to, až nájemce odstraní vady podané žaloby, příp. až je soudem rozhodnuto o žádosti nájemce o osvobození od soudních poplatků a žádosti o ustanovení zástupce z řad advokátů. Teprve poté soudy mohou přistoupit k řešení merita věci. Procesní úspěch žalovaného pronajímatele vedoucí k zamítnutí žaloby na určení neplatnosti výpovědi z nájmu bytu však není spojen s řešením otázky vyklizení bytu, nedojde-li k němu ze strany nájemce dobrovolně po ukončení řízení o neplatnost výpovědi. Pronajímateli proto často

nezbývá než žalovat následně o vyklizení bytu. Z jednoho řízení o přivolení k výpovědi z nájmu bytu dle dřívější právní úpravy tak často jsou řízení dvě, a to o určení neplatnosti výpovědi z nájmu a následně pak o vyklizení bytu. I v případě, že žaloba na určení neplatnosti výpovědi z nájmu bytu není nájemcem podána, je vesměs nevyhnutelná žaloba pronajímatele o vyklizení bytu, když z poznatků soudní praxe vyplývá, že nepodání žaloby o neplatnost výpovědi není aktem, jímž nájemce dává najevo své srozumění s ukončením nájmu bytu a svou povinností byt vyklidit, ale spíše aktem pasivní rezistence.

II. Lhůta dle § 711 odst. 5 ObčZ ve světle rozsudku nalézacího

Novelizovaný § 711 ObčZ zavedl možnost pronajímatele ve vymezených (z hlediska četnosti jejich výskytu nejfrekventovanějších) případech ukončit nájem bytu výpovědí bez přivolení soudu. Princip ochrany nájmu je reflektován výslovným stanovením možnosti nájemce podat u soudu žalobu na určení neplatnosti takové výpovědi s tím, že podáním žaloby je na dobu trvání řízení suspendována povinnost nájemce po uplynutí výpovědní doby uvedené ve výpovědi byt vyklidit. Patrně z důvodů naznačených výše je možnost nájemce podat účinně žalobu omezena na dobu max. 60 dnů ode dne doručení výpovědi z nájmu (§ 711 odst. 5).

Zmíněnou novelizací § 711 ObčZ zákonodárce soudní praxi zadal úkol vyřešit několik otázek. Jednou z nejdůležitějších je otázka, jaký je charakter 60denní lhůty pro podání žaloby o neplatnost výpovědi a zda a v jakém rozsahu lze po jejím marném uplynutí přihlížet v soudním řízení k případným vadám výpovědi z nájmu bytu. Při neexistenci dřívější judikatury se na ni pokusil odpovědět Okresní soud v Ostravě v rozsudku ze dne 21. 2. 2007, sp. zn. 37 C 281/2006.¹ Při vědomí, že uvedená lhůta je lhůtou hmotněprávní a prekluzivní, nalézací soud vyhověl návrhu nájemce bytu na určení neplatnosti výpovědi z nájmu na základě úvahy, že ačkoli žalobce podal žalobu na určení neplatnosti výpovědi po uplynutí 60denní lhůty od doručení výpovědi, uvedená lhůta mu ve skutečnosti nezačala běžet, neboť žalobci doručená výpověď byla od samého počátku absolutně neplatná. Závěry rozsudku byly zobecněny následující právní větou:

1. Je-li výpověď z nájmu bytu daná pronajímatelem dle § 711 odst. 2 ObčZ ve znění od 31. 3. 2006 zatím

* Autor je soudcem Okresního soudu v Ostravě.

1) Právní rozhledy, 2007, č. 8, s. 304 a násled.