

Trh a antidiskriminační právo: Nepostižitelná diskriminace jako součást tržní reality¹

HARALD CHRISTIAN SCHEU
PRÁVNICKÁ FAKULTA UNIVERZITY KARLOVY V PRAZE

Market and Anti-discrimination Law: Unsanctioned Discrimination as Part of Market Reality

Summary: *The aim of this paper is to present some of the gaps in European anti-discrimination law, which unpleasantly affect the position of market participants and show conceptual shortcomings in current legislation. Selected cases show how discrimination which remains unsanctioned spills over from one market segment to another segment where it is sanctioned. The problem of the criticized regulation lies in the fact that it brings a disproportionate burden to those entities on the market that are not the perpetrators of social evil. The last case demonstrates that in the light of market reality we also encounter the problem of redistribution of costs of a proper anti-discrimination policy.*

Key words: *antidiscrimination law, unsanctioned discrimination, market*

V názvu tohoto příspěvku se objevuje neobvyklý, poněkud kostrbatý výraz „nepostižitelná diskriminace“. Naším cílem přitom není strefit se do antidiskriminačního práva jako takového, které je až příliš lehkým terčem odborné kritiky. Chceme představit pouze některá bílá místa v aplikaci antidiskriminačních zásad, která ovšem nepříjemně dopadají na účastníky trhu a poukazují na koncepční nedostatky současné úpravy.

Když používáme výraz „nepostižitelná diskriminace“, máme na mysli případy rozlišování na základě zakázaných kritérií, které se odehrávají mimo působnost antidiskriminačních norem. Jedná se tedy o jakýsi prostor svobodného rozhodování a uvažování, na které právní úprava nedopadá. Pro účely tohoto příspěvku se chceme zaměřit na případy, které mají jasnou návaznost na trh a tržní mechanismy. Tyto vybrané případy ukazují, jak se nepostižitelná diskriminace přelévá z jednoho tržního segmentu do druhého segmentu, kde se stává postižitelnou.

Případ Matiční a tržní aspekty

Pro vyjasnění daného problému se můžeme vrátit do nedávné minulosti a na chvíli se pozastavit nad případem Matiční ulice. Okolnosti případu jsou notoricky známé.² Zeď, resp. keramický plot v Matiční, se stala svého času symbolem rasové diskriminace v ČR a dostala se na

agendu celé řady mezinárodních a národních, vládních a nevládních aktérů. Pohled mezinárodní ochrany lidských práv tehdy vyjádřil například Výbor OSN proti rasové diskriminaci, který v souvislosti s projektem stavby zdi hovořil o „fyzické segregaci“ bytových jednotek, ve kterých žili Romové.

Ponechme stranou značnou jednostrannost, se kterou Výbor, ale i další aktéři přihlédli pouze k právům osob žijících na jedné straně Matiční ulice a zcela opomenuli případná práva osob, které dlouhodobě bydlely na straně druhé. Česká vláda se z celé aféry nakonec docela tržním způsobem vykouplila, když zaplatila celkem 10 milionů korun za čistý lidskoprávní štít. Při špatné vůli bychom mohli uvedenou částku chápat jako zvláštní formu odškodnění. *De facto* tedy vláda hodnotila bezprostřední blízkost dlouhodobých neplaticů nájmu, kterými byli z převážné části Romové, jako zásah do práva starousedlíků na majetek a jako škodu, kterou je třeba hradit. Nechceme se zde věnovat této poněkud dobrodružné konstrukci, jejíž důsledná aplikace by měla obrovský dopad nejen na čes-

¹ Příspěvek je zpracován na základě vystoupení autora na workshopu *Vliv regulace a deregulace na ochranu lidských práv*, jež uspořádalo dne 28. ledna 2015 Výzkumné centrum pro lidská práva UK (projekt UNCE č. 204006/2012).

² Pro další podrobnosti viz Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Decision 2(53) on the Czech Republic (CERD/C/53/Misc.27).

ký trh nemovitostí, ale také na koncepci soužití mezi většinou a menšinou.

V případě Matiční se objevil ještě jiný podstatný moment, který s právem na majetek nepřímo souvisí. V tržní realitě totiž není v první řadě na vládě či obecné politické debatě, aby zkoumala problém znehodnocení majetku. Pro tyto účely existuje tržní mechanismus, který stanoví cenu na základě zohlednění různých relevantních kritérií. Jedním aspektem je v praxi také poloha konkrétní nemovitosti a kvalita jejího okolí. Jak zdůraznil jeden realitní makléř, „nejvíce prodává nemovitosti právě jejich lokalita“.³

Praktickou dimenzi tohoto problému naznačují průzkumy veřejného mínění, které se zabývají soužitím většiny s romskou komunitou. Průzkumy tohoto typu, které se v pravidelných intervalech objevují v českých médiích, provádí Středisko empirických výzkumů (STEM) na základě osvědčené otázky, která zní: „Jak byste nesl, kdybyste měl za souseda ... (následuje výčet různých národností včetně romské)?“⁴ S odstupem nejhůř za Arabů, Čechy a Afghánci dopadají v tomto testu tradičně Romové. V roce 2014 odpovědělo na uvedený dotaz jen 11 % respondentů, že by sousedství s Romem neslo dobře, 24 % odpovědělo, že by to nebylo příjemné, 29 % by to neslo těžce a 36 % respondentů pokládá Roma jako souseda dokonce za zcela nepřijatelného.⁵

Otázka, o jejíž smysluplnosti a nepřesné formulaci bychom mohli jistě vést dlouhé debaty, není, jak se autoři studie možná domnívají, vhodným nástrojem na měření rasismu v české společnosti. Odpovědi však poskytují docela dobrou orientaci v tom, jak trh nemovitostí bude reflektovat sousedství příslušníků různých etnik. Tržní mechanismy budou sice situaci vnímat poněkud subtilněji, než prvoplánový sociologický průzkum, a budou při hodnocení ceny určitého objektu brát v potaz konkrétní okolnosti a specifika, jako jsou např. dopravní dostupnost, blízkost škol, školek a jiných veřejných zařízení, atd. Přesto lze dovodit, že sousedství Romů, popř. příslušníků některých jiných etnik, bude důležitým faktorem. Jinými slovy, pro tržní hodnotu konkrétního domu je klíčové, zda bydlí ve vedlejší domě příslušníci majoritní nebo romská rodina.

Tato dimenze se promítá samozřejmě také do kauzy Matiční. Když ústecké zastupitelství v 90. letech minulého století nastěhovalo desítky neplatičů nájmu do ubytovacího objektu v blízkosti čtyř rodinných domů, výrazně klesla jejich hodnota. Lze předpokládat, že klesla rapidně směrem k nule. Když se majitelé dotčených rodinných domů snažili dosáhnout stavby zdi, která je měla oddělit od obyvatel

ubytovacího objektu na druhé straně ulice, chovali se podle názoru lidskoprávních aktivistů jako rasisté.

S určitým odstupem bychom však mohli tvrdit, že rasisticky se chovají v podobných situacích především tržní mechanismy. Dilema případu spočívá v tom, že trh jako takový není za rasismus a rasovou diskriminaci postižitelný. Postižitelní nejsou ani jednotliví účastníci trhu, kteří při výběru domů a bytů přihlížejí k faktoru blízkosti příslušníků etnické skupiny. Z porušení lidských práv, popř. z rasismu a xenofobie, byli však obviněni konkrétní jednotlivci, kteří se z tržního pohledu najednou nacházeli v nevýhodné situaci, a následně také veřejný orgán, který stavbu zdi prosazoval.

V rámci této kritiky nechceme nijak popírat existenci rasismu a naprosto se ztotožňujeme s názorem, že je třeba zvolit vhodné strategie boje proti rasismu. Za problematickou ovšem považujeme redukci komplexity případu Matiční na jeden vybraný aspekt nebo na symboliku, která byla v mediální debatě uměle vytvořena. Konstruktivní přístup by se musel vyrovnat i s tržní dimenzí diskriminace.

Případ Feryn a diskriminace na základě rasy

Pokud někdo považuje vztah mezi kauzou Matiční a tržními mechanismy za vykonstruovaný, může v dalším případě spatřit jasnější souvislost mezi rasovou diskriminací a trhem. Když Rada EU přijala směrnici 2000/43/ES, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ, panovaly v některých evropských státech velké obavy z podkopání principu smluvní svobody či dokonce obecné lidské svobody.⁶ Faktem ovšem je, že od roku 2003, kdy uplynula transpoziční lhůta, tedy za více než 11 let, byla SDEU rozhodnuta pouze jediná významná kauza týkající se aplikace této směrnice. Jedná se o velmi poučný rozsudek ve věci *Feryn* z roku 2008.⁷ SDEU se přitom nezabýval případným poškozením konkrétní oběti rasové diskriminace, ale problematickými výroky, které ředitel belgické obchodní společnosti pronesl na veřejnosti.

³ Viz na stránkách <http://www.trendybydleni.cz/nejen-kvalita-nemovitosti-ale-i-okoli.html>.

⁴ V originálu byla otázka správně vygenderována a zní v plném znění „Jak byste nesl(a), kdybyste měl(a) za souseda ...?“

⁵ Viz informace z výzkumu STEM Trendy 3/2014 (vydáno 22. 4. 2014). Online: http://www.parlamentnilisty.cz/profily-sprava/user-data/06B091AE/file/62523-STEM_koho_za_sousedu_1403.pdf.

⁶ Viz např. ISENSEE, J. (ed.) *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*. Berlin, 2007.

⁷ Věc C-54/07.

V rozhovoru pro místní noviny tvrdil ředitel akciové společnosti Feryn, že se v reakci na vypsaní konkursu na pozici montérů během dvou týdnů ozvali pouze „Maročané“, ale že je nemohl zaměstnat, protože by je nikdo ze zákazníků nechtěl.⁸ Ve stejný den vystoupil také v belgické národní televizi, kde dodal, že se necítí být rasistou a že si osobně myslí, že se Belgičané vloupají do domu stejně jako „Maročané“. Ale jeho zákazníci se údajně báli „Maročanů“, a kdyby jim společnost, která se specializovala na prodej a montáž sklápěcích vrat, poslala do domů montéry marockého původu, obrátili by se zákazníci podle tvrzení ředitele společnosti na konkurenční podnik. Ředitel společnosti ve svém televizním vystoupení argumentoval tím, že musí respektovat přání zákazníků.

Výroky ředitele Feryn tedy jednoznačně upozorňovaly na vazbu mezi diskriminací a trhem. Pokud bylo jeho tvrzení pravdivé, osobně by rád zaměstnal montéry marockého původu, mimo jiné proto, že se mu v konkurzu na volná místa žádní uchazeči jiné národnosti vůbec nehlásili. Podle tržní logiky je však zaměstnat nemohl, protože by je odmítli jeho zákazníci a společnost by přišla o zakázky.

Proti řediteli společnosti podalo antidiskriminační žalobu Centrum pro rovné příležitosti a boj proti rasismu, které je veřejnou nezávislou institucí podle belgického práva. Poté, co příslušný soud první instance žalobu zamítl s tím, že veřejná prohlášení sama o sobě nepředstavují zakázanou diskriminaci, obrátil se odvolací soud v Bruselu s předběžnou otázkou na SDEU a dotázal se SDEU mimo jiné na to, zda lze veřejný výrok, jako ten, který zazněl v daném případě, považovat za skutečnost nasvědčující tomu, že došlo k přímé nebo nepřímé diskriminaci. Předmětem předběžné otázky se stal také problém převrácení důkazního břemene. Není však nutné zde rozebrat odpovědi SDEU na tyto otázky, protože nesouvisí s rolí trhu a nepostižitelnou diskriminací.

Je příznačné, že se samotný SDEU tržním uvažováním ředitele společnosti vůbec nezabýval. Pouze generální advokát M. Poirares Maduro se podrobněji věnoval vztahu mezi zákazem diskriminace na jedné straně a tržními mechanismy na straně druhé.⁹ Jeho argumenty navazují na bod 8 preambule směrnice 2000/43, podle něhož EU podporuje trh práce, který prospívá sociálnímu začlenění. Strategie sociálního začlenění je postavena na boji proti rasové diskriminaci. Preambule směrnice 2000/43 hovoří tedy jasně ve prospěch regulace trhu práce v zájmu ochrany lidských práv. Generální advokát z toho odvodil, že samotné oznámení o nepřijímání příslušníků etnické minority do zaměst-

nání spadá pod působnost směrnice, protože jiný závěr by podkopal koncepci sociálního začlenění. Tvrzení pana Feryna, že by zákazníci byli nepříznivě nakloněni zaměstnancům určitého etnického původu, označil generální advokát za zcela nerelevantní, pokud jde o použitelnost směrnice.

Generální advokát však dodal klíčový argument: i kdyby tvrzení pana Feryna bylo pravdivé, „ilustrovalo by to pouze skutečnost, že trh diskriminaci nevytléčí a že regulační zásah je nezbytný“. Generální advokát totiž vychází z toho, že by bez potřebné regulace docházelo k narušení hospodářské soutěže. Slušní zaměstnavatelé, kteří příslušníky etnických menšin nediskriminují, by mohli mít na trhu nevýhodu oproti těm zaměstnavatelům, kteří, ať už s odkazem na přání zákazníků nebo z vlastní iniciativy, nezaměstnávají příslušníky určitých etnických skupin.

V této souvislosti generální advokát odkazuje na článek amerického právníka Cassa Sunsteina, který před několika lety zastával vysokou funkci v administrativě Baracka Obamy. Sunstein v roce 1997 zveřejnil článek o tom, proč podle jeho názoru trh nezastaví diskriminaci, a polemizoval v něm s názorem, že rasová nebo genderová diskriminace je z hlediska trhu neracionální a kontraproduktivní a bude trhem potrestána.¹⁰ Sunstein zmínil některé případy, ve kterých určité tlaky na trhu vyvolávají diskriminaci, a připustil, že diskriminační praxe může být v podstatě racionální volbou a ekonomicky smysluplnou odpovědí na přání zákazníků. Obchodník nebo zaměstnavatel tedy může maximalizovat svůj zisk tím, že vychází vstříc i neracionálním a možná odsouzením hodným požadavkům zákazníků. V určitých situacích proto tržní mechanismy posilují diskriminační vzorce ve společnosti.¹¹ Na základě uvedených argumentů vystoupil generální advokát na podporu regulačního zásahu proti diskriminační praxi na trhu.

Ačkoli argumenty Sunsteina jsou jistě přesvědčivé, zůstává hořká pachuč. Co bude totiž konkrétním výsledkem odsouzení a potrestání

⁸ Podle stanoviska generálního advokáta se mělo jednat o následující výrok: „Mimo těchto Maročanů se za dva týdny na náš inzerát nikdo nepřihlásil [...] Ale my nehledáme Maročany. Naši zákazníci je nechtějí. Mají instalovat sklápěcí vrata v soukromých domech, často vilách, a tito zákazníci nechtějí, aby chodili k nim domů.“

⁹ Stanovisko generálního advokáta ve věci C-54/07 Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding proti Firma Feryn NV bylo předneseno dne 12. března 2008.

¹⁰ Viz kapitolu „Why markets don't stop discrimination“ v publikaci: SUNSTEIN, C. Free markets and social justice. Oxford University Press. Oxford, 1997, s. 151–166.

¹¹ Sunstein uvádí příklad vlastníků restaurací a hotelů, kteří v USA v roce 1964 do Zákona o občanských právech (Civil Rights Act) prosadili zákaz diskriminace, aby přísnější regulaci překonali následky soukromého rasismu a tlaku na trhu.

pana *Feryna* za diskriminaci? Při pohledu na různé příručky adresované účastníkům trhu práce zjišťujeme, že podle odborníků na pracovní právo má platit zásada „mlčeti zlato“ a že jak zaměstnavatelé, tak i zaměstnanci a uchazeči o práci jsou poučováni o tom, jak správně mlčet.¹² Proto se obávám, že odsouzení pana *Feryna* nijak nepřispěje ke kultivaci trhu. Bylo by zajímavé zjistit, kolik zákazníků společnosti *Feryn* změnilo svůj postoj vůči marockým montérům dveří či o kolik více zákazníků je po rozsudku ve věci *Feryn* ochotno do svých domů vpustit pracovníky marockého původu.

Za hlavní problém případu považuji to, že zaměstnavatel, který reagoval na rasistické požadavky zákazníků, byl potrestán, zatímco diskriminační praxe na straně zákazníků zůstává nepostizitelná. Tato forma rasové diskriminace se ztrácí v anonymitě. Lze ovšem dodat, že právně postizitelná se stává diskriminace pouze v případě nešikovných zaměstnavatelů-žvanilů, kteří o své náborové praxi nedokážou mlčet.

I na tomto místě není cílem kritiky zpochybnit či zlehčovat společenskou škodlivost rasové diskriminace. Plně podporujeme opatření v oblasti výchovy a vzdělávání v duchu respektování lidské důstojnosti, rovných práv všech lidí a tolerance. Nestavíme se principiálně ani proti případným sociálně-inženýrským opatřením v oblasti antidiskriminačního práva. Postih diskriminujícího subjektu, procedurální úlevy pro oběti diskriminace, zřizování institucí monitorujících diskriminaci např. v oblasti zaměstnávání, školství nebo poskytování služeb mohou mít pozitivní účinky.

Je však třeba brát na vědomí také případné negativní až absurdní důsledky aplikace antidiskriminačního práva a zamyslet se nad nápravou. Pro tyto účely se podívejme na výroky pana *Feryna* prizmatem svobody projevu. Kauza *Feryn* je někdy podávána jako první případ SDEU týkající se tzv. projevů nenávisti (*hate speech*).¹³ Ve svém stanovisku vycházel generální advokát z učení dvou klasiků filozofie jazyka, a to konkrétně Johna Searle a Johna Austina Langshawa,¹⁴ když konstatoval, že zaměstnavatel jako pan *Feryn* neproněs pouze slova, ale činil verbální úkon. O diskriminaci nejen mluvil, ale také diskriminoval.¹⁵

Ale nespočívá význam výroku pana *Feryna* právě v tom, že upozornil na diskriminaci ze strany zákazníků? Mohl v televizní debatě nastolit společensky důležité téma, o kterém je nutné diskutovat. Nelze se ubránit dojmu, že odsouzením pana *Feryna* za veřejně pronesené výroky nechránil SDEU jen pracovníky marockého původu před rasistickými stereotypy, ale imunizoval samotné antidiskriminační právo

proti tržním úvahám. Tím, že SDEU nakonec identifikoval konkrétního viníka, přelával nepostižitelnou diskriminaci ze strany zákazníků společnosti *Feryn* do podoby diskriminace postižitelné.

Obchodní vztahy s Ruskem a diskriminace na základě sexuální orientace

Paradoxní rozměr přelévání odpovědnosti naznačuje případ, který řešil pracovní soud ve Vídni. Kauza *Sclanders* proti společnosti *Swissport* se týkala diskriminace na základě sexuální orientace.¹⁶ Po dobu 13 let pracoval Blake *Sclanders* jako manažer pro společnost *Swissport*, největšího poskytovatele letišť na světě s více než 50 000 zaměstnanci. Jako jihoafrický občan působil pan *Sclanders* nejprve v rámci *Swissportu* v Johannesburgu, následně pro *Swissport* v Berlíně, pak zase v Johannesburgu. V roce 2013 se přestěhoval se svým partnerem do Rakouska, protože měl na stole nabídku ze strany *Swissport Vienna*. V Johannesburgu dal výpověď. Hlavní pracovní náplní manažera na novém pracovišti měla být příprava nového působení *Swissportu* na letišti v Moskvě.

Jakmile zástupci ruské partnerské společnosti zjistili homosexuální orientaci pana *Sclanderse*, odmítli spolupráci s ním a postavili *Swissport* před volbu: buď přípravu převezme jiný, heterosexuální, manažer, nebo si ruská společnost vyhledá jinou partnerskou společnost. Vzhledem k mimořádnému hospodářskému významu celého projektu není těžké odhadnout, jak se společnost *Swissport* v této situaci rozhodla. Přímo curyšská centrála sdělila panu *Sclandersovi*, že přislíbené místo ve Vídni nakonec nezíská, protože s ruskou stranou spolupracovat nemůže a jiný odpovídající manažerský post není ve Vídni k dispozici.

¹² Viz např. BÖHM, W. Schweigen ist Gold – bei der Ablehnung von Bewerbem. *Der Betrieb: mit Recht Innovationen sichern*. 2008, s. 2193–2194. SCHAUB, G. – RÜHLE, H. G. *Guter Rat im Arbeitsrecht*, 3. vydání, München, 2003.

¹³ Viz k tomu blíže také BELAVUSAU, U. *Fighting Hate Speech Through EU Law*. *Amsterdam Law Forum*, 1/2012, s. 20–35.

¹⁴ SEARLE, J. *Speech Acts*. Cambridge University Press, 1969; LANGSHAW, J. A. *How to Do Things With Words*. Cambridge (Mass.), 1962.

¹⁵ SDEU ve svém rozsudku dŕicilní souvislosti filozofie jazyka a teorie řečovŕých aktŕů nijak nereflektoval. V odst. 25 svŕeho rozsudku SDEU konstatoval pragmaticky: „Skutečnost, že zaměstnavatel veřejně prohlásí, že nepřijme zaměstnance určitého etnického nebo rasového původu, je totiž zjevně takové povahy, že může skutečně odradit některé uchazeče od toho, aby se přihlásili, a tudíž představuje překážku jejich přístupu na trh práce, zakládá přímou diskriminaci při náboru ve smyslu směrnice 2000/43.“

¹⁶ Pro bližší informace o případu viz např. zprávu na stránkách organizace hájící práva homosexuálů (http://www.ggg.at/index.php?cHash=0f3f382ef986595a8beb86e16949f360&id=62&tx_ttnews%5Btt_news%5D=5918).

Pan Sclanders podal žalobu na Swissport Vienna a argumentoval, že se stal obětí diskriminace z důvodu sexuální orientace.¹⁷ Mediím řekl doslova, že byl zklamaný z toho, že Swissport postavil zcela iracionální a ponižující předsudky obchodního partnera nad ochranu zaměstnance. Dále vytknul Swissportu, že akceptuje homofobní politiku Ruska jako neodvratitelný fakt.

Ve své reakci na žalobu vydala společnost Swissport stanovisko, ve kterém upozornila na své vysoké etické standardy při nábore zaměstnanců. Podle Swissportu je sám pan Sclanders nejlepším důkazem této naprosto korektní politiky společnosti, protože byl dlouhá léta zaměstnán na vysokých manažerských funkcích, a jeho sexuální orientace nikdy nehrála pro společnost žádnou roli. Swissport se hájil argumentem, že odmítavý postoj ruské partnerské společnosti vůči homosexuálům nespadal pod kontrolu Swissportu.

Problém případu je na první pohled jasný. Otevřenou a přímou diskriminací, které se dopustila ruská strana, nelze z pohledu rakouského a evropského antidiskriminačního práva nijak postihnout. Ani před příslušným ruským soudem se nikdo nepokusil zažalovat ruskou společnost za diskriminaci. Nepostížitelná diskriminace se ovšem přelévala do působnosti evropského, konkrétně rakouského antidiskriminačního práva, když byla podána žaloba proti společnosti Swissport. Obdobně jako v případě *Feryn* byla nastolena otázka, zda lze zaměstnavateli přičíst diskriminační postoje zákazníků. Také v případě *Sclanders* může být sporné, zda diskriminační jednání, které je takřka vynuceno situací na trhu, má být potrestáno podle antidiskriminačního práva.

Lze litovat, že vídeňský soud tuto nesmírně zajímavou problematiku nakonec nerozřešil, ani nepoložil SDEU předběžnou otázku týkající se výkladu směrnice Rady 2000/78/ES, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání. Rozsudek měl sice být doručen v květnu 2014,¹⁸ ale obě strany zřejmě před soudem uzavřely smír. Vzhledem k tomu, že ani na stránkách organizací, které o kauze předtím obsírně informovaly a nepřímou vyzvaly své členy, aby svojí přítomností v soudní síni morálně podporovali pana Sclanderse, nebyla zveřejněna jediná informace o výsledku řízení, lze předpokládat, že součástí smíru je dohoda o důvěrnosti. Žalovaná strana nakonec zřejmě přistoupila na určitou formu odškodnění pana Sclanderse a přijala tím svůj podíl odpovědnosti za diskriminaci pana Sclanderse.

Případ pojistné matematiky a diskriminace na základě pohlaví

V posledním případě se chceme věnovat problému přelévání nákladů za antidiskriminační politiku z jednoho tržního segmentu do druhého. Rozsudek, který SDEU vynesl dne 1. března 2011,¹⁹ definitivně vyhroutil konflikt mezi ekonomickými a tržními úvahami na jedné straně a dogmatickou aplikací antidiskriminačních zásad na straně druhé. Ve výchozím řízení na národní úrovni podala belgická nezisková organizace na ochranu spotřebitelů *Test-Achats* (a další dvě soukromé osoby) v roce 2008 belgickému Ústavnímu soudu návrh na zrušení zákona z roku 2007,²⁰ který do národního práva transponoval závazky podle směrnice Rady 2004/113/ES ze dne 13. prosince 2004, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s muži a ženami v přístupu ke zboží a službám a jejich poskytování.²¹ Tato směrnice, která rozšiřuje zákaz diskriminace na základě pohlaví mimo oblast zaměstnání,²² vychází z myšlenky, která se promítla již dříve do výše zmíněné směrnice 2000/43, a to že se případy nežádoucí diskriminace vyskytují zejména v oblasti přístupu ke zboží a službám a jejich poskytování.²³

Navrhovatelé před Ústavním soudem argumentovali, že belgická úprava byla v rozporu se zásadou rovnosti mužů a žen podle čl. 11 a 11a belgické Ústavy, s normami práva EU a s mezinárodními smlouvami. Belgický Ústavní soud správně rozpoznal, že referenčním kritériem pro posuzování transpozičních aktů je v první řadě ochrana základních práv podle práva EU a nezdráhal se položit SDEU předběžnou otázku. Hlavním předmětem předběžné otázky se stalo ustanovení čl. 5 odst. 2 směrnice 2004/113.

Celé ustanovení čl. 5 směrnice 2004/113 je věnováno otázce tzv. pojistně-matematických faktorů, přičemž určitý rámec úvah normotvůrce nastiňují body 18 a 19 preambule směrnice 2004/113. V preambuli je totiž uvedeno, že po-

¹⁷ Žalobce se domáhal odškodnění ve výši 55 000 eur a vyplacení dalších manažerských bonusů. O návrat do slíbeného zaměstnání neusiloval, neboť našel v mezidobě nové pracovní místo u konkurenční společnosti zásobující letiště v Německu a Belgii.

¹⁸ Viz zprávu v rakouských novinách „Kurier“ ze dne 15. 5. 2014 (<http://kurier.at/chronik/wien/schwuler-manager-verlor-zu-seinem-schutz-den-job-in-russland/65.460.394>).

¹⁹ Věc C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL a další*.

²⁰ Zákon o změně zákona ze dne 10. května 2007 o boji proti diskriminaci mezi muži a ženami, pokud jde o příslušnost k pohlaví v pojišťovacích záležitostech.

²¹ Úř. věst. L 373/37.

²² K problematice zákazu diskriminace na trhu práce srov. směrnici Evropského parlamentu a Rady 2006/54/ES ze dne 5. července 2006 o zavedení zásady rovných příležitostí a rovného zacházení pro muže a ženy v oblasti zaměstnání.

²³ Viz bod 10 preambule směrnice 2004/113.

užívání pojistně-matematických faktorů týkajících se pohlaví je běžně rozšířeným postupem v pojišťovnictví a ostatních souvisejících finančních službách. Současně si ovšem zákonodárce uvědomil, že používání pohlaví jako pojistně-matematického faktoru povede v praxi k rozdílům ve výši pojistného a v pojistném plnění. Tuto skutečnost normotvůrce považoval sice za nežádoucí, ale připustil, že zákaz používání pohlaví jako pojistně-matematického faktoru nastane jen pro smlouvy, které budou uzavřeny až po uplynutí lhůty k provedení směrnice.

Hlavní poselství bodu 18 preambule bychom mohli parafrázovat tak, že matematika a statistika mají respektovat politické zadání antidiskriminačního práva, a tam, kde výsledky pojistné matematiky a statistiky neodpovídají žádoucímu výsledku, bude používání matematiky zakázáno. Bod 19 preambule směrnice 2004/113 však relativizuje tento radikální závěr a připouští, že se některé kategorie rizik mohou lišit mezi muži a ženami a že v některých případech je pohlaví sice ne jediným, ale alespoň jedním z rozhodujících faktorů při hodnocení pojišťovaných rizik. Proto předpokládá bod 19 preambule směrnice 2004/113, že členské státy mohou u smluv pojišťujících tyto druhy rizik povolit výjimky z pravidla stejné výše pojistného a stejného pojistného plnění pro obě pohlaví. Pokud takovou výjimku upravují, mají členské státy zajistit, aby základní pojistně-matematické a statistické údaje, z nichž výpočty vycházejí, byly spolehlivé, pravidelně se aktualizovaly a byly veřejnosti k dispozici.

Na tomto pozadí čl. 5 odst. 1 směrnice 2004/113 *de facto* zakazuje pro období od 21. prosince 2007 použití pohlaví jako faktoru při výpočtu výše pojistného a pojistného plnění pro účely pojištění a souvisejících finančních služeb. Následující odstavec však stanoví možnost výjimky z této zásady, podle níž mohou členské státy i po 21. prosinci 2007, tzn. po vypršení transpoziční lhůty, rozhodnout o povolení přiměřených rozdílů ve výši pojistného a pojistného plnění u jednotlivých pojištěnců, pokud je pohlaví určujícím faktorem při hodnocení rizika a pokud byl výpočet založen na přesných pojistně-matematických a statistických údajích. Přitom mají být příslušné údaje shromažďovány, zveřejňovány a pravidelně aktualizovány.

Belgický ústavní soud se dotázal SDEU, zda je citované ustanovení čl. 5 odst. 2 směrnice 2004/113 slučitelné se standardem ochrany základních práv EU, který byl v tu dobu odvozován hlavně z čl. 6 odst. 2 Smlouvy o EU.²⁴ Zatímco návrhové řízení, organizace Test-Achats, podporoval závěr, že čl. 5 odst. 2 směrnice 2004/113 odporuje základním

právům, všechny členské státy, které se do řízení zapojily, tj. Belgie, Irsko, Francie, Litva, Finsko a Spojené království, naopak argumentovaly ve prospěch obhajitelnosti citovaného ustanovení. Na obranu Rady jako odpovědného legislativního orgánu vystoupila dokonce i Evropská komise, a to přesto, že Komise do svého původního legislativního návrhu²⁵ výjimku podle nynějšího čl. 5 odst. 2 vůbec nezačlenila a naopak se ve svém návrhu vyslovila proti umožnění rozdílů založených na pohlaví. Generální advokátka Juliane Kokott si ve svém stanovisku ze dne 30. září 2010 všimla této kuriozity a vytkla Komisi, že ani na výzvu nemohla změnu svého postoje „hodnověrně“ vysvětlit.

Generální advokátka ve svém stanovisku dále shrnula některé základní charakteristiky pojišťovnictví, když vyzdvihla, že pojišťovací společnosti nabízejí služby, u nichž nelze s jistotou při uzavření smlouvy tvrdit, zda, kdy a v jaké míře je pojištěnec využije, a že pojistně-matematická metoda slouží k vyčíslení rizik a tvorbě produktů v souladu s rizikem. Je logické, že konkrétní podoba služeb v oblastech životního pojištění a důchodového pojištění záleží např. na očekávané délce života pojištěnce. Zcela typicky se v rámci nabídky služby neprovádí individuální prognóza o konkrétním pojištěnci, ale vychází se ze statistických údajů. Generální advokátka tuto metodu v zásadě nezpochybňuje a označuje skupinové posouzení za legitimní.

Podle generální advokátky však záleží určení srovnávací skupiny hlavně, resp. „v konečném výsledku“, na příslušném právním rámci. Touto úvahou narazila generální advokátka na neutralgický bod celého problému. Je vymezování srovnávacích skupin věcí objektivních matematických a statistických kritérií, nebo je důležitější právně-politické hledisko, a to v konkrétním případě antidiskriminační hledisko? Generální advokátka prezentovala silné argumenty, které se týkají nepřijatelnosti tvorby odlišných pojistných produktů na základě rasy či etnické příslušnosti, a následně dovodila, že definovat pojistná rizika podle pohlaví je stejně nevhodné jako definovat pojistná rizika podle rasy.

SDEU tuto část stanoviska nakonec nepřevzal a zaměřil se místo toho na otázku srovnatelnosti situace, ve které se nacházejí ženy a muži v oblasti pojišťovnictví. Rada totiž konstatovala, že situace pojištěných osob ženského a mužského pohlaví nemohou být v rámci některých odvětví soukromého pojištění považovány za

²⁴ Čl. 6 odst. 2 SEU odkazoval na Evropskou úmluvu o lidských právech a společné ústavní tradice členských států jako základy obecných právních zásad.

²⁵ KOM(2003) 657 v konečném znění.

srovnatelné. Rada upozornila na to, že z pohledu metody založené na statistikách jsou pojistná rizika u žen a mužů různá. V souladu se zásadou rovnosti proto Rada argumentovala, že s rozdílnými situacemi má být zacházeno různě.

Ve své odpovědi však použil SDEU podobnou úvahu jako generální advokátka a zdůraznil, že srovnatelnost situací není věcí objektivní, ale musí být posuzována ve světle předmětu a cíle konkrétní antidiskriminační směrnice. Tento problém nakonec rozluštil SDEU pomocí systematického výkladu čl. 5 směrnice 2004/113 a dovedl, že hlavním cílem prvního odstavce citovaného ustanovení je zajistit použití pravidla stejné výše pojistného a stejného pojistného plnění pro obě pohlaví. Tento závěr opřel také o interpretaci čl. 21 a 23 Listiny základních práv EU a dovedl, že situace žen a mužů je srovnatelná, pokud jde o výši pojistného a pojistného plnění.

Úpravu obsaženou v čl. 5 odst. 2 směrnice 2004/113 lze z tohoto hlediska vnímat jako výjimku, která může podkopat smysl úpravy. Podle SDEU je citované ustanovení, které dotyčným členským státům umožňuje ponechat bez časového omezení v platnosti výjimku z pravidla stejné výše pojistného a stejného pojistného plnění pro obě pohlaví, v rozporu s uskutečňováním cíle rovného zacházení s muži a ženami. SDEU proto zrušil ustanovení čl. 5 odst. 2 směrnice 2004/113, a to s účinností od 21. prosince 2012.

Tímto rozsudkem byla pravidla pojistné matematiky a matematické statistiky v podstatě označena za nepoužitelná. Ani objektivní rozdíly prokázané matematickou metodou nemohou totiž ospravedlnit rozlišování na základě pohlaví. To, co bylo standardním předmětem pojistně-matematických úvah, a to, že statistika ukazuje u žen jako skupiny např. delší délku života, nižší pravděpodobnost zavinění autonehod nebo častější využití lékařských služeb, se nesmí od 21. prosince 2012 promítat do výše pojistného a pojistného plnění.

Za určitou kuriozitu na okraji lze považovat argumenty organizace *Test-Achat*, která ve svém podání poučovala pojišťovny a pojistné matematiky o tom, že při hodnocení pojistných rizik musí být zohledněny hospodářské a sociální podmínky, jakož i zvyky každého jednotlivce, tzn. např. druh práce, rodinné prostředí, stravovací zvyklosti, konzumace drog nebo případná sportovní činnost. Odborníci na antidiskriminační právo tedy radili pojistným matematikům a statistikům, jak mají metodicky postupovat při kalkulaci pojistného rizika. V odpovědi na tento argument generální advokátka sice upozornila na to, že je rozlišování podle pohlaví v pojistných produktech mnohem snáz prove-

ditelné, než evidence a správné hodnocení hospodářských a sociálních podmínek či zvyklostí pojištěnců. Tyto praktické problémy však podle generální advokátky neodůvodňují, aby se pohlaví pojištěnce použilo jako rozlišovací kritérium. Korunu svému argumentu nasadila generální advokátka tím, že ve vedlejší větě naznačuje, že pojišťovny používají kritérium pohlaví v určité míře z pohodlnosti.

S nadsázkou bychom mohli doplnit, že se zde rýsuje velký potenciál pro věru interdisciplinární dialog. Antidiskriminační komunita včetně generální advokátky SDEU bude poučovat matematiky o tom, podle jakých kritérií mají koncipovat vhodné statistiky, a matematici by mohli právníkům na oplátku radit, jak správně provést deduktivní metodu výkladu. V některých případech by možná stačilo, kdyby matematici vysvětlili právníkům, jak si dát dvě a dvě dohromady.

Z hlediska zadání tohoto příspěvku se však chceme vrátit k otázce nepostižitelné diskriminace a všimáme si zajímavé skutečnosti. V daném případě nebyl potrestán konkrétní subjekt na trhu kvůli údajnému aktu diskriminace, ale SDEU rozhodl o plošném opatření proti běžné praxi pojišťoven a zasáhl do kalkulace pojistných rizik. Není těžké odhadnout, že takový zásah bude mít na trhu faktický dopad. Ze strany zástupců pojišťoven se hned po vynesení rozsudku objevily spekulace o škodách v milionové výši.²⁶ Odborníci očekávali, že rozsudek SDEU dopadne citelně především na důchodová pojištění, zdravotní pojištění, úrazová pojištění či povinné ručení. Nakonec se v tomto případě neprelévá odpovědnost za diskriminaci, ale finanční náklady z jednoho tržního segmentu do druhého. Poradenská agentura Oxera Consulting se sídlem v Oxfordu provedla již v roce 2010 rozsáhlou studii pro Sdružení britských pojišťoven (Association of British Insurers), ve které vypočítala potenciální náklady spojené se zrušením pojistně-matematického rozlišování mezi muži a ženami. Oxera Consulting dospěla k závěru, že zákaz použití pohlaví jako relevantního kritéria s sebou nese markantní náklady a že tyto náklady budou v konečném důsledku muset hradit zákazníci.²⁷

²⁶ Viz např. BALLMEIER, C. – HÄUSSLER, H. Rückwirkung des EuGH-Unisex-Urteils. Versicherer fürchten Millionenschäden. *Legal Tribune Online*, 30.1.2013 (dostupné na stránkách <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/unisex-urteil-rueckwirkung-g-versicherung>).

²⁷ „A ban on a relevant rating factor such as gender cannot be achieved without costs. These costs can be significant and would ultimately be borne by consumers.“ OXERA. The use of gender in insurance pricing: analysing the impact of a potential ban on the use of gender as a rating factor, ABI Research Paper No. 24, 2010, s. 39 (dostupné na stránkách <http://www.oxera.com/Oxera/media/Oxera/The-use-of-gender-in-insurance-pricing.pdf?ext=.pdf>).

Závěry

Na závěr je na místě, abychom se vrátili k úvaze o tom, že trh diskriminaci nevyléčí a že regulační zásah je nezbytný. Problém dané regulace v podobě evropského antidiskriminačního práva spočívá v tom, že nadměrně zatěžuje ty subjekty na trhu, které nejsou původci společenského zla. Na základě faktů případů můžeme vycházet z toho, že ani pan Feryn, ani společnost Swissport nechtěli propagovat rasovou diskriminaci, resp. diskriminaci na základě sexuální orientace. Ředitel společnosti Feryn a společnost Swissport reagovali na tržní realitu, jejíž součástí jsou i předsudky a stereotypy na straně zákazníků a smluvních partnerů.

Selektivní postup, podle něhož budou postihovány pouze sekundární projevy diskriminace, zatímco primární projevy zůstávají nepostižitelné, sice může posloužit dobrému pocitu zastánců antidiskriminační komunity, ale podle našeho názoru nepřispívá k vnitřní logice právního systému.

Nekonzistentnost postupu zvoleného SDEU vedla k potrestání ředitele společnosti Feryn,

kteřím svým výrokem možná upozornil na důležitý společenský problém. Tento výsledek působí poněkud divně ve světle masové hysterie, která vypukla po teroristickém útoku na redakci časopisu Charlie Hebdo. Z aktuální debaty o svobodě projevu můžeme dovodit, že kdyby pan Feryn zveřejnil karikatury zesměšňující Maročany a jejich muslimskou víru, byl by zřejmě hrdinou mediálního i politického diskursu, a jeho postih by byl nepředstavitelný. Jakmile však zaměstnavatel upozornil na latentní diskriminaci ze strany zákazníků a choval se tržně, musí být potrestán na základě norem evropského antidiskriminačního práva.

Přeléváním odpovědnosti z jednoho tržního segmentu do druhého a vytipováním obětních beránek výrazně trpí autorita evropského antidiskriminačního práva, která zřejmě nedokáže bojovat s tzv. „neviditelnou rukou trhu“, a útočí proto na vybrané viditelné účastníky trhu. Poslední zde analyzovaný případ však demonstruje, že ve světle trhu nejde jen o přelévání odpovědnosti za diskriminaci, ale také o přerozdělování nákladů za korektní antidiskriminační politiku.