

POHLAVIE AKO DÔVOD NA LEGITÍMNE ROZDIELNE ZAOBCHÁDZANIE V EURÓPSKOM PRÁVE

MICHAL DAVALA

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika; Odbor aproximácie práva, Úrad vlády Slovenskej republiky, Bratislava

Abstrakt

Autor popisuje výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami upravené komunitárnym právom. Rozdielne zaobchádzanie z dôvodu pohlavia môže byť legitímne v určitých prípadoch v rámci zamestnaneckých právnych vzťahov a v rámci prístupu k tovarom a službám. Príspevok rozoberá jednotlivé výnimky v týchto oblastiach s poukazom na významnú rolu Európskeho súdneho dvora pri definovaní hraníc legitímneho rozdielneho zaobchádzania.

Klíčová slova

Zásada rovnakého zaobchádzania, európska antidiskriminačná legislatíva, smernica 76/207/EHS, smernica 2004/113/ES, skutočná a určujúca požiadavka na zamestnanie, výnimky vo vzťahu k tehotenstvu a materstvu, prístup k tovaru a službám, prístup k poisťovacím službám.

Abstract

The author describes exceptions from the principle of equal treatment between man and women, which are recognized in community law. Different treatment based on sex may be legitimate in certain cases in employment relations and in the access to goods and services. This paper analyses individual exceptions in these fields and it points out the significant role of the European Court of Justice in limits defining of legitimate different treatment.

Key words

Principle of equal treatment, European anti-discrimination law, Directive 76/207/EEC, Directive 2004/113/EC, genuine and determining occupational requirement, exceptions for pregnancy and maternity, access to goods and services, access to insurance services.

1. ÚVOD

Zásada rovnakého zaobchádzania, ako všeobecná právna zásada komunitárneho práva, zamedzuje rozdielnemu zaobchádzaniu v porovnateľných situáciách, ak rozdielne zaobchádzanie nie je objektívne ospravedliteľné. Zároveň zamedzuje rovnakému zaobchádzaniu v rozdielnych situáciách, pokiaľ takéto zaobchádzanie nie je objektívne ospravedliteľné.¹ Právo Európskeho spoločenstva upravuje viacero takýchto výnimiek v rámci jednotlivých oblastí pôsobenia zásady rovnakého zaobchádzania. Pri viacerých diskriminačných dôvodoch sú stanovené viac či menej konkrétne podmienky, za ktorých je prípustná exempcia, ktorou je možné prelomiť zásadu rovnakého zaobchádzania. V súčasnosti upravuje európske právo najviac výnimiek z tejto zásady v rámci zaobchádzania medzi mužmi a ženami.

¹ Tridimas, T.: The General Principle of EC Law, Oxford University Press, 1999, s. 40.

Pohlavie môže byť dôvodom, ktorý umožní rozdielne zaobchádzanie s cieľom zabezpečiť rozdielny prístup tam, kde nie je možné nevnímať biologické rozdiely medzi mužmi a ženami. Ide o situácie, v ktorých by rovnaké zaobchádzanie znamenalo priame či nepriame znevýhodnenie žien oproti mužom (napr. požiadavka na rovnaký výkon práce pre muža i tehotnú ženu). Omnoho nejasnejšia je hranica legitímneho rozdielneho zaobchádzania v prípadoch, ktoré sa nedajú odôvodniť biologickými rozdielmi ale osobitným či legitímnym cieľom. V týchto prípadoch je osobitne zvýraznená úloha Európskeho súdneho dvora (ďalej aj „ESD“ alebo „Súdny dvor“), ktorý pomáha vymedzovať túto hranicu.

Primárne únie² či komunitárne³ právo, ktoré aj samotnú zásadu rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami spomína len rámcovo, výnimky z tejto zásady žiadnym spôsobom neupravuje. Robia tak až sekundárne právne akty Európskeho spoločenstva, v tomto prípade smernice.

2. SKUTOČNÁ A URČUJÚCA POŽIADAVKA NA ZAMESTNANIE

Skutočná a určujúca požiadavka na zamestnanie môže byť dôvodom na rozdielne zaobchádzanie z dôvodu pohlavia pri zamestnaneckých právnych vzťahoch.⁴ Jedná sa o výnimku, ktorou bolo aj pri iných diskriminačných dôvodoch na komunitárnej úrovni uznané, že v určitých prípadoch diskriminačného konania v zamestnaneckých vzťahoch môže existovať cieľ, ktorý takéto konanie ospravedlňuje.⁵ V prípade diskriminačného dôvodu pohlavia čl. 2 ods. 6 smernice 76/207/EHS⁶ v znení smernice 2002/73/ES⁷ stanovuje: „Členské štáty môžu ustanoviť v súvislosti s prístupom k zamestnaniu vrátane odbornej prípravy k tomu vedúcej, že **rozdielne zaobchádzanie**, ktoré sa zakladá na charakteristike súvisiacej s pohlavím, nevytvára diskrimináciu, ak z dôvodu **povahy určitých príslušných pracovných činností alebo súvislostí**, v akých sa toto povolanie vykonáva, takáto charakteristika vytvára **prirodzenú a rozhodujúcu požiadavku**⁸ na povolanie, za predpokladu, že **cieľ je legitímny a požiadavka primeraná**.“

² Pozri čl. 2, čl. 3, čl. 12, čl. 13, čl. 141 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva (ďalej aj Zmluva) v platnom znení (Úradný vestník EÚ C 321E, 29. 12. 2006).

³ Pozri čl. 6 Zmluvy o Európskej únii v platnom znení (Úradný vestník EÚ C 321E, 29. 12. 2006).

⁴ Pojmy „zamestnanecké“ a „pracovnoprávne“ vzťahy používame synonymicky a označujeme nimi vzťahy v zmysle čl. 1 ods. 1 a čl. 3 ods. 1 smernice 76/207/EHS.

⁵ Pozri aj čl. 4 ods. 1 smernice 2000/78/ES z 27. novembra 2000, ktorou sa ustanovuje všeobecný rámec pre rovnaké zaobchádzanie v zamestnaní a povolani (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 5/zv. 4) a čl. 4 smernice 2000/43/ES z 29. júna 2000, ktorou sa ustanovuje zásada rovnakého zaobchádzania medzi osobami bez ohľadu na ich rasový alebo etnický pôvod (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 20/zv. 1).

⁶ Smernica Rady 76/207/EHS z 9. februára 1976 o vykonávaní zásady rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami, pokiaľ ide o prístup k zamestnaniu, odbornej príprave a postupu v zamestnaní a o pracovné podmienky v platnom znení (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 05/zv. 01).

⁷ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2002/73/ES z 23. septembra 2002, ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 76/207/EHS z 9. februára 1976 o vykonávaní zásady rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami, pokiaľ ide o prístup k zamestnaniu, odbornej príprave a postupu v zamestnaní a o pracovné podmienky (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 05/zv. 04).

⁸ Napriek tomu, že slovenská verzia hovorí o „prirodzenej a rozhodujúcej požiadavke“, označujeme túto výnimku ako „skutočná a určujúca požiadavka“. Tieto pojmy používa aj slovenský preklad smernice 2000/78/ES a smernice 2000/43/ES, pričom ho považujeme za presnejší. Anglické verzie všetkých troch smerníc hovoria o „genuine and determining occupational requirement“.

V tomto znení bola výnimka skutočnej a určujúcej požiadavky v európskom právnom akte takto definovaná až v roku 2002.⁹ Dovtedy bola formulovaná nasledovne: „*Táto smernica sa nedotýka práva členských štátov vylúčiť z oblasti jej uplatňovania tie **profesijné činnosti, a kde je to vhodné, aj prípravu na tieto činnosti, pri ktorých je vzhľadom na ich charakter alebo okolnosti, za akých sa vykonávajú, pohlavie pracovníka určujúcim faktorom.***“¹⁰ Rozdiel je v rozsahu umožnenej exempcie. Pôvodné znenie umožňovalo na základe pohlavia vylúčiť z pôsobnosti zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami celé „profesijne činnosti“. To vytváralo neprimerane široký priestor pre členské štáty vzhľadom na nejasne stanovené kritéria pre takúto výnimku. Tento priestor sa snažil svojou rozhodovacou činnosťou vyplniť Súdny dvor. Vo vzťahu k skutočnej a určujúcej požiadavke je potrebné dodať, že túto výnimku kontinuálne upravuje aj čl. 14 ods. 2 smernice 2006/54/ES.¹¹

2.1 ZAMESTNANIE V DOMÁCNOSTI

Medzi prvé prípady, kedy ESD zasiahol do vymedzovania hraníc legitímneho rozdielneho zaobchádzania z dôvodu určujúcej požiadavky na výkon povolania, je prípad Európska komisia v. Veľká Británia¹², v ktorom bol posudzovaný tzv. Sex Discrimination Act z roku 1975. Ten zakotvil výnimku z dôvodu pohlavia na všetky zamestnania v domácnosti, na zamestnanie u zamestnávateľa s maximálne piatimi zamestnancami a na zamestnanie pôrodných asistentiek. Veľká Británia argumentovala hlavne okolnosťami, za ktorých sa predmetné činnosti vykonávajú. Tie mali vytvárať skutočnú a určujúcu požiadavku na zamestnanie. Išlo hlavne o miesto výkonu práce, ktorým je domácnosť, a o osobu zamestnávateľa, ktorým pri daných druhoch zamestnaní býva súkromná osoba, samostatne zárobková osoba resp. ide o rodinnú firmu. V týchto prípadoch bolo podľa britskej vlády potrebné uviesť zásadu rovnakého zaobchádzania do súladu s právom na ochranu súkromného života. Toto právo malo byť výrazne narušené, ak by sa nerešpektovala vôľa zamestnávateľa zamestnať jedine určité pohlavie. To malo podmieňovať obsah výnimky čl. 2 ods. 2 smernice. Súdny dvor uznal, že v určitých prípadoch zamestnaní v domácnosti môže byť pohlavie rozhodujúcim prvkom, ale neuznal exempciu na všetky domáce zamestnania.¹³ Taktiež neuznal veľkosť podniku resp. počet zamestnancov ako určujúci prvok a potvrdil aj túto výhradu Európskej komisie.

V prípade pôrodných asistentiek mal ich pohlavie, ako určujúci faktor, odôvodňovať špecifický vzťah medzi rodičkou a osobou účastnou na pôrode. ESD súhlasil, že osobná citlivosť môže hrať významnú rolu vo vzťahu pôrodnej asistentky a pacientky. Preto zamietol žalobu v tomto bode a judikoval, že uzákonená možnosť diskriminácie z dôvodu pohlavia

⁹ Členské štáty mali povinnosť uviesť do platnosti opatrenia potrebné na dosiahnutie súladu so smernicou 2002/73/ES najneskôr do 5. októbra 2005 (čl. 2 ods. 1 smernice 2002/73/ES).

¹⁰ Čl. 2 ods. 2 smernice 76/207/EHS v pôvodnom znení.

¹¹ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2006/54/ES z 5. júla 2006 o vykonávaní zásady rovnosti príležitosti a rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami vo veciach zamestnanosti a povolania (prepracované znenie) (Ú. v. EÚ L 204, 26.7.2006). Ide o prepracované znenie smernice 75/117/EHS, smernice 76/207/EHS, smernice 86/378/EHS a smernice 97/80/ES, ktoré sa zrušia s účinnosťou od 15. augusta 2009.

¹² Vec 165/82, Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, ECR (1983) 3431.

¹³ Tamtiež, bod 14.

v prípade pôrodných asistentiek nie je prekročením hranice možnosti stanovených v čl. 2 ods. 2 smernice 76/207/EHS.¹⁴

Prah osobnej citlivosti resp. chúlitosť určitých vzťahov, ku ktorým môže pri výkone práce v domácnosti dochádzať, má u každého človeka inú hranicu. Len ťažko sa dá objektívne posúdiť. Je preto nevýhodou, že ESD v rozsudku nerozobral podrobnejšie vzťah zásady rovnakého zaobchádzania a práva na súkromie. Síce naznačil existenciu určitých druhov zamestnaní v domácnosti, kde by výnimka prípustná bola, no neuviedol žiadne princípy či pravidlá, podľa ktorých by sa mali obdobné situácie posudzovať.

2.2 PRÁCA V OZBROJENÝCH ZLOŽKÁCH

Ďalšia oblasť pracovných činností, v rámci ktorých bol posudzovaný rozsah výnimky skutočnej a určujúcej požiadavky na zamestnanie z dôvodu pohlavia, bola práca v ozbrojených zložkách. Jedným z prvých prípadov v tejto oblasti bola vec Johnston v. Royal Ulster Constabulary¹⁵, v rámci ktorej Súdny dvor posudzoval prípustnosť výnimky pre prácu v policajnom zbore. V Severnom Írsku neboli ženy vylúčené z tejto činnosti úplne, no nebolo im povolené nosenie zbrane, čo následne znamenalo ich prepustenie z policajného zboru. Veľká Británia argumentovala osobitnými okolnosťami a podmienkami výkonu policajnej služby, ktoré mali spočívať v nepokojoch a vážnom narušení verejného poriadku v Severnom Írsku. Napriek skutočnosti, že uplatňovanie uvedenej výnimky by za normálnych okolností pravdepodobne predstavovalo nepriamu diskrimináciu žien, bolo uznané, že pri posudzovaní, či je pohlavie určujúcim faktorom na zamestnanie, môžu členské štáty vziať do úvahy aj požiadavky verejnej bezpečnosti s cieľom obmedziť všeobecnú policajnú službu za situácie častých vražd ozbrojených členov polície.¹⁶ Nakoľko išlo v tomto prípade o konanie o predbežnej otázke, rozhodnutie o tom, či uvedené podmienky boli naplnené v prípade Severného Írska, zostalo na príslušnom vnútroštátnom súde.

Rozsudok však explicitne stanovil pri akomkoľvek posudzovaní výnimiek zo zásady rovnakého zaobchádzania požiadavku na dodržanie princípu proporcionality, ako jedného so základných princípov komunitárneho práva. „*That principle requires that derogations remain within the limits of what is **appropriate and necessary** for achieving the aim in view and requires the principle of equal treatment to be reconciled as far as possible with the requirements of public safety which constitute the decisive factor as regards the context of the activity in question.*“¹⁷ Napriek definovaniu tejto základnej požiadavky pri hodnotení prípadov výnimiek skutočnej a určujúcej požiadavky, stanovenie pohlavia, ako určujúceho faktora vo vzťahu k okolnostiam výkonu práce, sa stretlo v tomto prípade s kritikou.¹⁸

¹⁴ Je potrebné doplniť, že Veľká Británia poukázala na skutočnosť, že napriek výnimke zo zásady rovnakého zaobchádzania, majú muži prístup k predmetnému povolaniu ako aj k príprave naň, aj keď len na určitých miestach v krajine. Vláda taktiež zdôraznila možnosť spoločenského vývoja v danej otázke a zmeny tradičného nezapájania sa mužov do daného povolania.

¹⁵ Vec 222/84, Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, ECR (1986) 1651.

¹⁶ Tamtiež, bod 40.

¹⁷ Tamtiež, bod 38.

¹⁸ Prechal, S., Burrows, N.: Gender Discrimination Law of the European Community, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1990, s. 132.

V prípade Severného Írska je zaujímavé, že politicko-spoločenské požiadavky, poznačené vážnymi nepokojmi, boli dôvodom aj na prijatie ďalšej špeciálnej výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania. Týka sa policajnej služby a práce učiteľov, no nesúvisí s diskriminačným dôvodom pohlavia.¹⁹

V prípade *Sirdar v. Ministry of Defence*²⁰ nebol žene umožnený príslušný vojenský výcvik a ani následný výkon služby v Kráľovskom námorníctve Veľkej Británie, napriek tomu, že táto žena už vykonávala službu v Kráľovskom delostrelectve. Podstatný rozdiel namietaný vládou mal spočívať v tom, že v námorníctve je osobitne zvýraznená požiadavka interoperability, teda schopnosti byť kedykoľvek nasadený vo výsadbkovej bojovej jednotke. Súdny dvor vylúčil, že rozhodnutia členských štátov by mohli byť v prípade prístupu k službe vo vojenských silách mimo rámca komunitárneho práva. Napriek tomu, že vylúčil aj existenciu akejkoľvek všeobecnej výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami, ktorá by spočívala v organizácii ozbrojených síl s odôvodnením verejnej bezpečnosti²¹, uznal určitý stupeň voľnej úvahy štátov v prijímaní opatrení, ktoré sú nevyhnutné s cieľom zaručiť verejnú bezpečnosť. Pri uplatnení tejto úvahy ESD opäť zvýraznil princíp proporcionality, teda primeranosť a nevyhnutnosť prijímaných opatrení k zabezpečeniu verejnej bezpečnosti. Po uvážení okolností výcviku, rozmiestňovania a nasadenia útočných jednotiek Kráľovského námorníctva, ESD potvrdil, že vylúčenie žien zo služby v špeciálnych bojových jednotkách za účelom zaistenia efektivity útoku neprekračuje rámec čl. 2 ods. 2 smernice 76/207/EHS.

2.3 POVINNÁ VOJENSKÁ SLUŽBA

V prípade *Kreil v. Nemecko*²², ktorý bol taktiež posudzovaný ešte podľa pôvodného znenia výnimky skutočnej a určujúcej požiadavky na povolanie, Súdny dvor konštantne potvrdil, že v rámci organizácie ozbrojených síl neexistuje všeobecná výnimka zo zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami. Podstatou tohto sporu bol všeobecný zákaz vykonávať službu v ozbrojených zložkách Bundeswehru pre ženy. Hlavným argumentom proti ustanoveniu zákona, ktoré umožňovalo ženám pracovať jedine ako dobrovoľníckam v zdravotných službách alebo vo vojenskej kapele, bola skutočnosť, že výnimka podľa čl. 2 ods. 2 smernice 76/207/EHS ani výnimka na ochranu tehotných žien²³ nemôžu ospravedlňovať širšiu ochranu žien proti ohrozeniu, ktorému sú rovnako vystavení muži i ženy. Určitý manévrovací priestor pre štát v úprave ozbrojených síl, existenciu ktorého súd potvrdil aj v prípade *Sirdar*, však v tomto prípade nevyhovelo požiadavke proporcionality. Keďže výnimka sa môže týkať len skutočnej a určujúcej požiadavky na zamestnanie a aj to len v primeranej a nevyhnutnej miere, ESD judikoval aplikáciu práva umožňujúceho všeobecné vylúčenie žien z vojenskej služby zahrňujúcej nosenie zbrane ako rozpornú so

¹⁹ Čl. 15 smernice 2000/78/ES umožňuje výnimku zo zásady rovnakého zaobchádzania v prístupe k povolaniu z dôvodu náboženstva a viery. Náboženstvo príslušných skupín v Severnom Írsku sa explicitne uznalo za skutočnú a určujúcu požiadavku na dosiahnutie primeraného cieľa, ktorým je udržanie krehkej rovnováhy medzi protestantmi a katolíckmi po desaťročiach náboženských a politických násilností.

²⁰ Vec C-273/97, *Angela Maria Sirdar v. Ministry of Defence*, ECR (1999) I-7403.

²¹ Tamtiež, bod 16, 19, 20.

²² Vec C-285/98, *Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*, ECR (2000) I-69.

²³ Bližšie rozoberáme výnimky vo vzťahu k tehotným ženám a matkám v zamestnaneckých vzťahoch v 3. časti.

smernicou 76/207/EHS. Členské štáty sú teda komunitárnym právom nútené umožniť prístup do ozbrojených síl aj ženám, ak o to prejavia záujem.²⁴

Opačná situácia, teda povinná vojenská služba mužov v Bundeswehri, bola posudzovaná v prípade Dory v. Nemecko²⁵. Odporca tejto povinnosti tvrdil, že povinnosť vojenskej služby mužov je v rozpore so zásadou rovnakého zaobchádzania, ak bolo v prípade žien rozsudkom vo veci Kreil judikované ich právo na prístup k vojenskej službe. Ďalej namietal, že povinná vojenská služba oddaľuje mužov od prístupu k zamestnaniu a príprave naň, čo by malo znamenať diskrimináciu na základe pohlavia. ESD v tomto prípade uznal autonómiu členských štátov rozhodovať o organizácii ozbrojených síl a potvrdil, že právo Európskeho spoločenstva nevyklučuje povinnú vojenskú službu len pre mužov.²⁶ Bola uznaná existencia nepriaznivých následkov vo vzťahu k prístupu k zamestnaniu, no ich samotná existencia nemôže byť podľa ESD skutočnosťou, ktorá by mala nútiť členské štáty k zrušeniu povinnej vojenskej služby pre mužov alebo k jej zavedeniu pre ženy. Súdny dvor argumentoval, že voľba členského štátu v zavedení povinnej vojenskej služby pre zabezpečenie bezpečnosti má prednosť pred politikami zameranými na pracovné možnosti mladých ľudí.²⁷

Aj na základe rozhodovacej činnosti ESD vo vyššie uvedených prípadoch bola výnimka skutočnej a určujúcej požiadavky z dôvodu pohlavia v zamestnaneckých vzťahoch nahradená presnejšou formuláciou čl. 2 ods. 6 smernice 76/207/EHS. Nejasnosti však spôsobovalo aj postavenie čl. 2 ods. 2 pôvodného znenia smernice 76/207/EHS voči jej ďalším ustanoveniam.²⁸

Miera skutočnosti a určitosti požiadavky na zamestnanie sa musí stanoviť podľa povahy dotknutých pracovných činností alebo kontextu, v ktorom sa tieto činnosti vykonávajú. Každý prípad, kedy členský štát využije možnosti smernice, je však potrebné posudzovať individuálne, zužujúcim výkladom a uplatňujúc princíp proporcionality (primeranosť a nevyhnutnosť výnimky). Navyše je potrebná existencia legitímneho cieľa. Z doterajšej judikatúry možno za takýto cieľ určiť napr. vysokú mieru interoperability špeciálnych bojových jednotiek či verejnú bezpečnosť za situácie vážnych vnútorných nepokojov. Nakoľko presnejšia formulácia výnimky platí od októbra 2005, je možné očakávať, že budúce rozhodnutia ESD určia ďalšie kritéria na hodnotenie konformity výnimiek.

3. VÝNIMKA VO VZŤAHU K TEHOTENSTVU A MATERSTVU V ZAMESTNANECKÝCH VZŤAHOCH

V rámci zamestnaneckých vzťahov možno v komunitárnom práve identifikovať aj výnimku z dôvodu pohlavia vo vzťahu k tehotným ženám a matkám. Čl. 2 ods. 7 smernice 76/207/EHS v znení smernice 2002/73/ES (pôvodný čl. 2 ods. 3 smernice 76/207/EHS) vyníma

²⁴ Všeobecná výnimka pre ozbrojené sily je však v európskom práve upravená z dôvodu zdravotného postihnutia a veku. Čl. 3 ods. 4 smernice 2000/78/ES umožňuje členským štátom stanoviť takéto výnimky z aplikácie zásady rovnakého zaobchádzania pre ozbrojené sily, políciu, väzenskú stráž alebo záchranné služby. Výnimka sa však nemôže týkať napr. civilných či administratívno-technických zamestnancov.

²⁵ Vec C-186/01, Alexander Dory v. Bundesrepublik Deutschland, ECR (2003) I-2479.

²⁶ Tamtiež, bod 42.

²⁷ Tamtiež, bod 38.

²⁸ Prechal, S., Burrows, N.: Gender Discrimination Law of the European Community, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1990, s. 117 a nasl.

ustanovenia na ochranu žien, najmä v súvislosti s tehotenstvom a materstvom, zo svojej pôsobnosti.²⁹ Zákazu diskriminácie teda neodporuje prijímanie rôznych vnútroštátnych opatrení na ochranu tehotných pracovníčok, pracovníčok krátko po pôrode a dojčiacich pracovníčok. Táto skupina žien je natoľko špecifická, že aplikácia zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami v pracovnoprávných vzťahoch by spôsobila ich priamu diskrimináciu (produktivita práce tehotných žien klesá, sú častejšie práceneschopné a podobne). Potreby vyvolané biologickými rozdielmi vyžadujú, aby bolo tehotenstvo a materstvo jedným z komparátorov, na základe ktorého budú aplikované pracovnoprávne normy. Nemožno zaobchádzať rovnako za rozdielnej situácie s rozdielnymi skupinami pracovníkov.

Právo Európskeho spoločenstva však opatrenia na ochranu tehotných žien a matiek nie len umožňuje členským štátom prijímať, ale ich aj samo upravuje.³⁰ Napr. čl. 10 smernice 92/85/EHS stanovuje štátom povinnosť prijať opatrenia na zabezpečenie zákazu prepustenia tehotných pracovníčok, pracovníčok krátko po pôrode a dojčiacich pracovníčok počas obdobia od začiatku tehotenstva do konca materskej dovolenky.³¹ Aj takéto ustanovenia na ochrane tehotných žien a žien krátko po pôrode pomáhali v Európskom spoločenstve zjednotiť decentralizovaný pracovný trh v prostredí jednotného vnútorného trhu. To bolo z makroekonomického hľadiska nevyhnutné, aby sa predchádzalo sociálnemu dumpingu medzi členskými štátmi.³²

3.1 NEDOVOLENÉ PREPUSTENIE

Práve možnosť prepustenia tehotných zamestnankýň bola jednou z najčastejšie posudzovaných oblastí pracovnoprávných vzťahov, v rámci ktorej bola pred ESD rozoberaná výnimka vo vzťahu k tehotným ženám a matkám. Doterajšia judikatúra rozlišuje ako dôvod prepustenia práceneschopnosť súvisiacu s tehotenstvom a práceneschopnosť nesúvisiacu s tehotenstvom.³³

V nedávnom prípade Paquay v. Société d'architectes Hoet³⁴ bolo taktiež konštantne potvrdené, že prepustenie ženy počas tehotenstva alebo počas materskej dovolenky z dôvodu týkajúceho sa tehotenstva alebo materstva znamená priamu diskrimináciu na základe pohlavia v rozpore s čl. 2 ods. 1 a čl. 3 ods. 1 písm. c) smernice 76/207/EHS v znení smernice 2002/73/ES (pôvodný čl. 5 ods. 1 smernice 76/207/EHS). V danom prípade bola žena

²⁹ „Táto smernica sa nedotýka ustanovení týkajúcich sa ochrany žien, najmä v súvislosti s tehotenstvom a materstvom.“ (čl. 2 ods. 7 prvá veta smernice 76/207/EHS v znení smernice 2002/73/ES).

³⁰ Pozri smernicu Rady 92/85/EHS z 19. októbra 1992 o zavedení opatrení na podporu zlepšenia bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci tehotných pracovníčok a pracovníčok krátko po pôrode alebo dojčiacich pracovníčok (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 5/zv. 2) a smernicu Rady 96/34/ES z 3. júna 1996 o rámcovej dohode o rodičovskej dovolenke (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 5/zv. 2).

³¹ Aj z tejto výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania pripúšťa komunitárne právo výnimku vo výnimočných prípadoch nesúvisiacich s tehotenstvom či materstvom, ktoré sú povolené vnútroštátnymi predpismi alebo praxou, kde je to uplatniteľné a pod podmienkou, že na to dal súhlas príslušný orgán (čl. 10 ods. 1 smernice 92/85/EHS).

³² Barnard, C.: Worker's rights of participation. In: Neuwahl, N.A., Rosas, A. (ed.): The European Union and Human Rights, Kluwer Law International, The Hague, 1995, s. 191.

³³ Bližšie pozri napr.: Barancová, H.: Slovenské a európske pracovné právo, Poradca podnikateľa, Bratislava, 2004, s. 215 – 216.

³⁴ Vec C-460/06, Nadine Paquay v. Société d'architectes Hoet, ECR (2007) I-8511.

prepustená po materskej dovolenke a po uplynutí ochranej doby vyžadovanej belgickým právom. Skutočnosť, že dôvodom prepustenia je tehotenstvo a zároveň materstvo, národný súd preukázal snahou zamestnávateľa už počas materskej dovolenky nájsť trvalú náhradu zamestnankyne, čo bolo dokázané inzerátom podaným zamestnávateľom. Konanie o predbežnej otázke pred ESD malo presne špecifikovať zákaz prepustenia. Súdny dvor potvrdil, že zákaz prepustenia počas tehotenstva a materskej dovolenky sa netýka len doručenia rozhodnutia o prepustení, ale zakazuje aj prijímanie rozhodnutia o prepustení, ako aj uskutočnenie akýchkoľvek krokov smerujúcich k prepusteniu ako je hľadanie trvalej náhrady za zamestnankyňu.

Aj v súčasnosti existujú v členských štátoch rozdiely v chápaní hraníc legitímneho rozdielneho zaobchádzanie z dôvodu tehotenstva a materstva. Otázky, ktoré by pravdepodobne nespôsobili problém v členských štátoch s národnou legislatívnou výrazne ochraňujúcou tehotné zamestnankyne, môžu v štátoch so širokým chápaním zmluvnej voľnosti vyvolať pochybnosti. Konkrétne v prípade *Brown v. Rentokil Ltd.*³⁵ Snemovňa lordov predložila ESD predbežnú otázku, či má na zákaz prepustenia tehotnej zamestnankyne vplyv skutočnosť, že prepustenie bolo vykonané na základe zmluvnej podmienky umožňujúcej zamestnávateľovi prepustiť zamestnanca po stanovenej dobe nepretržitej neprítomnosti. Súdny dvor judikoval, že aplikácia takejto zmluvnej podmienky v danej situácii predstavuje priamu diskrimináciu na základe pohlavia. Situácia tehotnej pracovníčky, ktorá je určitú dobu práceneschopná z dôvodu tehotenstva nemôže byť posudzovaná ako totožná so situáciou muža, ktorý je práceneschopný rovnakú dobu.³⁶

3.2 PRÁVO NA MATERSKÚ DOVOLENKU

Pri využívaní tejto výnimky je možné sledovať snahu o hľadanie správnej miery medzi ochranou žien a nediskrimináciou mužov. Diskriminačné zaobchádzanie s mužmi bolo namietané vo veci *Hofmann v. Barmer Erstkasse*³⁷ vo vzťahu k zákonnej možnosti materskej dovolenky, od ôsmeho týždňa do šiesteho mesiaca od narodenia dieťaťa, výlučne pre ženy. Sťažovateľ tvrdil, že uvedené ustanovenie nemeckého zákona prekračuje hranicu dovolenej výnimky podľa čl. 2 ods. 3 smernice 76/207/EHS, nakoľko účelom materskej dovolenky nie je ochrana žien na základe ich biologických špecifik či zdravotných požiadaviek, ale ochrana dieťaťa. Rovnaký názor zastávala v spore aj Európska komisia pripomínajúc, že výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania majú byť aplikované v nevyhnutnej miere. Komisia taktiež súhlasila, že cieľom národných ustanovení o materskej resp. rodičovskej dovolenke je ochrana dieťaťa, ktorá sa dá rovnako zabezpečiť nediskriminačnými prostriedkami.³⁸

Súdny dvor však judikoval, že cieľom smernice nie je riešiť otázky organizácie rodinného života alebo úpravy del'by zodpovednosti medzi rodičov. Formulácia predmetnej výnimky smernice vo forme exempčného ustanovenia na opatrenia na ochranu žien prijímané štátmi je podľa ESD vyjadrením legitimity na ochranu biologických podmienok žien počas tehotenstva ako aj na ochranu jedinečného vzťahu medzi ženou a jej dieťaťom počas doby nasledujúcej po pôrode. Legitímnym cieľom ochrany tohto vzťahu môže byť aj ochrana pred veľkou

³⁵ Vec C-394/96 *Mary Brown v. Rentokil Ltd.*, ECR (1998) I-4185.

³⁶ Tamtiež, bod 31.

³⁷ Vec 184/83, *Ulrich Hofmann v. Barmer Ersatzkasse*, ECR (1984) 3047.

³⁸ Tamtiež, bod 12.

záťažou, ktorá by pramenila zo zamestnania.³⁹ Materská dovolenka v rámci posudzovanej doby môže preto byť primeraným opatrením a môže byť vyhradená matkám. ESD tak uznal aj v prípade výnimky z dôvodu tehotenstva alebo materstva diskrečnú právomoc členských štátov rozhodnúť o povahe ochranný opatrení. Komunitárne právo pritom neukladá členským štátom povinnosť, aby opatrenie ako platená materská dovolenka bolo poskytnuté aj otcom.⁴⁰

Na tomto mieste je potrebné pripomenúť smernicu 2006/54/ES, ktorá v čl. 28 ods. 1 upravuje totožné ustanovenie ako čl. 2 ods. 7 smernice 76/207/EHS v znení smernice 2002/73/ES. Recitál 26 tohto prepracovaného znenia rovnako ako recitál 13 smernice 2002/73/ES vyzýva členské štáty, aby zvažili preskúmanie rozsahu pôsobnosti svojich právnych systémov s cieľom priznať pracujúcim mužom individuálne a neprevoditeľné právo na otcovskú dovolenku, pričom budú zachované ich práva týkajúce sa zamestnania. Smerovanie, ktorým sa má harmonizácia uberať, je teda jasné, no vôľa priamo zasiahnuť do kompetencií štátov v tejto oblasti formou európskeho právneho aktu absentuje.

3.3 JE SCHOPNOSŤ ŽIEN OTEHOTNIEŤ A PORODIŤ CHRÁNENÝM ZÁUJOMOM?

Pri skúmaní ochrany žien podľa čl. 2 ods. 7 smernice 76/207/ES v platnom znení možno sledovať snahu členských štátov o prijímanie opatrení, pri ktorých by bolo jediným komparátorom len pohlavie. Inými slovami sa štáty snažia výnimku aplikovať aj na ustanovenia, ktorých účelom je ochrana všetkých žien pred nepriaznivými dopadmi určitých druhov pracovných činností bez ohľadu na skutočnosť tehotenstva či materstva. Už v spomínaných prípadoch Johnston či Kreil sa Súdny dvor zaoberal výkladom pôvodného článku 2 ods. 3 smernice 76/207/ES. Odkaz na tehotenstvo a materstvo podľa neho vyjadruje skutočnosť, že smernica má za cieľ chrániť biologické podmienky žien a špeciálny vzťah medzi ženou a dieťaťom. Výnimka preto nedovoľuje prijímanie opatrení vynímajúcich ženy z možnosti práce v určitých druhoch zamestnaní len na základe všeobecne prijímaného názoru, že ženám by mala byť poskytnutá väčšia ochrana ako mužom proti rizikám, ktoré môžu rovnako pôsobiť na mužov i ženy.⁴¹ Takéto opatrenia sú prípustné len pri rizikách, ktoré sa dotýkajú špecifických potrieb ochrany žien, ako je tehotenstvo či materstvo.

Obdobný prístup potvrdil ESD aj v prípade Európska komisia v. Rakúsko⁴², v ktorom boli napadnuté ustanovenia národných nariadení zakazujúcich prácu žien v podzemnom banskom priemysle, prácu vo vysokotlakovej atmosfére ako aj potápačskú prácu. Rakúska vláda argumentovala podrobným opisom fyziologických rozdielov existujúcich v priemere medzi mužmi a ženami, kvôli ktorým by mohla práca pod zemou alebo pod vodou pôsobiť nepriaznivejšie na ženy ako na mužov. ESD však judikoval, že nie je dovolené vylúčiť ženy z prístupu k pracovnému miestu jedine z toho dôvodu, že sú v priemere menšie a slabšie ako muži, zatiaľ čo muži, ktorí majú podobné fyzické vlastnosti, sa na toto pracovné miesto prijímajú.⁴³ Vo vzťahu k práci vo vysokotlakovej atmosfére a potápačskej práci sa Súdny dvor vyjadril, že „legislatíva neumožňujúca individuálne posúdenie a zakazujúca ženám predmetné zamestnanie, zatiaľ čo takéto zamestnanie nie je zakázané mužom, ktorých vitálna kapacita a počet erytrocytov v krvi je rovnaký alebo nižší, ako sú priemerné hodnoty týchto

³⁹ Tamtiež, bod 25.

⁴⁰ Tamtiež, bod 28.

⁴¹ Johnston v. Royal Ulster Constabulary, bod 44; Kreil v. Bundesrepublik Deutschland, bod 30.

⁴² Vec C-203/03, Commission of the European Communities v. Republic of Austria, ECR (2005) I-935.

⁴³ Tamtiež, bod 46.

veličin u žien, nie je dovolené podľa čl. 2 ods. 3 smernice 76/207/ES⁴⁴ a predstavuje diskrimináciu na základe pohlavia“.⁴⁵ Výnimky na ochranu zdravia žien by teda pravdepodobne boli eurokonformné v prípade možnosti individuálneho posúdenia, resp. ak by boli explicitne stanovené zdravotné či fyziologické požiadavky, ktoré by mali byť u oboch pohlaví nevyhnutné na výkon povolania.

Aj vo vzťahu k banskej činnosti ESD naznačil, že by bolo možné pripustiť existenciu výnimky na práce, ktoré by boli fyzický náročnejšie natoľko, že by predstavovali osobitné riziko pre ochranu biologických schopností žien otehotniť a porodiť.⁴⁶ Načrtol tak, že výnimka podľa čl. 2 ods. 3 smernice 76/207/ES (čl. 2 ods. 7 smernice v platnom znení) by mohla zahnúť nie len rozdielne zaobchádzanie s tehotnými ženami, ženami krátko po pôrode a dojčiacimi ženami, ale aj rozdielne zaobchádzanie v prístupe k zamestnaniu so všetkými ženami s cieľom ochrany schopností ženy otehotniť a porodiť. Ak by sa niektoré členské štáty pokúšali týmto cieľom odôvodniť určité zákazy zamestnania pre ženy všeobecne, bude zaujímavé ako sa národná legislatíva či budúca judikatúra ESD vysporiada s takýmto zákazom v prípade žien, ktoré nemajú resp. stratili z akéhokoľvek dôvodu schopnosť otehotniť a porodiť. Opäť sa tak dostávame k otázke komparátora, ktorého presné stanovenie by v takomto prípade rozlíšilo skupinu žien. Bol by komparátorom určitý, presne stanovený, zdravotný stav ako je to napr. pri prijímaní mužov aj žien do armády? Išlo by o slobodné rozhodnutie ženy vziať na seba riziko z poškodenia jej reprodukčných schopností? Alebo o všeobecný zákaz s výnimkou pre ženy dokladujúce nemožnosť otehotnenia lekárskeho potvrdením? A ako by sa v prípade pripustenia takejto argumentácie vysporiadal ESD s ochranou reprodukčných schopností mužov?

Na prípade Európska komisia v. Rakúsko možno dokumentovať nie len snahu o harmonizáciu európskej ochrany žien, no aj rozdielne vnímanie ochrany žien na komunitárnej a univerzálnej úrovni. Pri obhajobe zákazu na prácu pod zemou totiž rakúska vláda argumentovala aj svojím medzinárodnoprávnym záväzkom, vyplývajúcim z Dohovoru Medzinárodnej organizácie práce o zamestnávaní žien pod zemou v baniach všetkých druhov č. 45 z roku 1935.⁴⁷ Pri posudzovaní jeho kompatibility s komunitárnym právom Súdny dvor dospel k záveru, že záväzky vyplývajúce z dohovoru nie sú v súlade s čl. 2 a 3 smernice 76/207/ES. Členské štáty, by preto mali vypovedať tento dohovor, prípadne zvoliť iný prostriedok na odstránenie jeho rozporu so zásadou rovnakého zaobchádzania v práve Európskych spoločenstiev.⁴⁸

4. VÝNIMKA V PRÍSTUPE K TOVAROM A SLUŽBÁM

Výnimku z dôvodu pohlavia umožňuje komunitárne právo aj pokiaľ ide o prístup k tovarom a službám.⁴⁹ Čl. 4 ods. 5 smernice 2004/113/ES⁵⁰ umožňuje výlučné alebo prednostné

⁴⁴ Aj v tomto prípade bolo ešte posudzované pôvodné znenie smernice.

⁴⁵ Tamtiež, bod 74.

⁴⁶ Tamtiež, bod 47.

⁴⁷ Oznámenie Federálneho ministerstva zahraničných vecí č. 441/1990 Zb.

⁴⁸ Možno doplniť, že Slovenská i Česká republika už oznámili Medzinárodnej organizácii práce svoju vôľu vypovedať predmetný dohovor.

⁴⁹ V rámci zásady rovnakého zaobchádzania pri poskytovaní tovarov a služieb bez ohľadu na rasový alebo etnický pôvod, nebola obdobná výnimka formulovaná (pozri čl. 3 ods. 1 písm. h) smernice 2000/43/ES).

poskytovanie tovarov a služieb príslušníkom jedného pohlavia, ak je to „odôvodnené legitímnym cieľom a ak sú prostriedky na dosiahnutie tohto cieľa primerané a nevyhnutné“. Pre pochopenie rozsahu tejto výnimky je však na úvod potrebné zadefinovať pôsobnosť smernice 2004/113/ES. Vztahuje sa na poskytovanie tovarov a služieb, ktoré sú prístupné verejnosti, bez ohľadu na osobu poskytovateľa, pokiaľ ide o verejný a súkromný sektor vrátane orgánov verejnej moci (čl. 3 ods. 1 smernice). Pojem „prístupné verejnosti“ poukazuje iba na tovary a služby, ktoré sú ponúkané neurčitému počtu ľudí, zatiaľ čo akákoľvek ponuka obmedzenému a preto určitému (alebo prinajmenšom určiteľnému) počtu ľudí (napr. kolegovia, susedia alebo priatelia) je vylúčená z pôsobnosti smernice.⁵¹ Úmyslom smernice je čo najmenej obmedziť zmluvnú autonómiu jednotlivcov. Čl. 3 ods. 2 smernice 2004/113/ES explicitne ustanovuje, že „smernica sa nedotýka slobody jednotlivca vybrať si zmluvného partnera, pokiaľ výber zmluvného partnera jednotlivcom nie je založený na pohlaví tejto osoby“. Smernica sa nedotýka ani oddeleného poskytovania tovarov a služieb. Ich poskytovanie v samostatných priestoroch, však nesmie byť pre určité pohlavie výhodnejšie.

Ak by sme formuláciu výnimky porovnali s formuláciou výnimky skutočnej a určujúcej požiadavky na zamestnanie, absentuje tu potreba preukázať pri jednotlivých výnimkách skutočný a určujúci vzťah medzi povahou tovaru či služby a pohlavím osoby zákazníka. Táto skutočnosť vedie k otázke, či sa má prípadný osobitný vzťah definovať v rámci legitímneho cieľa výnimky. Alebo existencia takéhoto vzťahu nie je pri výnimke na poskytovanie tovarov a služieb potrebná? Jednoznačne dá na túto otázku odpoveď zrejme až Súdny dvor. Z príkladov legitímnych cieľov uvádzaných recitálom 16 smernice⁵² je však možné vyvodiť širší priestor pre aplikáciu tejto výnimky, ako je to v prípade skutočnej a určujúcej požiadavky na zamestnanie.

Legitímne rozdielne zaobchádzanie môže spočívať vo „výlučnom alebo prednostnom“ poskytnutí tovaru či služby. Odkaz na „primeranosť a nevyhnutnosť“ cieľa v rámci výnimky je potrebné vykladať obdobne ako v prípade výnimky skutočnej a určujúcej požiadavky na zamestnanie na základe pohlavia. Každé prijímané opatrenie musí byť v súlade s princípom proporcionality vyplývajúcim z judikatúry ESD. Nakoľko transpozičná lehota smernice 2004/113/ES uplynula 21. decembra 2007, ESD doposiaľ v žiadnom spore neposudzoval ani výnimky z nej vyplývajúce. Otázne tak zostáva, či by bolo možné ospravedlniť touto výnimkou finančnú stimuláciu prednostného poskytovania tovaru či služby (napr. voľný vstup na diskotéky pre ženy).

⁵⁰ Smernica Rady 2004/113/ES z 13. decembra 2004 o vykonávaní zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami v prístupe k tovaru a službám a k ich poskytovaniu (Ú. v. EÚ L 373, 21.12.2004).

⁵¹ Krois, Ch.: Directive 2004/113/EC on sexual equality in access to goods and services: Progress or impasse in European sex discrimination law?, Columbia Journal Of European Law: vol 12, no. 1, winter 2005/2006, s. 323 – 338.

⁵² „Legitímnym cieľom môže byť napríklad ochrana obetí sexuálneho násillia (v prípadoch ako je zriaďovanie útulkov výhradne pre mužov alebo pre ženy), dôvody súkromia a slušnosti (v prípadoch, keď ubytovanie poskytuje osoba v časti svojej domácnosti), podpora rovnosti pohlaví alebo záujmov mužov alebo žien (napríklad dobrovoľné organizácie výhradne pre mužov alebo pre ženy), sloboda združovania (v prípade členstva v súkromných kluboch výhradne pre mužov alebo pre ženy) a organizovanie športových podujatí (napríklad športové podujatia výhradne pre mužov alebo pre ženy).“

5. VÝNIMKA VO VZŤAHU K TEHOTENSTVU A MATERSTVU V PRÍSTUPE K TOVAROM A SLUŽBÁM

Podobne ako pri zamestnaneckých vzťahoch, aj pri poskytovaní tovarov a služieb platí výnimka zo zásady rovnakého zaobchádzania pri poskytovaní služieb tehotným ženám a matkám. Umožňuje ju ustanovenie čl. 4 ods. 2 smernice 2004/113/ES, ktorý vylučuje z pod pôsobnosti zákaz diskriminácie opatrenia na ochranu tehotných žien a matiek.⁵³ Vychádzajúc z judikatúry ESD v rámci výnimky vo vzťahu k tehotným ženám a matkám v zamestnaneckých vzťahoch možno vyvodiť, že odkaz na tehotenstvo a materstvo má smerovať k ochrane biologických podmienok žien, špeciálneho vzťahu medzi ženou a dieťaťom ako aj k ochrane dieťaťa. Ospravedlniteľnou výnimkou by preto bolo napr. prednostné vybavenie tehotnej pacientky v lekárskej ambulancii, či prednostné poskytnutie ubytovania tehotnej žene alebo dojčiacej matke.

Otáznou však zostáva ochrana vyššie uvedených záujmov spôsobom, ktorý by znamenal nepriaznivejšie zaobchádzanie v prístupe a poskytovaní tovarov a služieb danej skupine žien (napr. zákaz predaja cigariet tehotným ženám, či neposkytnutie služieb leteckej dopravy tehotným ženám). Pripomenieme, že čl. 4 ods. 2 smernice 2004/113/ES vyníma z pod jej pôsobnosti len priaznivejšie ustanovenia na ich ochranu.⁵⁴ Navyše priamou diskrimináciou porušujúcou zásadu rovnakého zaobchádzania sa podľa čl. 4 ods. 1 písm. a) smernice 2004/113/ES rozumie aj „menej priaznivé zaobchádzanie so ženami z dôvodov tehotenstva a materstva“.⁵⁵ Z doterajšej judikatúry však možno vyvodiť snahu o čo najširšiu ochranu tehotných žien a žien krátko po pôrode. Sme preto toho názoru, že obmedzený prístup k tovarom alebo službám, za účelom ochrany tehotnej ženy či dieťaťa, by mohol byť súladný so zásadou rovnakého zaobchádzania v prípade, ak by vyhovel aj požiadavkám princípu proporcionality. Nevyhnutnosť a primeranosť opatrení by sa musela preukázať nie len k ich cieľu a predmetu, no aj k právu na súkromný a rodinný život. Toto právo smernica 2004/113/ES osobitne zvyrazňuje.⁵⁶ Ako sme už uviedli, aj Súdny dvor v prípade Hofmann v. Barmer Erstkasse judikoval, že cieľom smernice 76/207/EHS nie je riešiť otázky rodinného života.⁵⁷

V prípade služieb leteckej dopravy tehotným ženám, za súčasnej absencie jednotnej úpravy na európskej úrovni, letecké spoločnosti umožňujú lietať tehotným ženám bez obmedzení, alebo na základe lekárskeho potvrdenia, no vo väčšine prípadov uplatňujú zákaz prístupu k leteckej doprave medzi 28. až 36. týždňom tehotenstva. Takýto rozdielny prístup vytvára priestor pre

⁵³ „Táto smernica sa nedotýka priaznivejších ustanovení, ktoré sa týkajú ochrany žien v súvislosti s tehotenstvom a materstvom.“ (čl. 4 ods. 2 smernice 2004/113/ES).

⁵⁴ Naproti tomu podľa čl. 2 ods. 7 smernice 76/207/EHS sa táto smernica „nedotýka ustanovení týkajúcich sa ochrany žien, najmä v súvislosti s tehotenstvom a materstvom“. Prípadné výnimky spočívajúce v nepriaznivejšom zaobchádzaní sú však limitované čl. 2 ods. 7 tretia veta smernice 76/207/EHS, ktorá ako diskrimináciu hodnotí „menej priaznivé zaobchádzanie so ženou súvisiace s tehotenstvom alebo materskou dovolenkou v zmysle smernice 92/85/EHS“.

⁵⁵ Absencia obdobného ustanovenia v definícii priamej diskriminácie podľa smernice 76/207/EHS je predmetom odbornej kritiky. Ahtela, K: The revised provisions on sex discrimination in European law: A critical assessment. *European Law Journal*, vol. 11, no. 1, 2005, s. 57 – 78.

⁵⁶ Recitál 3 uvádza: „Popri zákaze diskriminácie je dôležité, aby sa dodržiavali ostatné základné práva a slobody vrátane ochrany súkromného a rodinného života a úkony vykonané v tejto súvislosti a sloboda náboženského vyznania.“

⁵⁷ Vec 184/83 Hofmann v. Barmer Erstkasse, bod 24.

uplatnenie rozhodovacej právomoci ESD pri hľadaní primeranej hranice medzi ochranou zdravia tehotnej ženy a neprimeraným zasahovaním do jej práva na prístup k danej službe, ako aj do jej súkromia.

6. VÝNIMKA PRI POSKYTOVANÍ POISŤOVACÍCH A INÝCH FINANČNÝCH SLUŽIEB

Ďalšia výnimka na základe pohlavia sa týka poskytovania poisťovacích a iných súvisiacich finančných služieb. Európske spoločenstvo uznalo, že pohlavie je používané ako poistno-matematický faktor na výpočet rizík pri stanovení výšky poistného. Napriek tomu, že určité kategórie rizík sa môžu pre pohlavia v priemere líšiť, zásada rovnakého zaobchádzania má zabezpečiť neutralitu aj v prístupe k poistným a súvisiacim finančným službám. Čl. 5 ods. 1 smernice 2004/113/ES stanovil členským štátom povinnosť zabezpečiť, aby použitie pohlavia ako poistno-matematického faktora nemalo za následok rozdiely vo výpočte výšky poistného a poistného plnenia.⁵⁸ Napr. v prípade životného poistenia sa majú používať iné faktory, ktoré sú významnejšie pri určovaní očakávanej dĺžky života. Ide napr. o spoločensko-ekonomické faktory, životný štýl, zamestnanie, miesto pobytu, stravovacie návyky, fajčenie a pod. Európska komisia poukázala na štúdie preukazujúce, že ak sa odstránia faktory životného štýlu, spoločenskej triedy a prostredia, rozdiel v priemernej očakávanej dĺžke života medzi mužmi a ženami je od nula do dvoch rokov, pričom ani rozdiely v očakávanej dĺžke života v populácii v jednotlivých členských krajinách nemôžu byť pripisované biologickým rozdielom.⁵⁹ Smernica sa tak snaží donútiť poisťovací priemysel, aby pri určovaní poistného bral do úvahy konkrétne podmienky jednotlivca a nie priemerné hodnoty, ktoré môžu konkrétneho jednotlivca stavať do nevýhody.

Kvôli silnému odporu poisťovacieho trhu voči tomuto zákazu, bola súčasne akceptovaná aj výnimka, ktorá podľa čl. 5 ods. 2 smernice umožnila členským štátom uplatňovať používanie pohlavia ako faktora pri hodnotení rizika za predpokladu, že pohlavie bude určujúcim faktorom podloženým na základe „príslušných a presných poistno-matematických a štatistických údajov“.⁶⁰ Ide o výnimku, ktorá je úplne rozdielna od doteraz rozoberaných exempčných prípadov. Nemá sa uplatňovať len vo výnimočných situáciách za reštriktívne stanovených podmienok. Ide o veľmi všeobecnú výnimku, ktorá členským štátom umožnila nevídaný rozsah diskrečnej právomoci. Nemusia totiž zvažovať konkrétne prípady, okolnosti či druhy poistení, ale môžu na neurčitý čas oddialiť vykonávanie čl. 5 ods. 1 smernice 2004/113/ES. Isté obmedzenie síce spočíva v preukázaní vyššieho rizika u jedného z pohlaví štatistickými údajmi, no tieto nie sú nijako špecifikované. Nie je jasne určená metodika získavania a vyhodnocovania informácií, ani obdobie, ktorého sa majú týkať.

Ešte širšia výnimka z prístupu k poistným službám bola pripustená v rámci zákazu rozdielov vo výške poistného a poistného plnenia z dôvodu nákladov súvisiacich s tehotenstvom

⁵⁸ Toto ustanovenie sa má týkať len nových zmlúv uzavretých najneskôr po 21. decembri 2007.

⁵⁹ Explanatory Memorandum of Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between women and men in the access to and supply of goods and services (presented by the Commission), COM (2003) 567 final, s. 6.

⁶⁰ Využitie výnimky mohli členské štáty oznámiť len do 21. decembra 2007. Odklad aplikácie zásady rovnakého zaobchádzania nie je pritom presne ohraničený. Po 21. decembri 2007 majú výnimku príslušné členské štáty prehodnotiť. Do 21. decembra 2009 majú Európskej komisii odovzdať informácie týkajúce sa uplatňovania celej smernice. Európska komisia musí do 21. decembra 2010 predložiť Európskemu parlamentu a Rade svoju správu o uplatňovaní čl. 5 smernice 2004/113/ES s návrhmi na jej prípadnú zmenu.

a materstvom. Členské štáty môžu vykonávanie takýchto opatrení odložiť najneskôr do 21. decembra 2009 bez akéhokoľvek obmedzenia (čl. 5 ods. 3 smernice 2004/113/ES).

Rozsah týchto výnimiek ospravedlňujú samozrejme predstavitelia poisťovníctva. Tí vyjadrili presvedčenie, že odstránenie možností prihliadania na pohlavie pri výpočte výšky poistného bude znamenať umelé prekrútenie poisťovacieho trhu, ktorý nebude môcť vo výške poistného vyjadriť reálne riziká. To by mohlo viesť aj k finančnej nedostupnosti určitých produktov (napr. zdravotné a penzijné poistenie pre mužov alebo životné poistenie a poistenie automobilov pre ženy).⁶¹ Vo všeobecnosti sa uznáva, že zásada rovnakého zaobchádzania pre ženy a mužov v prístupe k poisťovacím službám bude znamenať dodatočné náklady, ktoré uhradia konzumenti týchto služieb.⁶² Napr. v prípade poistenia zodpovednosti za škodu spôsobenú prevádzkou motorového vozidla je možné nižšie poistenie pre ženy, nakoľko je štatisticky dokázané, že nehodovosť žien je výrazne nižšia ako u mužov. V súčasnosti je tento prístup legitímny len na základe výnimky podľa čl. 5 ods. 2 smernice 2004/113/ES. V prípade, ak by sa ale nemohlo prihliadať práve na pohlavie, poisťka pre ženy a mužov by bola rovnaká, resp. by sa odstránilo v súčasnosti možné zvýhodnenie žien a prípadne znevýhodnenie mužov. To má práve viesť k tomu, aby poisťovne kalkulovali poistné na základe presnejších faktorov, ktoré budú individuálne hodnotiť riziko toho ktorého poistenca (napr. počet odjazdených rokov, beznehodová jazda). Dlhá transpozičná lehota, ako aj možnosť výnimky, má umožniť pomenovanie a vývin takýchto neutrálnych poistno-matematických faktorov.

Obmedzený rozsah pôsobnosti smernice 2004/113/ES ako aj široko formulované výnimky sú dôvodom na kritiku celej smernice. V odbornej verejnosti sa objavujú jej rezervované hodnotenia ako čiastočne úspešnej v rozvinutí konceptu rovnosti, či priam narúšajúcej vecné chápanie rovnosti.⁶³

7. POZITÍVNE OPATRENIA

Pri výpočte výnimiek zo zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami, nie je možné opomenúť možnosť zachovania alebo prijatia osobitných opatrení na predchádzanie či zamedzenie alebo kompenzáciu nevýhod súvisiacich s pohlavím s cieľom zabezpečiť úplnú rovnosť medzi mužmi a ženami v praxi. V rámci prístupu k zamestnaniu čl. 2 ods. 8 smernice 76/207/EHS umožňuje členským štátom zachovať alebo prijať „opatrenia v zmysle čl. 141 ods. 4 Zmluvy⁶⁴ s úmyslom zabezpečiť plnú rovnosť medzi mužmi a ženami v praxi“. ⁶⁵ V rámci prístupu k tovarom a službám čl. 6 smernice 2004/113/ES taktiež umožňuje

⁶¹ Poznámka č. 59, s 7.

⁶² Stanovisko Európskeho hospodárskeho a sociálneho výboru k Návrhu smernice Rady ohľadom realizácie princípu rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami pri prístupe k tovaru a službám a pri ich poskytovaní COM (2003) 657 final (Ú. v. EÚ C 241, 28.9.2004), bod 3.1.

⁶³ Caracciolo di Torella, E.: The principle of gender equality, the goods and services directive and insurance: A conceptual analysis. In: Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2006, vol. 12, issue 1, s. 339 – 350.

⁶⁴ Čl. 141 ods. 4 Zmluvy: „Vzhľadom na cieľ plne zabezpečiť v praxi rovnaké zaobchádzanie s mužmi a ženami v pracovnom procese nebráni zásada rovnakého zaobchádzania žiadnemu členskému štátu zachovať alebo zaviesť opatrenia umožňujúce osobitné výhody menej zastúpenému pohlaviu pre ľahšie uplatnenie sa v odbornej pracovnej činnosti alebo ako prevenciu či kompenzáciu nevýhod v profesijnej kariére.“

⁶⁵ Rovnakú formuláciu pozitívnych opatrení s odkazom na primárne právo upravuje aj čl. 3 smernice 2006/54/ES.

prijímanie „špecifických opatrení na predchádzanie nevýhod súvisiacich s pohlavím alebo na ich vyrovnanie“. Obdobná úprava „pozitívnych opatrení“ (positive action) je štandardnou súčasťou smerníc upravujúcich zásadu rovnakého zaobchádzania.⁶⁶ Nakoľko však nie je cieľom tohto príspevku rozpracovať komplexnú problematiku pozitívnych opatrení v komunitárnom práve, odkazujeme v tomto smere na odbornú literatúru.⁶⁷

Klasifikovanie inštitútu pozitívnych opatrení ako výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania však nie je jednoznačné. Záleží na teoreticko-filozofickom vnímaní tohto inštitútu. Pokiaľ ho vnímame ako naplnenie skutočnej, materiálnej rovnosti, potom sa nejedná o výnimku. Pokiaľ však vnímame pozitívne opatrenia ako úmyselnú a dočasnú derogáciu z inak platnej povinnosti rovnakého zaobchádzania, potom pozitívne opatrenia výnimku skutočne predstavujú.⁶⁸ V európskom kontexte nie je ich zaradenie taktiež jednotné. Objavujú sa názory chápujúce pozitívne opatrenie ako derogáciu zo zásady rovnakého zaobchádzania.⁶⁹ Podľa iných názorov, skutočnosť, že na pozitívne opatrenia sa neľadá ako na derogáciu rovnakého zaobchádzania, potvrdzuje aj znenie smernice 2006/54/ES.⁷⁰ Pozitívne opatrenia sú tu zaradené medzi všeobecné ustanovenia a nie medzi výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania.

V úvode tohto príspevku sme o výnimkách hovorili ako o stanovení viac či menej konkrétnych podmienok, za ktorých je prípustná exempcia, ktorou je možné prelomiť zásadu rovnakého zaobchádzania. O osobitných podmienkach možno hovoriť celkom určite aj v prípade pozitívnych opatrení, no podľa nášho názoru je ich účelom práve dosiahnutie rovnosti a nie dosiahnutie iného cieľa ako pri výnimkách. Neprelamujú zásadu rovnakého zaobchádzania, ale smerujú k jej samotnému naplneniu. Keďže vnímame pozitívne opatrenia ako inštitút zásady rovnakého zaobchádzania smerujúci k naplneniu materiálneho chápania rovnosti, považujeme za správne odlíšiť ich od výnimiek na základe sledovaného cieľa, druhov či foriem použitých nástrojov.

8. ZÁVER

V rámci rozhodnutia vo veci Európska komisia v. Veľká Británia z roku 1983 sme uviedli, že vláda pri obhajobe zdôraznila možnosť spoločenského vývoja a zmeny tradičného nezapájania sa mužov do daného povolania. S možnosťou spoločenského vývoja vo vnímaní potreby zachovania výnimiek na základe skutočnej a určujúcej požiadavky na povolanie ráta

⁶⁶ Pozri znenie čl. 7 smernice 2000/78/ES, čl. 5 smernice 2000/43/ES.

⁶⁷ Pozri napr. Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.) *Rovnost a diskriminace*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2007, s. 22 – 32; Costello, C., Davies, G.: *The case law of the Court of Justice in the field of sex equality since 2000*, *Common Market Law Review* 43, 2006, s. 1567 – 1616; Debrecéniová, J.: *Pozitívny postup ako novodobá súčasť politík smerujúcich k zabezpečeniu rovnosti a jeho zakotvenie v medzinárodnom, európskom a slovenskom práve*, Zborník z konferencie „(Ne)rovnosť a rovnoprávnosť“, Tatranská Štrba 13. – 15. 10. 2005, SAP, spol. s r.o., 2005; Fredman, S.: *Antidiskriminační právo*. Multikulturní centrum Praha. 2007, s. 10 – 14.

⁶⁸ Kozák, K., Kozáková, K.: *Výnimky z principu rovného zachádzaní, hranice legitímního rozlišování a protiprávní diskriminace*. In: Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.) *Rovnost a diskriminace*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 78.

⁶⁹ Bobek, M.: *Rovnost jako právní problém*. In: Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.) *Rovnost a diskriminace*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 23.

⁷⁰ Costello, C., Davies, G.: *The case law of the Court of Justice in the field of sex equality since 2000*, *Common Market Law Review* 43, 2006, s. 1567 – 1616.

aj čl. 9 ods. 2 smernice 76/207/EHS.⁷¹ Uznal sa tak úzky súvis medzi rozsahom zásady rovnakého zaobchádzania a spoločenským vývojom v chápaní jednotlivých oblastí, do ktorých preniká táto zásada v tej ktorej členskej krajine. Odkaz na „zdôvodniteľnosť“ výnimky poukazuje na princíp proporionality. Nazeranie na nevyhnutnosť a primeranosť vylúčenia určitých činností len pre jedno pohlavie sa môže časom meniť. Smernica 2006/54/ES, upravujúca v čl. 31 ods. 3 obdobné znenie povinnosti členských štátov hodnotiť uplatnené výnimky, špecifikuje frekvenciu hodnotenia pracovných činností na minimálne osem rokov.

Vo vzťahu k výnimke čl. 5 ods. 2 smernice 2004/113/ES sa taktiež predpokladá vývoj v jej úprave a využívaní v členských štátoch. Po preskúmaní informácii od členských štátov má Európska komisia vypracovať najneskôr v roku 2010 správu o uplatňovaní čl. 5 smernice s návrhmi na prípadné zmeny vo vzťahu k používaniu faktora pohlavia na výpočet prémie a zliav (čl. 16 smernice 2004/113/ES). Tu sa predpokladá vývoj vo vnímaní potreby existencie predmetnej výnimky zo strany poisťovateľov, ktorý by mali byť schopný zdefinovať neutrálne poisťno-matematické faktory.

Budúci vývoj európskeho práva smerom k minimalizovaniu pohlavia ako diskriminačného dôvodu aj v oblastiach, ktoré neboli doposiaľ upravené, bude pravdepodobne legimizovať aj ďalšie výnimky. Smernica 2004/113/ES napríklad vyňala oblasť vzdelávania, médií či reklamy spod svojej pôsobnosti. Naproti tomu, v prípade diskriminačného dôvodu rasového alebo etnického pôvodu nespôsobil bezvýnimčný zákaz diskriminácie v oblasti vzdelávania problém (čl. 3 ods. 1 písm. g) smernice 2000/43/ES). Dá sa preto očakávať, že výsledok snáh o harmonizáciu zásady rovnakého zaobchádzania medzi mužmi a ženami aj v iných oblastiach bude poznačený výnimkami. Tie budú spod tejto zásady vynímať rozdielne zaobchádzanie za účelom dosiahnutia určitého legitímneho cieľa. Prípadne, ako je to pri výnimke v prístupe k poisťovacím službám, bude ich úlohou zamedziť výraznejším ťažkostiam so zavádzaním zásady rovnakého zaobchádzania.

Literatura:

- Ahtela, K.: The revised provisions on sex discrimination in European law: A critical assessment. *European Law Journal*, vol. 11, no. 1, 2005, s. 57 – 78.
- Barancová, H.: Slovenské a európske pracovné právo, Bratislava, Poradca podnikateľa, 2004, s. 992, ISBN 80-88931-32-0.
- Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.): Rovnosť a diskriminácia. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 471, ISBN 978-80-7179-584-1.
- Caracciolo di Torella, E.: The principle of gender equality, the goods and services directive and insurance: A conceptual analysis. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2006, vol. 12, issue 1, s. 339 – 350.

⁷¹ Čl. 9 ods. 2 smernice 76/207/EHS v platnom znení: „Členské štáty pravidelne hodnotia profesijné činnosti uvedené v článku 2 ods. 2 s cieľom rozhodnúť, či vzhľadom na dosiahnutú úroveň sociálneho rozvoja je zachovanie existujúcich výnimiek naďalej zdôvodnené. O výsledku hodnotenia informujú Komisiu.“ V tomto smere smernica 2002/73/ES, ktorá novelizovala smernicu 76/207/EHS, nereagovala na presun výnimky skutočnej a určujúcej požiadavky do čl. 2 ods. 6 smernice 76/207/EHS.

- Costello, C., Davies, G.: The case law of the Court of Justice in the field of sex equality since 2000, *Common Market Law Review* 43, 2006, s. 1567 – 1616.
- Krois, CH.: Directive 2004/113/EC on sexual equality in access to goods and services: Progress or impasse in European sex discrimination law?, *Columbia Journal Of European Law*: vol. 12, no. 1, winter 2005/2006, s. 323 – 338.
- Neuwahl, N.A., Rosas, A. (eds.): *The European Union and Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 1995, ISBN 90-411-0124-1.
- Prechal, S., Burrows, N.: *Gender Discrimination Law of the European Community*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1990, s. 351, ISBN 1-85521-058-4.
- Tridimas, T.: *The General Principle of EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, s. 377, ISBN 0-19-826-012-1.
- Citované rozsudky Európskeho súdneho dvora, primárne a sekundárne akty Európskych spoločenstiev a ďalšie citované dokumenty.

Kontaktní údaje na autora – email:

davala05@yahoo.com