

DISKRIMINACE PŘED VZNIKEM PRACOVNÍHO POMĚRU - PŘÍPADOVÁ STUDIE

MARTIN SOBOTKA

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language

Autor příspěvku se zabývá diskriminací při náboru zaměstnanců do pracovního poměru. Na konkrétním právním případě jsou popsány možné diskriminační praktiky zaměstnavatele a možnosti neúspěšného uchazeče o zaměstnání v postavení žalobce. Právní případ diskriminace před vznikem pracovního poměru, pocházející z doby před přijetím antidiskriminačního zákona, je srovnáván se současnou právní úpravou.

Key words in original language

Diskriminace; diskriminace při náboru zaměstnanců; pracovní právo;

Abstract

The author of the article is engaged in legal aspects of discrimination in recruitment. With the concrete judicial case he inscribes the possible discriminatory practices of the employer, and the chances of the unsuccessful expectant in the position of the plaintiff. The case, from before the anti-discriminatory act has been adopted, is compared with the contemporary legislation.

Key words

Discrimination; discriminatory practices of recruitment; labour law;

Studie ukazují¹, že diskriminaci v rámci pracovně právních vztahů není snadné odhalit. Tím spíš je nesnadné domáhat se práv ještě před vznikem právních vztahů. Cílem tohoto článku je mimo jiné poukázat na procesní prostředky vedoucí k úspěšnému vymáhání práv daných antidiskriminačním zákonem. Na následujícím soudním případě bych chtěl ukázat, jak bylo hodnoceno jednání zaměstnavatele před účinností zákona č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů, a jak by mohlo a mělo být hodnoceno totéž jednání v současnosti podle antidiskriminačního zákona. Vodítkem mi bude odůvodnění a nastíněné úvahy soudu v pravomocně skončeném případě týkající se diskriminace při výběrovém řízení na obsazení pracovního místa, který v současnosti - podle mých informací - čeká na dořešení Nejvyšším soudem České republiky v rámci dovolání.

¹ Viz např. irský experimentální výzkum (Frances McGinnity) založený na úmyslné záměně identity uchazeče o zaměstnání, a další zdařené statě citované v literatuře.

V tomto soudním případě se žalobce, vzděláním strojní inženýr, domáhal, aby mu žalovaná společnost zaplatila částku 200.000,- Kč a omluvila se v tomto znění: "Omlouváme se Vám, že jsme Vás bezdůvodně nepřijali do pracovního poměru. Litujeme, že jsme se dotkli Vašeho práva na lidskou důstojnost a čest". Žalobu odůvodnil tím, že se na základě doporučení příslušného úřadu práce dostavil v červnu 2007 jako uchazeč o zaměstnání na personální oddělení žalované společnosti. Tam vyplnil dotazník pro uchazeče o zaměstnání. Po čtvrt hodině mu referentka personálního oddělení sdělila, že není přijat, aniž byl s žalobcem (uchazečem) proveden rozhovor. Později téhož roku zjistil v databázi úřadu práce, že žalovaná společnost opět hledá na podobnou pozici (konstruktér forem) zaměstnance. K telefonickému dotazu mu stejná referentka personálního oddělení sdělila, že nemá smysl se ucházet o pracovní místo, když již dříve nebyl přijat. Ale svolila s možností, aby se žalobce účastnil výběrového řízení (přijímacího pohovoru) v říjnu 2007. V průběhu pohovoru byl žalobce označen za učně. Následně mu bylo telefonicky sděleno, že nebyl do pracovního poměru přijat, přestože žalovaná společnost dále inzerovala až do poloviny roku 2008, že hledá na pozici konstruktéra forem zaměstnance. Žalobce se domnívá, že splnil všechny požadavky pro přijetí do pracovního poměru a nebyl přijat z důvodu svého věku, čímž se cítí diskriminován. K žádnému již dalšímu pohovoru (na jiná volná místa žalované společnosti) nebyl žalobce pozván.

Během dokazování prvoinstančního řízení řešil senát okresního soudu mimo jiné tyto otázky:

1. Jaký význam mají předem stanovené požadavky zaměstnavatele na obsazení určitého pracovního místa (např. v databázích úřadů práce) pro rozhodování o přijetí do pracovního poměru?
2. Několik otázek souvisejících s postupem výběru z uchazečů o zaměstnání - může být diskriminační chování viděno ve způsobu, jak rychle a kdo o nepřijetí uchazeče rozhodne? Do jaké míry může zaměstnavatel (osoby pověřené výběrem nových zaměstnanců) zrazovat uchazeče od účasti ve výběrovém řízení? Může zaměstnavatel při (následném) výběrovém řízení použít informace, které již o uchazečích ví z dřívější doby?
3. Jsou pro posouzení diskriminačního jednání zaměstnavatele relevantní jeho další (následné) kroky? Máme na mysli pozdější několikrát odmítnutí bez pohovoru na další pozice žalované společnosti, což podporuje žalobcovu představu, že hlavním důvodem nepřijetí do pracovního poměru byl jeho věk.

Okresní soud žalobu zamítl, přičemž své rozhodnutí odůvodnil lakonicky odkazem na použití ustanovení § 30 odst. 1 zákoníku práce². Podle soudu je výběr fyzických osob ucházejících se o

² odst. 1: Výběr fyzických osob ucházejících se o zaměstnání z hlediska kvalifikace, nezbytných požadavků nebo zvláštních schopností je v

zaměstnání zcela v působnosti zaměstnavatele. Soud z ustanovení dovodil, že záleží pouze na zaměstnavateli, jaká bude organizační struktura podniku a jací zaměstnanci budou přijati. Pokud tedy žalovaná společnost nepřijala žalobce do pracovního poměru, nelze toto jednání hodnotit jako diskriminaci (doslovná citace odůvodnění rozsudku). Soud dále poukázal na zásadu smluvní svobody tvrzenou žalovanou společností v rámci obrany proti žalobě. Tím soud odpověděl na všechny výše uvedené otázky v podstatě tak, že postup zaměstnavatele byl pořádku. Okresní soud dále poukázal na tehdy platné ustanovení § 4 odst. 1 a 2 zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti³. Co je však rozhodující, okresní soud poté, co si ověřil údaje z databáze úřadu práce a vyslechl svědky, uzavřel, že žalobce neunesl důkazní břemeno ohledně jeho tvrzených skutečností, které žalovaná společnost vesměs (pochopitelně) popřela⁴.

Krajský soud v řízení o odvolání žalobce potvrdil rozhodnutí okresního soudu s tím, že bylo nutno postupovat ještě podle právního stavu před nabytím účinnosti antidiskriminačního zákona⁵. Krajský soud jednak zopakoval v odůvodnění argumenty okresního soudu, spočívající v tom, že žalobce neunesl důkazní břemeno, a dále - patrně veden již úmyslem zákonodárce obsaženým v nové právní úpravě - doplnil, že žalobce neunesl ani břemeno tvrzení o skutečnostech, z nichž vyplývá, že jednání žalované společnosti představuje přímou nebo nepřímou diskriminaci.

působnosti zaměstnavatele, nevyplývá-li ze zvláštního právního předpisu jiný postup; předpoklady kladené zvláštními právními předpisy na fyzickou osobu jako zaměstnance tím nejsou dotčeny.

³ odst. 1: Účastníci právních vztahů podle § 3 odst. 1 písm. a), c) a d) jsou povinni zajišťovat rovné zacházení se všemi fyzickými osobami uplatňujícími právo na zaměstnání; za nerovné zacházení se nepovažuje rozlišování, které stanoví tento zákon nebo zvláštní právní předpis.

odst. 2: Při uplatňování práva na zaměstnání je zakázána přímá i nepřímá diskriminace z důvodu pohlaví, sexuální orientace, rasového nebo etnického původu, národnosti, státního občanství, sociálního původu, rodu, jazyka, zdravotního stavu, věku, náboženství či víry, majetku, manželského a rodinného stavu nebo povinnosti k rodině, politického nebo jiného smýšlení, členství a činnosti v politických stranách nebo politických hnutích, v odborových organizacích nebo organizacích zaměstnavatelů; diskriminace z důvodu těhotenství nebo mateřství se považuje za diskriminaci z důvodu pohlaví. Za diskriminaci se považuje i jednání zahrnující podněcování, navádění nebo vyvolávání nátlaku směřujícího k diskriminaci.

⁴ V době, kdy o věci rozhodoval okresní soud, neobsahoval občanský soudní řád ustanovení § 133a požadující, aby žalovaná společnost dokázala, že nedošlo k porušení zásady rovného zacházení.

⁵ Antidiskriminační zákon nabyl účinnosti dnem 1.9.2009 (tj. ve znění občanského soudního řádu do 30.6.2009); druhá část antidiskriminačního zákona nabyla účinnosti dnem 1.12.2009.

Krajský soud nicméně naznačil, že by hodnocení věci mohlo dopadnout jinak, pokud by soud mohl vzít v úvahu ustanovení § 133a občanského soudního řádu zavedené antidiskriminačním zákonem⁶, a zejména pokud by žalobce byl ve svých tvrzeních obratnější. Z toho lze dovozovat, že by případ mohl a měl být posouzen jinak při použití současné právní úpravy. V rozebíraném soudním případě žalobce pouze popsal způsob, jakým s ním bylo vedeno výběrové řízení, a (pouze) tvrdil, že se cítil být diskriminován z důvodu věku. Soudní spor prohrál díky tomu, že svá tvrzení neprokázal. Jaký by byl tedy správnější postup žalobce? A jak bychom odpověděli na výše položené otázky?

ad. 1.

V praxi personalistů je často kladen důraz na požadavky, které zaměstnavatelé dávají do inzerátů a nabídek na volná pracovní místa. V našem případě ovšem soud v první ani druhé instanci neshledává diskriminační jednání ve skutečnosti, že žalovaný nebyl přijat, ačkoli splnil všechny požadavky zaměstnavatele pro přijetí do pracovního poměru. To vyplývá z ustanovení § 30 odst. 1 zákoníku práce. Antidiskriminační zákon v tomto ohledu nepřináší žádné novum. Otázka přijetí do pracovního poměru je stále spojena se smluvní svobodou zaměstnavatele. Žaloba podána pouze na základě toho, že

⁶ § 133a občanského soudního řádu v dnešní podobě bylo zavedeno až antidiskriminačním zákonem. V době relevantní pro náš právní případ toto ustanovení znělo (až do 31.8.2009): (1) Skutečnosti tvrzené o tom, že účastník byl přímo nebo nepřímo diskriminován na základě svého pohlaví, rasového nebo etnického původu, náboženství, víry, světového názoru, zdravotního postižení, věku anebo sexuální orientace, má soud ve věcech pracovních za prokázané, pokud v řízení nevyšel najevo opak. (2) Skutečnosti tvrzené o tom, že účastník byl přímo nebo nepřímo diskriminován na základě svého rasového nebo etnického původu, má soud ve věcech poskytování zdravotní a sociální péče, pomoci v hmotné nouzi, přístupu ke vzdělání a odborné přípravě, přístupu k veřejným zakázkám, členství v organizacích zaměstnanců nebo zaměstnavatelů a členství v profesních a zájmových sdruženích a při prodeji zboží v obchodě nebo poskytování služeb za prokázané, pokud v řízení nevyšel najevo opak.

V současnosti je text ustanovení § 133a o.s.ř. následující: Pokud žalobce uvede před soudem skutečnosti, ze kterých lze dovodit, že ze strany žalovaného došlo k přímé nebo nepřímé diskriminaci a) na základě pohlaví, rasového nebo etnického původu, náboženství, víry, světového názoru, zdravotního postižení, věku anebo sexuální orientace v oblasti pracovní nebo jiné závislé činnosti včetně přístupu k nim, povolání, podnikání nebo jiné samostatné výdělečné činnosti včetně přístupu k nim, členství v organizacích zaměstnanců nebo zaměstnavatelů a členství a činnosti v profesních komorách, b) na základě rasového nebo etnického původu při poskytování zdravotní a sociální péče, v přístupu ke vzdělání a odborné přípravě, přístupu k veřejným zakázkám, přístupu k bydlení, členství v zájmových sdruženích a při prodeji zboží v obchodě nebo poskytování služeb, nebo c) na základě pohlaví při přístupu ke zboží a službám, je žalovaný povinen dokázat, že nedošlo k porušení zásady rovného zacházení.

žalobce nebyl přijat, i když splnil všechny podmínky, by ani podle dnešní právní úpravy nebyla úspěšná. Zaměstnavatel v zásadě nemusí ani podle antidiskriminačního zákona v podmínkách pro novou pracovní pozici uvádět všechny své požadavky ani všechny okolnosti, které při výběrovém řízení bere v úvahu. Požadavky, které však uvede a vezme v úvahu, diskriminační být nesmí⁷.

ad 2.

Podle antidiskriminačního zákona je nutno odpovědi na další otázky týkající se postupu výběrového řízení vázat na podmínku znevýhodnění ve srovnání s ostatními uchazeči o zaměstnání. Znevýhodnění může spočívat především v tom, že uchazeč (oproti ostatním) nemůže prokázat své schopnosti v přijímacím pohovoru (který se běžně provádí s ostatními uchazeči)⁸. Lze poznamenat, že civilní soud nemůže sám zkoumat přístup zaměstnavatele k ostatním uchazečům (vedle žalobce) ani nemůže sám vyšetřovat, jaký byl důvod nepřijetí ostatních uchazečů. K tomu je totiž zapotřebí procesní aktivity žalobce⁹. Žalobce by tedy měl tvrdit, že jeho situace byla jiná než v případě jiných uchazečů, a nejlépe zároveň tvrdit v jakém diskriminačním důvodu jednání žalovaného spočívá. Nestačí konstatování, že byl odmítnut referentkou personálního oddělení za čtvrt hodiny po vyplnění dotazníku nebo že byl odmítnut na základě toho, že již dříve (na jiné pracovní místo) nebyl přijat. Žalobce musí tvrdit, že byl znevýhodněn a musí to i dokázat¹⁰. Pokud by obdobný

⁷ K tomu srov. ustanovení § 6 antidiskriminačního zákona.

⁸ V praxi se (často zbytečně) zdůrazňuje potřeba vícestupňového výběrového řízení, aby byl vytvořen argument, proč jsou některé osoby vyloučeny z následného vstupního pohovoru. Postup je však legitimní, pokud nejsou vyloučeny (není účelem vyloučit) osoby na základě diskriminačního důvodu.

⁹ srov. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11.11.2009, sp. zn. 21 Cdo 246/2008. Domáhá-li se zaměstnanec po zaměstnavateli, aby upustil od jeho diskriminace, aby odstranil její následky, aby mu dal přiměřené zadostiučinění nebo aby mu poskytl náhradu nemajetkové újmy v penězích, popř. aby mu nahradil škodu vzniklou diskriminací, má zaměstnanec v občanském soudním řízení procesní povinnost tvrzení a důkazní o tom, že byl (je) jednáním zaměstnavatele znevýhodněn ve srovnání s jinými (ostatními) zaměstnanci téhož zaměstnavatele. Tvrzení zaměstnance o tom, že pohnutkou (motivem) k jednání zaměstnavatele byly (jsou) zákonem stanovené diskriminační důvody, má soud ve smyslu ustanovení § 133a odst. 1 o. s. ř. (ve znění účinném do 31.8.2009) za prokázané, ledaže zaměstnavatel bude tvrdit a prostřednictvím důkazů prokáže nebo za řízení jinak vyplyne, že vůči svým zaměstnancům neporušil (neporušuje) zásadu rovného (stejného) zacházení.

¹⁰ Srov. usnesení (Re) 21 Cdo 572/2011 ze dne 3.7.2012. Ustanovení § 133a odst. 1 o.s.ř. (ve znění účinném do 31.8.2009) nelze vykládat tak, že by se „přesunutí“ důkazní povinnosti na druhého účastníka (zaměstnavatele) týkalo celého tvrzení účastníka o jeho diskriminaci. Zaměstnanec v soudním řízení musí nejen tvrdit, ale i prokázat, že s ním skutečně bylo zacházeno závažným způsobem; neprokáže-li toto tvrzení, nemůže v řízení uspět. Usnadnění

případ byl zahajován dnes, musel by žalobce (v žalobě) tvrdit, že jde ve smyslu ustanovení § 1 odst. 1 písm. a) antidiskriminačního zákona o nerovné zacházení v oblasti práva na zaměstnání a přístupu k zaměstnání, spočívající v přímé diskriminaci z důvodu věku (zatímco staršímu žalobci nebyl umožněn pohovor, resp. bylo mu ihned sděleno, že nebyl přijat, mladší uchazeči postoupili k vstupnímu přijímacímu pohovoru). Co víc, žaloba by mohla uspět až tehdy, kdyby žalobce tvrdil a byl schopen dokázat, že existují okolnosti na straně ostatních nepřijatých uchazečů, v nichž lze ve srovnání s jeho situací vidět nerovné zacházení. Žaloba by v tom případě vycházela z ustanovení § 5 odst. 2 a 3 antidiskriminačního zákona a v soudním řízení byla by žalovaná společnost povinna podle ustanovení § 133a občanského soudního řádu následně dokazovat, že nedošlo k porušení zásady rovného zacházení.

K obdobným závěrům dochází Nejvyšší soud v odůvodnění rozsudku 21 Cdo 4586/2010 ze dne 27.03.2012. V této věci soudy všech tří stupňů konstatují, že je nutné, aby žalobkyně, cítí-li se být diskriminována (v tomto případě neúspěšná uchazečka o zaměstnání), musí na základě ustanovení § 133a odst. 1 o.s.ř. nejen tvrdit, ale i prokázat, že s ní bylo zacházeno znevýhodňujícím způsobem a že toto znevýhodňující zacházení „bylo motivováno diskriminací na základě některého ze zákonem taxativně stanoveného důvodu“. Tuto motivaci ovšem prokazovat nemusí, neboť ta se v případě důkazu odlišného zacházení předpokládá, je však vyvratitelná, prokáže-li se opak. Proto v dané věci - stejně jako v našem případě - musela žalobkyně nejméně tvrdit a prokázat, že s ní bylo ze strany žalované zacházeno odlišně, než s ostatními uchazeči o výběrové řízení. Podstatným závěrem této věci spočívalo v tom, že ne každé pochybení zaměstnavatele při výběrovém řízení má za následek diskriminaci. Za diskriminační lze označit pouze takové jednání, které by přímo nebo nepřímo směřovalo ke znevýhodnění některého uchazeče ve srovnání s jinými (ostatními) uchazeči o zaměstnání a jehož pohnutkou (motivem) by byly zákonem stanovené (předvídané) diskriminační důvody.

ad 3.

Jak bylo naznačeno, soudy neshledaly diskriminační jednání žalované společnosti v tom, že kdykoli později se žalobce do výběrového řízení přihlásil, nebyl k němu připuštěn. To může mít oprávněný důvod - zaměstnavateli se stal žalobce známým, nežádoucím. Ovšem ten důvod mohl spočívat i ve věku zaměstnance. Podle současné právní úpravy bylo by tedy žádoucí tuto otázkou opět spojit některým z taxativně uvedených důvodů diskriminace. Procesní situace přesto

důkazní situace ve prospěch zaměstnance se v ustanovení § 133a odst. 1 o.s.ř. projevuje pouze v tom, že stačí, aby zaměstnanec tvrdil, že toto závadné jednání (bude-li z jeho strany prokázáno) bylo motivováno některým ze zákonem stanovených diskriminačních důvodů, aniž by byl dále povinen tuto motivaci prokázat, neboť ta se předpokládá, ovšem je vyvratitelná, prokáže-li se v řízení opak.

nebude jednoduchá, protože z výše uvedené judikatury plyne následující závěr: při posuzování toho, zda byl zaměstnanec při uplatňování svého práva na zaměstnání diskriminován, nelze přihlížet k jiným skutečnostem, než k těm, které nastaly v době, kdy k tvrzenému diskriminačnímu jednání došlo. Ze skutečností, které nastanou později, aniž by šlo o pokračující děj, který podle žalobních tvrzení vykazuje znaky diskriminačního jednání jako celek, nelze zpětně diskriminační povahu jednání (možného budoucího) zaměstnavatele dovozovat. Žalobci by za tohoto stavu nezbývalo nic jiného, než tvrdit a dokázat, že jde o pokračující jednání zaměstnavatele spočívající v tom, že ustavičně odpírá žalobci právo na zaměstnání z neoprávněného důvodu věku. O tom by svědčila především skutečnost, že žalobce po delší dobu inseruje volnou pracovní pozici a zve na výběrová řízení bezdůvodně jen osoby mladšího věku.

Na základě výše uvedeného můžeme shrnout, že současná právní praxe nutí žalobce 1) tvrdit, že došlo k porušení zásady rovného zacházení, 2) tvrdit, na základě jakého konkrétního diskriminačního v zákoně uvedeného důvodu se tak stalo, a 3) tvrdit, jakým konkrétním postupem žalovaného vůči jiným osobám ve srovnatelné pozici (např. vůči ostatním uchazečům) byl žalobce znevýhodněn. Na rozdíl od prvních dvou tvrzení, třetí tvrzení je žalobce povinen dokázat. Tento judikovaný závěr diskriminovaným osobám rozhodně procesní situaci neulehčuje, ale jde patrně o logický požadavek v zájmu zachování projednacího principu civilního řízení.

Literature:

- Cornell, B., Welch, I.: Culture, Information and Screening Discrimination, Journal of Political Economy, Jun 1996, Vol. 104, No. 3, pp. 542-571
- McGinnity, F. et al: Discrimination In Recruitment: Evidence From a Field Experiment, Dublin: The Equality Authority and The Economic and Social Research Institute, 2009, 46 pages, ISBN 9780707002788;
- Morgeson, F., et al: Review of Research on Age Discrimination in the Employment Interview, Journal of Business Psychology, March 2008, Vol. 22, Issue 3, pp. 223-232,
- OECD, 2008. Ending Job Discrimination. OECD Policy Brief, July 2008. Paris: OECD, available on www.oecd.org.

Contact – email

msobotka@centrum.cz