

Zpráva o šetření diskriminace z důvodu etnicity

ve věci přístupu k bydlení

Pan R. S. (dále jen „stěžovatel“) se obrátil na veřejnou ochránkyni práv se stížností na realitní kanceláře A., s. r. o., sídlem XXX, IČ xxx (dále jen „realitní kancelář A.“), a B., s. r. o., sídlem YYY, IČ yyy (dále jen „realitní kancelář B.“). Stěžovatel, jakožto zaměstnanec neziskové organizace C., o. s., sídlem ZZZ (dále jen „nezisková organizace“), se za účelem ověření praxe realitních kanceláří pokoušel získat nájemní bydlení. Pro účely testování vystupoval pod jménem M. H. a hledal bydlení pro dvě osoby.

Stěžovatel dne 23. září 2014 telefonicky kontaktoval uvedené kanceláře a rozhovory nahrál na videokameru. Obsah zaznamenaných hovorů poskytnutých stěžovatelem uvádím níže.

(1) Realitní kancelář A.

Stěžovatel kontaktoval makléřku Mgr. S. K. (dále jen „makléřka A.“) a označil byt, o který má zájem. Po ověření několika bližších údajů si sjednali prohlídku bytu. Poté se stěžovatel makléřky A. zeptal, zda nebude majiteli vadit, že je Rom, neboť se již setkal s odmítnutím. Makléřka A. uvedla, že se již jednou pokoušela zprostředkovat bydlení v předmětném bytě Romovi a majitelka jí sdělila, že si nepřeje byt pronajímat Romům. Stěžovatel uvedl, že on i partnerka jsou zaměstnaní a že jsou slušní. Makléřka A. uvedla, že někteří majitelé si nepřejí pronajímat byty Romům a nezáleží, jestli jsou zaměstnaní nebo ne. Stěžovatel uvedl, že je taky člověk a že mu to nepřijde férové. Makléřka A. uvedla, že musí respektovat přání majitele, který má právo rozhodnout, kdo bude v bytě bydlet. Nabídla mu však, že pokud si vybere jiný byt z nabídky kanceláře, zkusí u majitelů zjistit, zda by jej pronajali Romům.

(2) Realitní kancelář B.

Stěžovatel kontaktoval makléře Ing. P. D. (dále jen „makléř B.“), označil byt, o který má zájem a zeptal se, zda by si mohl sjednat prohlídku. Makléř B. uvedl, že by prohlídka mohla proběhnout následující den a vzápětí se zeptal, zda jsou zájemci Romové. Stěžovatel uvedl, že jsou, ale že pracují. Makléř B. odvětil, že majitel a ostatní obyvatelé domu si nepřejí, aby tam bydleli Romové, a proto se nemohou na ničem domluvit.

Stěžovatel se obrátil také na Českou obchodní inspekci. Inspektorát Jihomoravský a Zlínský (dále jen „inspektorát“) provedl na základě podnětu stěžovatele kontrolu stěžovatelem označených realitních kanceláří. Kontrola proběhla formou testovacích telefonátů, které prováděla pracovnice neziskové organizace za přítomnosti inspektorů.

V rámci provedené kontroly se pracovníci podařilo sjednat prohlídku bytu prostřednictvím realitní kanceláře A. i B. Všechny hovory byly zaznamenány na technické zařízení a přepsány do protokolu o kontrole. Inspektorát proto dospěl

k závěru, že žádná z realitních kanceláří se nedopustila zakázané diskriminace. Inspektorát však později svůj postup přehodnotil a dospěl k závěru, že realitní kanceláře se sice nedopustily diskriminace v rámci kontroly, ale že diskriminovaly již dříve. O tomto jednání pak svědčí stěžovatelem předložené záznamy telefonních hovorů. Na jejich základě inspektorát uložil realitním kancelářím pokutu.

A - Předmět šetření

Předmětem mého šetření bylo posoudit, zda nebylo jednáním realitních kanceláří dotčeno stěžovatelovo právo na rovné zacházení a zda existují důkazy o případném nerovném zacházení, které by bylo možno použít v soudním, nebo jiném řízení.¹

Veřejný ochránce práv působí také k ochraně osob před jednáním úřadů. V rámci šetření jsem se proto věnovala otázce, zda inspektorát postupoval v souladu s právem a principy dobré správy, když se zabýval stěžovatelovými podněty ke kontrole výše uvedených realitních kanceláří a žádostí o poskytnutí informací.²

B - Skutková zjištění

Za účelem objasnění skutkového stavu jsem požádala o vyjádření jednatele realitních kanceláří. Jejich stanoviska uvádím níže.

B.1 Realitní kancelář A.

Jednatelka realitní kanceláře A., Mgr. H. L. (dále jen „jednatelka“), ve svém vyjádření uvedla, že k diskriminaci nedošlo, neboť makléřka A. nabídla stěžovateli jiné nemovitosti. Je přesvědčena, že realitní kancelář je povinna respektovat přání majitele, který odmítl byt pronajmout Romům, což kancelář prokázala telefonátem učiněným za přítomnosti inspektorů České obchodní inspekce. Jednatelka dále uvedla, že majitelé bytů mají různé požadavky na nájemce a jedním z nich někdy bývá, aby nájemce nebyl Rom.³ Kdyby realitní kancelář nerespektovala požadavky klientů, pak by se k ní nikdy nevrátili a nemovitost ke zprostředkování by jim odňali. Kancelář proto respektuje požadavky a zájmy klienta.

B.2 Realitní kancelář B.

Jednatel realitní kanceláře B., Ing. P. D., ve svém vyjádření uvedl, že si majitel bytu výslovně nepřál zprostředkovat nájem „*Romům a jiným problémovým lidem*“. Jednatel uvedl, že majitelé mají různá omezení ohledně nájemce a vyloučení Romů je jedním z nich.⁴ Také uvedl, že nájem byl nabízen pouze na půl roku a byl by prodloužen až podle zkušeností. Poté, co makléř B. zjistil, že majitel v rozporu s dohodou nechal nabízet nájem bytu jinou realitní kancelář, smlouvu o zprostředkování zrušil. Popřel, že by diskriminoval Romy, nebo že by je chtěl nějak znevýhodnit. Při své činnosti pouze plní přání majitelů nemovitostí. Své vyjádření

¹ ustanovení § 1 odst. 5 a § 21b zákona č. 349/1999 Sb., o veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů

² ustanovení § 1 odst. 1 zákona o veřejném ochránci práv

³ Jednatelka příkladem uvedla, že mezi nechtěné osoby patří kuřáci, rodiny s dětmi, majitelé zvířat, nebo nesezdané páry v případě bytů ve vlastnictví Kongregace řádových sester.

⁴ Dalšími typicky vyloučenými skupinami jsou cizinci, studenti, matky s dětmi.

později doplnil tak, že důkazy opatřené inspektorátem jsou podle jeho názoru nepřipustné, neboť neudělal souhlas k pořízení ani použití audiovizuálních nahrávek. Také uvedl, že „v žádném zákoně nenajdeme podporu k tomu, aby ombudsman, či s ním spolupracující organizace najímali agenty provokatéry a vymýšleli umělé spory“. Dále poukázal na rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 20. února 2013, sp. zn. 5 Tdo 1340/2012, podle kterého je nepřipustné, aby Policie ČR vyvíjela přímé aktivity k tomu, aby osoba spáchala trestný čin. Rozhodujícím kritériem by mělo být, zda úmysl pachatele spáchat trestný čin existoval ještě před jednáním Policie ČR, nebo vznikl až v důsledku jejího jednání. Makléř B. také uvedl, že pouze zprostředkoval přání majitele a že on sám podle rasy či etnicity zájemce nerozlišuje, což dokládal tím, že v minulosti zprostředkoval nájemní bydlení také Romům. Také uvedl, že se nejednalo o odmítnutí zájemce, ale pouze sdělení všech podmínek vlastníka.

B.3 Česká obchodní inspekce

V rámci šetření předkládaného případu jsem požádala o spolupráci a vyjádření též inspektorát. Ředitel inspektorátu, Mgr. Karel Havlíček, ve svém vyjádření k případu uvedl, že některé skutečnosti považuje za nedostatečně prošetřené, a proto nařídil obnovu šetření.

V rámci správního řízení dospěl inspektorát k závěru, že se realitní kanceláře dopustily diskriminace a oběma uložil pokutu ve shodné výši 20.000,- Kč.⁵ Proti tomuto rozhodnutí podala realitní kancelář A. odvolání, zatímco realitní kancelář B. uloženu pokutu zaplatila a zaslala stěžovateli omluvu. Odvolání realitní kanceláře A. však Ústřední inspektorát České obchodní inspekce zamítl, a tím potvrdil původní rozhodnutí inspektorátu.

C - Hodnocení věci ochránkyní

Předkládaný případ se týká především odpovědnosti makléře při zprostředkování nájemního bydlení. Jelikož byl postup obou kanceláří, jakož i jejich postoj k šetřenému případu, v zásadě stejný, hodnotím jejich jednání společně.

V návaznosti na tyto závěry pak hodnotím postup inspektorátu při řešení stěžovatelova podnětu.

C.1 Zákaz diskriminace z důvodu etnicity v oblasti bydlení

Právo na rovné zacházení je deklarováno ustanovením čl. 1 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“),⁶ které uvádí, že lidé jsou si rovni v důstojnosti a právech. Listina pak právo na rovné zacházení dále rozvíjí například v ustanovení čl. 3 odst. 1, které podává demonstrativní výčet důvodů, pro něž není přípustné mezi lidmi rozlišovat, jelikož by takové rozlišování neodůvodněně zasahovalo do lidské důstojnosti, jejíž ochrana je ústředním motivem konceptu lidských práv.

⁵ rozhodnutí inspektorátu ze dne 15. prosince 2015, sp. zn. 514/30/15 a 515/30/15

⁶ usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky

Další konkretizaci práva nebýt diskriminován představuje zákon č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací, ve znění pozdějších předpisů.

Právo na rovné zacházení a zákaz diskriminace se vztahují i na přístup k bydlení a jeho poskytování, pokud je nabízeno veřejnosti.⁷ V tomto případě bylo nájemní bydlení nabízeno formou inzerátů dostupných prostřednictvím sítě internet, tedy veřejně. Z těchto důvodů se na výše popsané jednání uplatní povinnost rovného zacházení dle ustanovení § 1 odst. 3 antidiskriminačního zákona.

Přímou diskriminací se dle ustanovení § 2 odst. 3 antidiskriminačního zákona rozumí jednání, včetně opomenutí, kdy se s jednou osobou zachází méně příznivě, než se zachází, zacházelo nebo by se zacházelo s jinou osobou ve srovnatelné situaci, a to z některého z uvedených důvodů, jímž je mimo jiné rasa a etnicita. Rozdíl mezi chráněnými důvody rasou a etnicitou není sice zcela zřejmý, avšak pro účely ochrany před diskriminací tato pojmová nejasnost nemá většího významu.⁸

Taxativní výčet zakázaných důvodů rozdílného zacházení uvedený v ustanovení § 2 odst. 3 antidiskriminačního zákona na prvních místech uvádí právě rasu, etnický původ a národnost jako historicky nejsilnější (tradiční) zakázané důvody antidiskriminačního práva, které nemohou být nijak relativizovány.⁹ Rozdílné zacházení z důvodu rasy nebo etnického původu právní řád a mezinárodní dokumenty přísně zakazují,¹⁰ neboť prakticky nelze najít legitimní cíl, který by takové rozlišování ospravedlňoval. Naopak například s legitimním rozlišováním na základě věku či pohlaví antidiskriminační zákon výslovně počítá.¹¹

Z těchto důvodů se osoba, která odmítne zprostředkovat bydlení romskému zájemci pouze proto, že je Rom, dopouští přímé diskriminace.

Kromě antidiskriminačního zákona je realitní kancelář, respektive jednotliví makléři vázáni zákazem diskriminace spotřebitele dle ustanovení § 6 zákona o ochraně spotřebitele.¹² Porušením tohoto zákazu se realitní kanceláře dopouští správního deliktu podle ustanovení § 24 odst. 7 písm. c) zákona o ochraně spotřebitele. Vnitřní poměr diskriminující osoby ke chráněnému znaku však není znakem skutkové podstaty diskriminace, neboť ta je vystavěna na principu objektivní odpovědnosti za výsledek jednání, nikoliv za zavinění, tj. úmyslu či nedbalosti.

⁷ ustanovení § 1 odst. 1 písm. j) antidiskriminačního zákona

⁸ Blíže KVASNICOVÁ, Jana; ŠAMÁNEK, Jiří a kol. *Antidiskriminační zákon. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2015. s. 118-119. ISBN 978-80-7478-897-6.

Rasa bývá spojována s fyzickými znaky, zatímco etnicita s kulturními. Takové rozlišení je však značně zjednodušující.

⁹ Obdobně KVASNICOVÁ, Jana; ŠAMÁNEK, Jiří a kol. *Antidiskriminační zákon. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2015. s. 118. ISBN 978-80-7478-897-6.

¹⁰ Z pramenů mezinárodního práva jde zejména o Úmluvu o ochraně lidských práv a základních svobod (publikována pod č. 209/1992 Sb.) a směrnici Rady 2000/43/ES ze dne 29. června 2000, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ.

¹¹ srov. ustanovení § 6 a 7 antidiskriminačního zákona

¹² Ustanovení § 6 zákona o ochraně spotřebitele: „Prodávající nesmí při prodeji výrobků nebo poskytování služeb spotřebitele diskriminovat.“

Otázka poměru diskriminující osoby ke chráněnému znaku může být nanejvýš zohledněna v rámci ukládání sankce.¹³ Ostatně právě tuto skutečnost inspektorát zohlednil při ukládání pokuty, když uložil pokutu při samotné spodní hranici, přičemž maximální výše pokuty mohla být až 3.000.000,- Kč.¹⁴ Vztah diskriminující osoby ke chráněnému důvodu však není důvodem pro snížení náhrady škody a zejména nevylučuje diskriminační jednání. Stejně tak je z pohledu ustanovení § 2 odst. 3 antidiskriminačního zákona nerozhodné, jak své jednání diskriminující osoba vykládá, tj. zda se jedná o pouhé sdělení požadavků majitele, zodpovězení dotazu zájemce, nebo nezprostředkování prohlídky. Rozhodující je totiž výsledek jednání. Výsledkem jednání obou realitních kanceláří bylo, že nájem nebyl stěžovateli zprostředkován, respektive se o něj ani nemohl ucházet, neboť byl realitními kancelářemi z údajného pokynu majitele vyloučen. Nezprostředkováním nájmu přitom není pouhé sdělení, že si majitel nemovitosti nepřeje ji pronajímat Romům. Podstatné je, zda makléř umožní prohlídku bytu. V případě, že s odkazem na diskriminační přání majitele prohlídku neumožní, jedná se o nezprostředkování nájmu.¹⁵

C.2 Respektování přání vlastníka nemovitosti

Realitní kanceláře uvedly, že se pouze řídily přáním majitele nemovitosti, a proto nesouhlasí s tím, že by měly být za toto jednání sankcionovány. Přání majitele nemovitosti je v tomto případě v rozporu se zákonem,¹⁶ a proto jednak není pro makléře právně závazné, ale především jej nevyvíňuje z odpovědnosti za škodu, kterou způsobí vlastním porušením zákona. Opačný přístup by vedl k nepřijatelnému důsledku, že jakékoliv jednání, které odporuje právu, by se stalo právně přijatelným, když by osoba jednala na pokyn jiné osoby. Tím by byla značně snížena účinnost právního řádu a oslabena vláda práva. Navíc realitní makléři jsou odborníky v oblasti zprostředkování bydlení, a proto by měli být obeznámeni s právní úpravou a rozpoznat diskriminační požadavek. Jestliže realitní makléři nejsou seznámeni s právní úpravou, tato neznalost zatěžuje především je samotné.¹⁷

Realitní kanceláře v této souvislosti zmiňují své soukromoprávní povinnosti vůči vlastníkovi bytu podle ustanovení § 2445 a násl. občanského zákoníku. Realitní kanceláře jsou podle ustanovení § 3 odst. 2 písm. d) občanského zákoníku povinny uzavřenou smlouvu splnit. Mohou však ještě před uzavřením smlouvy o zprostředkování upozornit vlastníka nemovitosti na jeho protiprávní požadavek a závazek, který by je nutil k protiprávnímu jednání případně vůbec neuzavřít.

¹³ Sankcí ve smyslu čl. 15 směrnice Rady 2000/43/ES, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ se rozumí nejen správně-právní pokuta, ale též občanskoprávní satisfakce způsobené újmy.

¹⁴ srov. ustanovení § 24 odst. 14 písm. c) zákona o ochraně spotřebitele

¹⁵ Touto problematikou jsem se blíže zabývala v rámci zprávy o šetření ze dne 18. prosince 2015, sp. zn. 7071/2014/VOP. Dostupné z: <http://eso.ochrance.cz/Nalezene/Edit/3722>

¹⁶ Viz výše podaný výklad k porušení zákazu diskriminace podle antidiskriminačního zákona a zákona o ochraně spotřebitele.

¹⁷ Srov. ustanovení § 5 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník: „Kdo se veřejně nebo ve styku s jinou osobou přihlásí k odbornému výkonu jako příslušník určitého povolání nebo stavu, dává tím najevo, že je schopen jednat se znalostí a pečlivostí, která je s jeho povoláním nebo stavem spojena. Jedná-li bez této odborné péče, jde to k jeho tíži.“

Výklad práv a povinností v rámci smluvního vztahu mezi realitní kanceláří a majitelem nemovitosti nemůže směřovat k tomu, že by realitní kancelář měla respektovat pokyn nebo přání, které je v rozporu se základními zásadami soukromého práva¹⁸ a navíc porušuje zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace.¹⁹ Jinými slovy, smluvní ujednání mezi stranami nemá vliv na protiprávnost jednání vůči třetím osobám, které nadto může být sankcionováno podle veřejnoprávní úpravy.²⁰

Realitní kanceláře také namítají, že vlastníkově svědčí vlastnické právo, jakožto základní lidské právo deklarované čl. 11 Listiny. Nakládání s majetkem je nepochybně v dispozici vlastníka a závisí pouze na jeho rozhodnutí, za jakých podmínek byt pronajme. Vlastnické právo všech osob má stejnou hodnotu a požívá stejné ochrany. Výkon vlastnického práva ale není a ani nemůže být absolutně neomezený, neboť vždy naráží také na práva jiných osob. Proto je pro demokratické právní systémy typické, že práva nejsou absolutní, ale v řadě konkrétních případů jsou poměřována a uváděna do souladu s právy jiných osob. Tak je zákonodárcem i soudy nalézáno co nejspravedlivější řešení. Omezení práv ve prospěch práv druhých představuje jednu ze základních podmínek společenského soužití. Výkon vlastnického práva se obvykle dotýká práv a svobod jiných osob a běžně s nimi přichází do konfliktu, obzvláště je-li vykonáváno ve veřejném prostoru. Typickým příkladem je střet vlastnického práva k nemovitosti jedné osoby s vlastnickým právem osoby jiné, který je řešen právní úpravou sousedských vztahů.²¹ Vlastník nemovitosti nemůže se svým majetkem nakládat neomezeně, musí vždy brát ohled na výkon vlastnického práva svého souseda. Stejně tak je omezeno vlastnické právo vlastníka pozemku nástroji územního plánování, když s pozemkem nelze nakládat v rozporu s územním plánem. Tyto a řada dalších příkladů jsou většinou přijímány jako zcela legitimní a ústavně souladné situace stanovící meze vlastnického práva. Zákaz diskriminace je proto jen jedním z řady omezení vlastnického práva.

Přání majitele nemovitosti, které sice provází výkon jeho vlastnického práva, ale zároveň směřuje k porušování práv jiných osob, nelze považovat za legitimní. Podle ustanovení čl. 11 odst. 3 Listiny vlastnické právo zavazuje a nesmí být zneužito na újmu práv druhých anebo v rozporu se zákonem.²² Pokud vznesе majitel nemovitosti požadavek, aby realitní kancelář nebo realitní makléř nezprostředkovali nájem nemovitosti v jeho vlastnictví určité osobě výhradně pro její příslušnost (ať už domnělou či skutečnou) ke skupině charakterizované některým ze zakázaných důvodů uvedených v antidiskriminačním zákoně, dopouští se diskriminace těchto uchazečů ve formě navádění podle ustanovení § 2 odst. 2 věta druhá ve spojení s ustanovením § 4 odst. 5 antidiskriminačního zákona.

Pokud realitní kancelář, resp. realitní makléř či makléřka neumožní prohlídku vybrané nemovitosti, a tedy zmaří příležitost ke zprostředkování pronájmu nemovitosti

¹⁸ Kromě rovnosti účastníků soukromoprávních vztahů se jedná o zásadu souladu se základními lidskými právy (§ 2 odst. 1 občanského zákoníku) nebo ochrany důstojnosti a cti člověka (§ 3 občanského zákoníku).

¹⁹ Deklarovanou ustanovením čl. 1 a čl. 3 odst. 1 Listiny a promítnutou do antidiskriminačního zákona.

²⁰ srov. ustanovení § 24 odst. 7 písm. c) zákona č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele, ve znění pozdějších předpisů

²¹ ustanovení § 1013 a násl. občanského zákoníku

²² Blíže Wagnerová, E., Šimíček, V., Langášek, T., Pospíšil, I. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012. ISBN 978-80-7357-750-6, s. 300-329.

určité osobě výhradně pro její příslušnost (ať už domnělou či skutečnou) ke skupině charakterizované některým ze zakázaných důvodů uvedených v antidiskriminačním zákoně, dopouští se přímé diskriminace této osoby dle ustanovení § 2 odst. 3 věta druhá antidiskriminačního zákona, a to bez ohledu na to, zda tak činí na základě pokynu majitele nemovitosti nebo ze své vlastní vůle.²³

C.3 Situační testování

Realitní kancelář B. namítá přípustnost použití stěžovatelem pořízených nahrávek, a proto považuji za vhodné se věnovat také této otázce. Na tomto místě je třeba zmínit, že jsem v rámci svého šetření nikoho netestovala, nenajala ani nijak neinstruovala, aby prováděl situační testování.²⁴ Stěžovatel pořídil nahrávky výhradně ze své vůle a pouze mi je následně předložil k posouzení, aniž by před tím proběhla jakákoliv komunikace mezi mnou, či mou kanceláří a neziskovou organizací.

Situační testování je specifická metoda používaná za účelem zjišťování a prokazování diskriminačního jednání. Při situačním testování se navozuje situace, kdy je osoba z určité znevýhodněné skupiny (např. žena, Rom, cizinec, starší osoba aj.) záměrně vystavena možnému diskriminačnímu jednání, aniž by si osoba, jež se dopouští diskriminace, uvědomovala, že je její jednání sledováno. Situační testování lze použít zejména za účelem získání důkazních prostředků pro prokázání diskriminace v soudním řízení nebo ke zjištění výskytu diskriminace v určité oblasti. Situační testování lze provést různými způsoby, např. telefonickým rozhovorem, osobním setkáním, zasláním životopisů, případně i kombinací těchto způsobů. V tomto případě byla využita metoda telefonického rozhovoru.

V případech situačního testování osoby vědí nebo očekávají, že s nimi bude zacházeno nepříznivě. Jejich hlavním cílem ve skutečnosti není dosáhnout dotčené služby, ale shromáždit důkazy. To znamená, že tyto osoby nejsou „obětí“ v tradičním smyslu. Jejich zájmem je zajistit prosazování práva a nikoli získat odškodnění za utrpěnou újmu. Přesto osoba předstírající výkon práva pocituje ponižující zásah do své lidské důstojnosti naprosto stejně, jako osoba právo vykonávající, neboť i této osobě je sdělováno, že pro svou příslušnost k určité skupině není hodna řádného výkonu práva.²⁵ Efekt takového sdělení je stejný jak u osoby, která skutečně právo vykonat chce, tak u osoby, která jej předstírá.²⁶

Situační testování, jako prostředek účinného prokazování diskriminačního jednání vznikl v 50. a 60. letech ve Spojených státech amerických. Na konci 80. let provedl Washingtonský výbor právníků ve spolupráci s Harvardskou univerzitou situační testování jednání společností poskytujících taxi služby. V rámci šetření bylo provedeno 292 testů, kterých se účastnili vybraní dobrovolníci předstírající zájem nechat se přepravit. Výsledky ukázaly, že taxikáři nezastavili 20 % zájemců o přepravu

²³ Ke shodnému závěru jsem dospěla již v rámci zprávy o šetření ze dne 18. prosince 2015, sp. zn. 7071/2014/VOP. Dostupné z: <http://eso.ochrance.cz/Nalezene/Edit/3722>

²⁴ Tímto reaguji na nařčení realitní kanceláře B. učiněné v rámci správního řízení vedeného Českou obchodní inspekcí, že jsem najala agenty provokatéry a vymyslela umělý spor. Toto tvrzení se nezakládá na skutečných událostech.

²⁵ Touto otázkou jsem se blíže zabývala v rámci zprávy o šetření ze dne 10. září 2014, sp. zn. 112/2012/DIS. Dostupné z: <http://eso.ochrance.cz/Nalezene/Edit/2000>

²⁶ Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z.: Rovnost a diskriminace. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 200, s. 216.

černé pleti, u osob bílé pleti to však byly pouze 3 %. Taxikáři navíc často odmítali pasažéry přepravit do čtvrtí s vyšší koncentrací afroamerické populace. Tři provozovatelé taxi služeb byli zažalováni a odsouzeni k náhradě škody ve výši \$ 50.000.²⁷

Situační testování nelze zaměňovat s provokací, protože na rozdíl od provokace nikterak nenavádí testovanou osobu k porušování práva. Podstatou testování je navodit podmínky situace, v níž se má osoba samostatně rozhodnout, jak bude reagovat. Otázka, zda majiteli nevdá Romové, je zcela neutrální. Nesvdá pouze k jedné odpovědi, ale zcela ponechává na adresátovi otázky, jak se s ní vypořádá. Testování proto vyhoví také přísnému testu trestního procesu, na který poukázala realitní kancelář B. Nejvyšší soud ve svém rozhodnutí ze dne 20. února 2013, sp. zn. 5 Tdo 1340/2012, uvedl následující: „*Rozhodující při zvažování, zda jde o policejní provokaci či nikoliv a specificky toho, zda to byla právě policie, kdo vyvolal spáchání trestného činu, je skutečnost, zda existoval na počátku úmysl pachatele spáchat trestný čin či zda tento pojal pachatel až v důsledku aktivity policie.*“ Z vyjádření realitních kancelářů, tj. že stěžovatele odmítly z důvodu přání majitele, vyplývá, že by odmítly jakéhokoliv romského zájemce, tedy nejen stěžovatele. Je proto zřejmé, že jednání realitních makléřů bylo determinováno ještě před tím, než je kontaktoval stěžovatel. Jednáním stěžovatele došlo pouze k explicitnímu projevení do té doby skryté, ale připravené reakce. Jestliže realitní kanceláře skutečně jednaly na popud majitele, lze si jen obtížně představit, že by v jiné situaci, kdy by o zprostředkování nájmu žádal jiný Rom, byla jejich reakce odlišná. Bylo jenom na makléřích, zda odolají svodům protiprávního jednání, nebo budou jednat po právu. Testování pouze nastavuje zrcadlo vlastnímu jednání.

C.4 Přípustnost zvukového záznamu jako důkazního prostředku

Situační testování slouží k získání dostatečných důkazních prostředků pro soudní spor proti diskriminující osobě. Považuji proto za vhodné vyjádřit se k otázce přípustnosti zvukových záznamů získaných při situačním testování v soudním řízení.

Aby bylo možné důkazní prostředky použít v civilním soudním řízení, musí se jednat o tzv. zákonné důkazy, tj. nesmí být při situačním testování porušeny jiné právní předpisy. V tomto případě se jedná zejména o ochranu osobnosti nahrávaného člověka. Podle ustanovení § 86 občanského zákoníku je totiž možné pořizovat záznamy o soukromém životě člověka pouze s jeho souhlasem. Svolení však není třeba, jestliže je zvukový záznam pořízen za účelem ochrany jiných práv.²⁸ Navíc v tomto případě se nejednalo o záznamy o soukromém životě člověka, neboť makléři

²⁷ Floyd-Mayers v. American Cab Co., 732 F. Supp. 243, 245 (D.D.C. 1990). Shrnutí v angličtině: Isabelle Rorive. Proving discrimination cases, the role of situation testing. s. 44. Dostupné z: http://www.migpolgroup.com/public/docs/153.ProvingDiscriminationCases_theroleofSituationTesting_EN_03.09.pdf

²⁸ ustanovení § 88 odst. 1 občanského zákoníku

Pořízení záznamu bez vědomí dotčené osoby za účelem ochrany jiných práv připustil též Ústavní soud ve svém nálezu ze dne 9. prosince 2014, sp. zn. II. ÚS 1774/14.

vystupovali v rámci své profese.²⁹ Domnívám se proto, že pořizené nahrávky telefonických hovorů by byly v případném soudním řízení přípustné.

Od civilního soudního řízení je třeba odlišit správní řízení probíhající před orgánem státní správy, zde inspektorátem. Česká obchodní inspekce, stejně jako další kontrolní orgány mohou při výkonu kontroly provést kontrolní nákup, tzv. mystery shopping, což je pouze jiné označení pro situační testování.³⁰ Česká obchodní inspekce je také oprávněna pořizovat utajené audio nahrávky kontrolovaných osob, jestliže účelu kontroly nelze dosáhnout jinak.³¹ Kontrolní zjištění může inspektorát následně využít ve správním řízení, v jehož rámci rozhoduje o uložení pokuty.³² V rámci takto provedené kontroly inspektorát nezjistil diskriminační jednání ze strany kontrolovaných kancelářů.

Česká obchodní inspekce však nakonec dospěla k závěru, že uvedené realitní kanceláře porušily zákaz diskriminace podle ustanovení § 6 zákona o ochraně spotřebitele již během původního jednání se stěžovatelem. Toto jednání stěžovatel zaznamenal na audiovizuální zařízení a záznam poskytl inspektorátu. Na základě takto získaných důkazů inspektorát sankcionoval realitní kanceláře.

Podle ustanovení § 51 odst. 1 správního řádu lze k provedení důkazu použít všech vhodných důkazních prostředků, jsou-li pořizeny v souladu s právními předpisy. V tomto případě stojí na jedné straně zájem stěžovatele hájit své právo na rovné zacházení a pořídit si záznam o jeho případném porušení. Na druhé straně však stojí právo jednotlivých makléřů na ochranu jejich osobnosti, neboť v zásadě není možné pořizovat záznamy soukromého života člověka bez jeho souhlasu.³³ Svolení nahrávané osoby však není třeba v případě, pokud je záznam pořizován za účelem ochrany jiných práv nebo právem chráněných zájmů.³⁴ Stěžovatel proto nepotřeboval k pořízení záznamu jednání realitních makléřů jejich souhlas, neboť je pořizoval za účelem ochrany svého práva na rovné zacházení. Z těchto důvodů stěžovatel při pořizování nahrávek neporušil právní předpisy, tj. nezasáhl neoprávněně do soukromí realitních makléřů, a proto jsou jím předložené nahrávky přípustnými důkazními prostředky pro správní řízení.³⁵

C.5 Česká obchodní inspekce

Vzhledem k výše uvedeným závěrům mám za to, že se realitní kanceláře dopustily diskriminačního jednání, a tím i správního deliktu podle § 24 odst. 7 písm. c) zákona o ochraně spotřebitele. V případě realitní kanceláře A. a B. inspektorát uložil

²⁹ S obdobným odůvodněním Nejvyšší soud připustil důkaz utajenou nahrávkou ještě za účinnosti předchozí úpravy, která neobsahovala na rozdíl od současného občanského zákoníku výslovné zmocnění k pořízení nahrávky za účelem ochrany dotčených práv – rozsudek ze dne 5. listopadu 2005, sp. zn. 30 Cdo 64/2004.

³⁰ ustanovení § 8 písm. b) zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole (kontrolní řád), ve znění pozdějších předpisů

³¹ ustanovení § 4a zákona č. 64/1986 Sb., o České obchodní inspekci, ve znění pozdějších předpisů

³² Podkladem pro vydání rozhodnutí mohou být mimo jiné skutečnosti známé správnímu orgánu z úřední činnosti, viz ustanovení § 50 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

³³ ustanovení § 86 občanského zákoníku

³⁴ ustanovení § 88 odst. 1 občanského zákoníku

³⁵ ustanovení § 51 odst. 1 správního řádu

pokutu. Tento postup považuji za správný a souladný s právem a principy dobré správy.

C.6 Nároky stěžovatele

Oběť diskriminace se může domáhat zejména upuštění od diskriminačního jednání, odstranění následků tohoto jednání a přiměřeného zadostiučinění.³⁶ V tomto případě je otázka nároků stěžovatele komplikována skutečností, že neměl zájem získat bydlení, ale pouze si chtěl ověřit možnost nerušeného výkonu práv.

Situační testování není provokací, neboť při něm nedochází k navádění k porušování zákonů. České soudy v již řešených sporech dospěly k závěru, že je každý oprávněn ověřit si, zda může vykonávat nerušeně svá práva, a pokud k neoprávněnému zásahu do práv dojde, jsou jeho nároky shodné, jako kdyby se setkal s diskriminací nečekaně.³⁷ V jednotlivých případech lze vést diskusi o výši zadostiučinění.

Nároky osoby, která se záměrně vystavila nepříznivému zacházení, se zabýval Nejvyšší soud ve svém rozsudku ze dne 10. července 2007, sp. zn. 30 Cdo 4431/2007: *„Zde je však třeba poukázat na skutečnost, že podle názoru dovolacího soudu nebylo v souzené věci v zásadě důvodu brát v úvahu osobní pohnutku postížených fyzických osob, pokud se samy vystavily potencionálnímu diskriminačnímu jednání. Skutečností totiž je, že ani tyto okolnosti neumenšují míru práva na ochranu osobnosti a nenegují neoprávněnost případného zásahu proti osobnostní integritě takové osoby. Obdobně pokud odvolací soud připomíná, že událost nevzbudila pozornost ostatních hostů, resp. to, že obsluhující personál nejednal případně hrubým nebo vulgárním způsobem, nevypovídá nijak o samotné intenzitě zásahu spočívajícím v diskriminačním jednání vůči žalobcům, které bylo předmětem žaloby podané v této věci.“*

Právo na rovné zacházení chrání důstojnost a autonomii lidí.³⁸ Chráněna je proto nejen možnost nediskriminačního přístupu k životně důležitým statkům, jako je bydlení, zaměstnání nebo vzdělávání,³⁹ ale také osobnost a důstojnost člověka dotčeného diskriminací.⁴⁰ Právě poznání, že všichni lidé jsou si rovni v důstojnosti,

³⁶ ustanovení § 10 odst. 1 antidiskriminačního zákona

³⁷ Např. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 27. května 2003, sp. zn. 1 Co 62/2003, publikovaný v Bulletinu advokacie, 2003, č. 11-12, s. 100-102, obdobně soudy postupovaly ve věcech vedených u Krajského soudu v Plzni, sp. zn. 19 C 38/2001, resp. Městského soudu v Praze, sp. zn. 34 C 66/2001.

Okresní soud v Litoměřicích ve svém rozhodnutí ze dne 14. srpna 2015, sp. zn. 14 C 46/2013, však dospěl k odlišnému závěru, tedy že osoba, která neměla skutečný zájem o zprostředkování bydlení, nemá právo na finanční satisfakci. Uvedená rozhodnutí jsou však rozsudky nižších soudních instancí, a proto lze do budoucna očekávat judikaturní sjednocení rozhodovací praxe Nejvyšším soudem.

³⁸ Viz BOUČKOVÁ, Pavla; HAVELKOVÁ, Barbara; KOLDINSKÁ, Kristina; KÜHN, Zdeněk; KÜHNOVÁ, Eva; WHELANOVÁ, Markéta. *Antidiskriminační zákon. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2010. s. 13. ISBN 978-80-7400-315-8.

Stejně tam citované stanovisko generálního advokáta Madura ve věci C-303/06, Coleman, body 9-11.

³⁹ viz ustanovení § 1 odst. 1 antidiskriminačního zákona

⁴⁰ Srov.: *„U diskriminace půjde především o zásah do práva na lidskou důstojnost, neboť diskriminačním jednáním je oběti fakticky sdělováno, že patří ke skupině obyvatel, která není rovného zacházení hodna.“* KVASNICOVÁ, Jana; ŠAMÁNEK, Jiří a kol. *Antidiskriminační zákon. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2015. s. 285. ISBN 978-80-7478-897-6.

představuje ideové východisko zákazu diskriminace a ústřední motiv konceptu lidských práv.

Náhradu nemateriální újmy, tj. zásahu do důstojnosti, lze realizovat dvěma způsoby, a to formou omluvy anebo peněžitého zadostiučinění. Text antidiskriminačního zákona vychází z klasického pojetí ochrany osobnosti, kdy peněžítá satisfakce přichází v úvahu pouze u závažnějších zásahů.⁴¹ Při výkladu ustanovení § 10 antidiskriminačního zákona však není možné zůstat pouze u jazykového výkladu,⁴² a to zejména s ohledem na povinnost orgánů státu vykládat národní úpravu eurokonformním způsobem, tj. v souladu s unijní úpravou.⁴³ Z těchto důvodů považují za nutné přihlédnout též k závěrům Soudního dvora Evropské unie, který se opakovaně zabýval výkladem antidiskriminačních směrnic, jež jsou předobrazem českého antidiskriminačního zákona. Navíc skutečnost, že šlo pouze o testování nerušeného výkonu práv, nemá s ohledem na výše podaný výklad vliv na závažnost diskriminačního jednání.⁴⁴

C.6.1 Peněžítá satisfakce

Šetřený případ se týká diskriminace z důvodu rasy a etnicity v přístupu k bydlení, a proto je třeba při interpretaci antidiskriminačního zákona zohlednit též směrnici Rady 2000/43/ES, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ (dále jen „Směrnice“).⁴⁵ Podle ustanovení čl. 15 Směrnice jsou členské státy povinny přijmout systém sankcí za porušení zákazu diskriminace, které jsou účinné, přiměřené a odrazující.

Povahou sankcí se zabýval Soudní dvůr například ve věci Feryn, v níž konstatoval, že státy jsou povinny přijmout „*opatření dostatečně účinná pro dosažení cíle této směrnice a k zajištění toho, aby tato opatření mohla být účinně uplatňována před vnitrostátními soudy, tak aby soudní ochrana byla skutečná a účinná*“, a to i v případě, že neexistuje konkrétní oběť diskriminace.⁴⁶ Tím spíše je pak podle mého názoru stát povinen zajistit účinnou soudní ochranu v případech, kdy je konkrétní oběť diskriminace dotčena na své důstojnosti, byť neměla skutečný zájem o nabízenou službu. Soudní dvůr se zabýval také povahou sankcí za porušení zákazu diskriminace. V případě, že stát sankcionuje porušení diskriminace povinností kompenzovat

⁴¹ Srov. dikci ustanovení § 10 odst. 2 antidiskriminačního zákona: „*Pokud by se nejevilo postačujícím zjednání nápravy podle odstavce 1 [tj. upuštění od diskriminace, odstranění následků, poskytnutí přiměřeného zadostiučinění ve formě omluvy], zejména proto, že byla v důsledku diskriminace ve značné míře snížena dobrá pověst nebo důstojnost osoby nebo její vážnost ve společnosti, má též právo na náhradu nemajetkové újmy v penězích.*“

⁴² „*Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad e ratione legis atd.)*.“ Nález Ústavního soudu ze dne 17. prosince 1997, Pl. ÚS 33/97.

⁴³ K problematice eurokonformního výkladu viz WHELANOVÁ, Markéta. Účinky unijního práva ve světle judikatury Soudního dvora. *Správní právo*. 2011, roč. 44, č. 6. s. 74 – 89. ISSN 0139-6005.

⁴⁴ Shodně BOUČKOVÁ, Pavla; HAVELKOVÁ, Barbara; KOLDINSKÁ, Kristina; KÜHN, Zdeněk; KÜHNOVÁ, Eva; WHELANOVÁ, Markéta. *Antidiskriminační zákon. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2010. s. 299. ISBN 978-80-7400-315-8.

⁴⁵ srov. ustanovení čl. 2 odst. 2 písm. a) a čl. 2 odst. 4 písm. h) Směrnice

⁴⁶ rozsudek Soudního dvora ze dne 10. července 2008, C-54/07, Firma Feryn

způsobenou újmu, musí přiznaná kompenzace zajistit skutečnou a efektivní soudní ochranu, mít skutečný odrazující účinek a musí být přiměřená způsobené újmě.⁴⁷

Domnívám se proto, že při stanovení způsobu narovnání diskriminačního jednání podle ustanovení § 10 antidiskriminačního zákona by mělo být přihlédnuto k odrazujícímu efektu zvolené kompenzace. Z těchto důvodů mám za to, že by k peněžité náhradě nemateriální újmy nemělo být přihlíženo pouze zřídka jako v případě obecné ochrany osobnosti,⁴⁸ ale úvaha o odrazujícím efektu by měla být přítomna v každém rozhodnutí, ve kterém soud dospěje k závěru, že došlo k diskriminaci.

D - Závěry

Na základě výše popsaných zjištění a úvah jsem dospěla k přesvědčení, že se výše uvedené realitní kanceláře dopustily přímé diskriminace stěžovatele z důvodu jeho etnického původu. Na kvalifikaci jednání makléřů nemá vliv, zda plnili přání majitele. Pokud majitel takové přání skutečně vyjádřil, pak se dopustil diskriminace ve formě navádění. Na posouzení otázky, zda došlo k diskriminaci, nemá vliv, zda měl stěžovatel skutečný zájem o nabízené bydlení. Diskriminačním jednáním byla nedovoleně zasažena jeho důstojnost, která je vedle autonomie člověka chráněna zákazem diskriminace. Domnívám se proto, že by stěžovateli měly svědčit obdobné nároky jako v případě, kdy by se skutečně ucházel o bydlení, tj. právo na kompenzaci způsobené újmy v podobě omluvy, případně v peněžité formě. Skutečnost, že stěžovatel aktuálně neměl zájem o bydlení, může být zohledněna při stanovení výše pokuty či přiměřeného zadostiučinění.

Nepopírám, že realitní makléři v tomto případě skutečně nemuseli mít úmysl diskriminovat Romy a pouze chtěli vyhovět přání vlastníka. Z pohledu antidiskriminačního zákona a zákona o ochraně spotřebitele jsou však tyto okolnosti nerozhodné a realitní makléř je při zprostředkování veřejně nabízeného bydlení vázán antidiskriminačním zákonem a odpovídá za jeho porušení, i kdyby plnil přání majitele. Je proto na realitních makléřích, jakožto profesionálech, aby tuto problematiku s majiteli projednali a pak se rozhodli podle svého svědomí, zda vyhoví přání majitele a budou diskriminovat, nebo budou jednat zákonným způsobem.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem jsem dospěla k závěru, že Česká obchodní inspekce nepochybila při kontrole realitních kanceláří, ani při odmítnutí poskytnutí informace stěžovateli.

Zprávu o šetření zasílám Mgr. Karlu Havlíčkovi, řediteli Inspektorátu pro Jihomoravský a Zlínský kraj, České obchodní inspekce a žádám jej, aby se k ní v případě potřeby vyjádřil do 30 dnů od jejího doručení.

Zprávu o šetření zasílám také realitním kancelářím a stěžovateli.

⁴⁷ bod 25. rozsudku Soudního dvora ze dne 22. dubna 1997, C-180/95, Draehmpaehl

⁴⁸ Stejný názor zastává také doktrína, viz BOUČKOVÁ, Pavla; HAVELKOVÁ, Barbara; KOLDINSKÁ, Kristina; KÜHN, Zdeněk; KÜHNOVÁ, Eva; WHELANOVÁ, Markéta. *Antidiskriminační zákon. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2010. s. 295-297. ISBN 978-80-7400-315-8.

Mgr. Anna Š a b a t o v á, Ph.D., v. r.
veřejná ochránkyně práv
(zpráva je opatřena elektronickým podpisem)