

# Problematika důkazního břemene v evropském antidiskriminačním právu<sup>1</sup>

HARALD CHRISTIAN SCHEU, PRÁVNICKÁ FAKULTA  
UNIVERZITY KARLOVY, PRAHA

Odborná literatura se do velké míry shoduje na tom, že jedním z hlavních praktických problémů antidiskriminačního práva je dokazování diskriminace.<sup>2</sup> Jeden z předních německých odborníků na problematiku diskriminace v pracovním právu Karl Riesenhuber označuje důkazní břemeno dokonce za Achillovu patu celého systému ochrany.<sup>3</sup> Ve svém komentáři k §133a Občanského soudního řádu připomíná také Zdeněk Kühn, že diskriminující subjekt zpravidla nebývá natolik otevřený, aby o diskriminaci hovořil přímo. Podle Kühna lze diskriminaci jednoznačně prokázat pouze v případě, že záměr diskriminovat byl navenek výslovně projeven. Pokud ovšem subjekt diskriminačního jednání o svém úmyslu nehovoří a diskriminační záměr výslovně odmítá, dostane se potenciální oběť diskriminace v soudním řízení do velmi složité důkazní situace.<sup>4</sup>

V reakci na tento praktický problém, který citelně oslabuje účinnost antidiskriminačního práva, bylo zavedeno pravidlo převrácení důkazního břemene. Podle vzoru antidiskriminačního práva uplatněného ve Spojených státech se institut převrácení důkazního břemene promítl nejprve do judikatury Soudního dvora Evropské unie (SDEU) a následně do antidiskriminační legislativy EU. V současné době počítá s koncepcí přenesení důkazního břemene na žalovanou stranu celá řada směrnic. Jako příklad lze uvést čl. 8 směrnice 2000/43 o zákazu diskriminace na základě rasy nebo etnického původu, podle něhož osoba, která se cítí diskriminací poškozena, má soudu předložit skutečnosti nasvědčující přímé nebo nepřímé diskriminaci, a poté náleží odpůrci prokázat, že k diskriminaci nedošlo. Identickou úpravu obsahuje také čl. 10 směrnice Rady 2000/78/ES ze dne 27. listopadu 2000, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání.

Cílem tohoto příspěvku je stručně nastínit vývoj vedoucí k zakotvení institutu převrácení důkazního břemene v evropském antidiskriminačním právu a nastolit diskusi nad některými problematickými aspekty tohoto institutu. Pomocí analýzy aktuální úpravy chceme upozornit na kontraproduktivní účinky aktivistického přístupu k zásadě rovnosti.

## Vznik institutu převrácení důkazního břemene v právu USA

Důležitým milníkem antidiskriminačního práva se stal rozsudek Nejvyššího soudu USA z roku 1973 v případě *McDonnell Douglas Corporation v. Green*.<sup>5</sup> Když se afroamerický aktivista působící v oblasti lidských práv ucházel o místo mechanika, které bylo vypsáno ve společnosti vyrábějící leteckou techniku, byl zaměstnavatelem odmítnut. Před příslušnými orgány (např. před Komisí pro rovné příležitosti v zaměstnání)<sup>6</sup> namítl, že se stal obětí rasové diskriminace. Dovolal se přitom ustanovení hlavy VII Zákona o občanských právech (*Civil Rights Act*), která od roku 1964 zakazuje v zaměstnání diskriminaci na základě rasy, barvy pleti, náboženství, pohlaví a etnického původu.

V druhé části svého směřodátného rozsudku Nejvyšší soud dovodil, že klíčovým problémem případu je otázka rozložení důkazního břemene. Před soudem zaměstnavatel totiž odmítl, že by uchazeče černé pleti odmítl z rasových důvodů, a uvedl jako objektivní důvod údajnou účast uchazeče na nelegálních aktivitách. Nejvyšší soud odpověděl, že je v prvé řadě na stěžovateli, aby předložil *prima facie* důkazy týkající se např. jeho příslušnosti k menšině, jeho kvalifikace a skutečnosti, že zaměstnavatel po odmítnutí kvalifikovaného uchazeče nadále vypisoval dané místo jako volné. Pokud se stěžovateli předložení *prima facie* důkazů podařilo, musí naopak žalovaná strana prokázat objektivní a legitimní důvod, proč uchazeče nepřijala. Tato kritéria byla v následujících případech údajně diskriminace striktně aplikována.

<sup>1</sup> Článek byl vypracován v rámci projektu Výzkumného centra pro lidská práva, UNCE, č. 204006/2012.

<sup>2</sup> Althoff, Nina: Die Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft in der Europäischen Gemeinschaft ausgehend von Art. 13 EG, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2006, 255.

<sup>3</sup> Riesenhuber, Karl: Diskriminierungsverbote im Privatrecht. Europarechtliche Grundlagen, In: Riesenhuber, Karl (ed.), Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Grundsatz- und Praxisfragen, Berlin, 2007, 3–36, 18.

<sup>4</sup> Boučková/ Havelková/ Koldínská/ Kühn/ Kühnová/ Whelanová: *Antidiskriminační zákon. Komentář*, Praha: C. H. Beck, 2010, 338–339.

<sup>5</sup> 411 U.S. 792 (1973).

<sup>6</sup> Equal Employment Opportunity Commission (EEOC).

## Vývoj institutu v antidiskriminačním právu EU

Koncem 80. let minulého století se také SDEU dostal k problematice důkazního břemene v souvislosti se sporem mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem. V případě *Danfoss*<sup>7</sup> se Soud zabýval otázkou diskriminace na základě pohlaví. Před příslušnými dánskými soudy se řešil problém, nakolik lze statistiky dokumentující rozdílnou výši mezd u mužských a ženských zaměstnanců považovat za dostatečný důkaz zakázané diskriminace.<sup>8</sup> Dánský soud se v této situaci zeptal SDEU výslovně na to, zda důkazní břemeno nese zaměstnanec či zaměstnavatel a jakou roli hrají samotné statistické údaje.

SDEU se předložených otázek ujal s chutí. Zjistil nejprve, že systém odměňování byl v konkrétním případě zcela netransparentní a kvůli praxi individuálních příplatků nebylo pro zaměstnance možné přijít na důvody pro rozdílnou výši odměn. Zaměstnanci mohli zjistit pouze absolutní výši vyplácených mezd, kritéria pro vyplácení příplatků jim zůstala neznámá. Za takových okolností neměl zaměstnanec žádnou šanci prokázat případný neobjektivní a neodůvodněný postup při stanovení výše mezd.

SDEU se v této situaci vrátil k ustanovení čl. 6 směrnice 75/117/EHS, která upravuje uplatňování zásady stejné odměny za práci pro muže a ženy. Podle citované normy měly členské státy přijmout opatření nezbytná k zajištění uplatňování zásady stejné odměny. Podle SDEU zásada efektivity může „ve zvláštních případech“ ovlivnit pravidla dokazování a vyžadovat změnu národních pravidel. Jinými slovy, pravidla dokazování se mají v nezbytné míře přizpůsobit účelu účinného provádění zásady rovnosti, a to způsobem, který může (ale nemusí) znamenat přechod důkazního břemene na zaměstnavatele.

V dalším případě týkajícím se převrácení důkazního břemene, tj. v případě *Enderby*,<sup>9</sup> stáli proti sobě zaměstnankyně státní instituce působící v oblasti zdravotnictví a její zaměstnavatel. Žalobkyně se domnívala, že byla jako žena zařazena do kategorie, kde statisticky převažovaly ženy a současně jim příslušela výrazně menší mzda než v jiné kategorii, kde pracovali převážně muži s rovnocennou kvalifikací a náročností práce. Britský odvolací soud, který se rozhodl předložit předběžnou otázku, nejprve konstatoval, že činnost A, kterou vykonává žalobkyně (vedoucí logoped), byla rovnocenná s činností B (vedoucí lékárník). Pak se tázal SDEU, zda v situaci, kdy rovnocenné činnosti jsou odměňovány rozdílným způsobem, musí

zaměstnavatel daný rozdíl ospravedlnit a tudíž dokázat, že nediskriminoval.

SDEU ve svém rozsudku z roku 1993 navázal na předchozí rozsudek a vysvětlil, že musí nutně docházet k převrácení důkazního břemene v neprospěch zaměstnavatele, pokud zaměstnanec byl *prima facie* diskriminován a neměl účinný prostředek k prosazení rovnosti.<sup>10</sup>

Pokud porovnáme závěry SDEU ve věcech *Danfoss* a *Enderby*, lze vyzdvihnout významný posun. Zatímco v prvním případě SDEU připustil převrácení důkazního břemene jen pro zvláštní případy netransparentního jednání zaměstnavatele a jen do nezbytné míry, v druhém případě již rozšířil nutnost převrácení důkazního břemene na všechny případy, ve kterých není jiný účinný prostředek k prosazení rovnosti.

O několik let později byla přijata směrnice 97/80/ES o důkazním břemenu v případech diskriminace na základě pohlaví, která případné relativizace plynoucí z judikatury SDEU zcela vypustila a ve svém čl. 4 odst. 1 stanoví, že pokud se určitá osoba cítí poškozena nedodržením zásady rovného zacházení a předloží soudnímu orgánu skutečnosti nasvědčující tomu, že došlo k přímé nebo nepřímé diskriminaci, přísluší žalovanému prokázat, že nedošlo k porušení zásady rovného zacházení.

Tímto legislativním krokem se nástroj, který byl původně koncipován jen pro zvláštní případy, stal nástrojem standardním. Lze doplnit, že za standardní součást antidiskriminačního práva EU považuje převrácení důkazního břemene také velký návrh Evropské komise (EK) z roku 2008, tj. návrh směrnice o provádění zásady rovného zacházení s osobami bez ohledu na náboženské vyznání nebo víru, zdravotní postižení, věk nebo sexuální orientaci.<sup>11</sup> Návrh EK v tomto smyslu explicitně stanoví, že se přenesení důkazního břemene použije ve všech případech, ve kterých mělo dojít k porušení zásady rovného zacházení.

Když EK v roce 1996 předložila návrh směrnice o důkazním břemenu v případech diskriminace na základě pohlaví,<sup>12</sup> bylo odůvodnění institutu převrácení důkazního břemene poměrně lapidární. Bez hlubší reflexe EK pouze konstatovala, že by bez převrácení důkazního břemene žalobce neměl účinný prostředek k prosazování zásady rovnosti před národními soudy. EK se dále odvolala na předchozí rozsudky

<sup>7</sup> Případ 109/88, rozsudek ze dne 19. října 1989.

<sup>8</sup> Podle statistiky zahrnující odměny 157 zaměstnanců v období od 1982 do 1986 byly odměny mužů o 6,85 % vyšší než odměny žen.

<sup>9</sup> Případ C-127/92, rozsudek ze dne 27. října 1993.

<sup>10</sup> Případ C-127/92, odst. 13–14.

<sup>11</sup> KOM(2008) 426 v konečném znění ze dne 2. července 2008.

<sup>12</sup> COM/96/0340 final (Úř. věst. C 322/11 ze dne 7. listopadu 1996).

SDEU, aniž by ovšem ve smyslu zmíněných rozsudků připustila zohlednění individuálních okolností případu. Stručný komentář EK představuje otázku důkazního břemene jako technický problém související se statistikami.

O něco výmluvnější je ovšem např. příručka k evropskému antidiskriminačnímu právu, kterou vydala Agentura EU pro základní práva.<sup>13</sup> Autoři příručky vycházejí z toho, že motiv rozdílného zacházení často existuje pouze v myslí diskriminujícího subjektu.<sup>14</sup> Obdobně předpokládá také příručka vydaná Spolkovým antidiskriminačním úřadem, že se v případech diskriminace určité motivy předstírají.<sup>15</sup> Pro stále se rozrůstající komunitu zastánců antidiskriminačního práva konkretizuje *Isabelle Rorive* tyto obavy a uvádí, že v důsledku různých antidiskriminačních kampaní posledních let jsou potenciální pachatelé diskriminace nyní mnohem opatrnější než v minulosti a dbají na to, aby v praxi nezanechali stopy.<sup>16</sup> Podle této argumentace lze předpokládat, že výsledkem prosazování antidiskriminačního práva bude předstírání a lhaní na straně zaměstnavatelů a poskytovatelů služeb.

Zatímco za „nešikovného“ pachatele diskriminace lze považovat toho, kdo zakázané důvody rozlišování uvádí upřímně a veřejně, je „chytrý“ pachatel pokrytcem, který umí podat politicky korektní vysvětlení. Zastánci efektivního antidiskriminačního práva musí za takového předpokladu útočit přímo na mysl diskriminujícího subjektu, kde se údajně skrývají zakázané záměry. Ve světle těchto pesimistických úvah o lidské duši není institut převrácení důkazního břemene jemným nástrojem, který bude používán vždy s ohledem na konkrétní okolnosti případu, ale ostrá zbraň proti všem subjektům, které se nacházejí v určitém ekonomickém postavení. Vůči zaměstnavatelům a popř. také poskytovatelům služeb platí jakýsi princip nedůvěry.

### Prozařování institutu do systému EÚLP

Vzhledem k tomu, že úprava základních práv EU je úzce propojena se systémem Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (EÚLP), není divu, že se institut převrácení důkazního břemene časem promítl též do judikatury Evropského soudu pro lidská práva (ESLP). Otázka rozložení důkazního břemene se stala nakonec rozhodujícím aspektem v případě *D. H. a ostatní proti České republice*.<sup>17</sup> Nejprve sedmičlenný senát ESLP jasnou většinou šesti k jednomu hlasu dospěl k závěru, že zákaz diskriminace podle čl. 14 EÚLP ve spojení s prá-

vem na vzdělání podle čl. 2 prvního dodatkového protokolu k EÚLP porušen nebyl.<sup>18</sup> Následně však Velký senát ESLP též překvapivě jasnou většinou 13 ku 4 hlasům rozhodl, že zákaz diskriminace v daném případě porušen byl.<sup>19</sup>

Přitom již v řízení před senátem stěžovatelé namítli, že pokud byl předložen tzv. *prima facie* důkaz, přejde důkazní břemeno na druhou stranu, v tomto případě na vládu.<sup>20</sup> Převrácení důkazního břemene podporovaly s odkazem na výše zmíněnou antidiskriminační legislativu EU také intervenující nevládní organizace.<sup>21</sup>

V rozhodující pasáži rozsudku však senát ESLP odpověděl, že statistiky nejsou samy o sobě dostatečným důkazem diskriminační praxe, a to ani v případě, že jsou tyto statistiky zneklidňující. Podle senátu nelze z obecných statistik odvozovat diskriminaci v individuálních případech.<sup>22</sup> Proto umístění stěžovatelů do zvláštních škol nebylo považováno za porušení zákazu diskriminace.

Před Velkým senátem ESLP stěžovatelé a intervenující nevládní organizace opakovali podstatnou část své argumentace týkající se přechodu důkazního břemene.<sup>23</sup> *Human Rights Watch* a *Interights* výslovně žádaly ESLP, aby upřesnil podmínky, za kterých připouští převrácení důkazního břemene, a současně se pustily do polemiky s výrokem ESLP z roku 2001, ve kterém odmítl statistiky jako dostatečný důkaz diskriminace ve smyslu čl. 14 EÚLP.<sup>24</sup> Uvedli, že tento přístup ESLP je v rozporu s mezinárodní praxí a praxí evropských států, a připomenuli, že podle směrnic EU je statistika považována za hlavní metodu dokazování nepřímé diskriminace nebo leckdy dokonce za jediný účinný prostředek k odhalení rozdílného dopadu zdánlivě neutrálního opatření na různé části společnosti.<sup>25</sup>

Následně se Velký senát ve svém rozsudku poměrně obsírně vyjádřil k otázce, zda mohou

<sup>13</sup> Agentura byla zřízena na základě nařízení Rady (ES) č. 168/2007 ze dne 15. února 2007 (Úř. věst. L 53/2, 22. 2. 2007).

<sup>14</sup> Příručka evropského antidiskriminačního práva, Agentura EU pro základní práva, Lucemburk: Úřad pro publikace EU, 2011, 124.

<sup>15</sup> Klose, Alexander; Kühn, Kerstin: Die Anwendbarkeit von Testverfahren im Rahmen der Beweislast, § 22 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 5 (dokument je dostupný na stránkách [http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/20110407\\_Expertise\\_Testing.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/20110407_Expertise_Testing.pdf?__blob=publicationFile)).

<sup>16</sup> Rorive, Isabelle: Der Situationstest in Europa: Mythen und Wirklichkeit, *Europäische Zeitschrift für Antidiskriminierungsrecht*, 3/ 2006, 35–42, 35.

<sup>17</sup> Stížnost č. 57325/00.

<sup>18</sup> Rozsudek ze dne 7. února 2006.

<sup>19</sup> Rozsudek ze dne 13. listopadu 2007.

<sup>20</sup> Rozsudek senátu, odst. 38.

<sup>21</sup> Rozsudek senátu, odst. 43.

<sup>22</sup> Rozsudek senátu, odst. 46 a 52.

<sup>23</sup> Rozsudek Velkého senátu, odst. 130 a 163.

<sup>24</sup> Srov. *Jordan proti Spojenému království* (stížnost č. 24746/94), rozsudek ze dne 4. května 2001, odst. 154.

<sup>25</sup> Rozsudek Velkého senátu, odst. 164.

statistiky sloužit jako *prima facie* důkaz. Velký senát nejprve doslova citoval z rozhodnutí ve věci *Hoogendijk proti Nizozemí*, ve kterém se ESLP zabýval dopadem národního opatření na muže a ženy.<sup>26</sup> Soud tehdy konstatoval, že pokud stěžovatel je schopen na základě nesporných oficiálních statistik doložit existenci nepřímého důkazu o diskriminačním charakteru určité neutrálně zformulované normy,<sup>27</sup> musí žalovaná vláda prokázat objektivní faktory, které diskriminaci vylučují.<sup>28</sup> V kauze *Hoogendijk* Soud odůvodnil přenesení důkazního břemene tím, že by bylo pro stěžovatele jinak velmi obtížné prokázat nepřímou diskriminaci.

Velký senát dále nevynechal příležitost, aby citoval ze zmíněných antidiskriminačních směrnic EU a z navazující judikatury SDEU, podle níž jsou statistické údaje přípustné jako důkaz vyvratitelné domněnky o existenci diskriminace. Neopomenul ani odkázat na praxi řady vnitrostátních soudů.<sup>29</sup>

Ve světle těchto úvah považoval Velký senát důkazy předložené stěžovateli za dostatečně věrohodné a konstatoval presumpci nepřímé diskriminace. Důkazní břemeno přenesl na českou vládu, která měla prokázat, že rozdílný dopad právní úpravy na různé skupiny dětí byl výsledkem objektivních faktorů, které s etnickým původem stěžovatelů nesouvisely.

V kauze *D. H. a ostatní proti České republice* se Velký senát ESLP pomocí kaskády právních argumentů plynoucích z práva EU a z praxe vnitrostátních soudů dopracoval k institutu převrácení důkazního břemene a označil tento institut za součást práva EÚLP. Zde není místo pro důkladnější kritiku citovaného rozsudku a jeho poměrně dobrodružné argumentace. Nechceme se ani přidat k pochvalným hlasům, které se v návaznosti na rozsudek ozvaly z lidskoprávní komunity v čele s tehdejší komisářkou OSN pro lidská práva *Louisou Arbourou*,<sup>30</sup> nebo komentovat trvající debatu o implementaci rozsudku do české praxe.<sup>31</sup> V kontextu této studie spočívá význam případu v tom, že dokumentuje rozšíření institutu převrácení důkazního břemene na řízení týkající se údajného porušení zákazu diskriminace ze strany státu. Tímto posunem byl překročen užší rámec soukromoprávního vztahu mezi dvěma soukromými subjekty (byť v odlišném ekonomickém postavení) a institut převrácení důkazního břemene se začal aplikovat v širším kontextu sociální politiky států vůči celému obyvatelstvu.

### Kritické úvahy

Rychlá proměna institutu převrácení důkazního břemene ve standardní nástroj určený k plošné

aplikaci ve všech případech údajné diskriminace vyvolává pochybnosti. Jako problematický se institut jeví především ve světle práva na spravedlivý proces. Vzhledem k tomu, že zásahy do spravedlivého procesu např. podle čl. 6 EÚLP mají být přiměřené ve vztahu ke sledovanému cíli, neposkytuje předepsaný automatismus v podobě převrácení důkazního břemene dostatečný prostor pro zvážení relevantních okolností. Jedná se o zajímavý paradox, že výsledkem aplikace zásad antidiskriminačního práva, které staví na individuálním posuzování případu bez ohledu na kritéria, jako jsou např. pohlaví, etnický původ, věk, sexuální orientace nebo náboženství, je plošné znevýhodňování určité skupiny podle jejího postavení v obchodním životě, a to bez ohledu na konkrétní faktory, jako je např. faktická moc v soukromoprávních vztazích. Je poněkud mimo ekonomickou realitu konstruovat např. všechny zaměstnavatele bez ohledu na počet zaměstnanců, postavení na trhu, obrat a vnitřní strukturu jako jednotnou – znevýhodněnou – skupinu pro účely uplatnění převrácení důkazního břemene. V praxi se může skutečné postavení jednotlivých zaměstnavatelů a poskytovatelů služeb velmi lišit.

Je zarážející, do jaké míry je v dnešní odborné literatuře převrácení důkazního břemene akceptováno jako racionální a osvědčený nástroj evropského antidiskriminačního práva, který není nutno blíže reflektovat. Přitom ani SDEU ve svém prvním klíčovém rozsudku k převrácení

<sup>26</sup> *G. W. E. Hoogendijk proti Nizozemí* (stížnost č. 58641/00), rozhodnutí senátu ze dne 6. ledna 2005.

<sup>27</sup> Stěžovatelka v případě *Hoogendijk* doložila, že se konkrétní změna sociální legislativy týkala 3.300 žen a 1.800 mužů. Nizozemská vláda však podle ESLP tento statistický rozdíl objektivně a rozumně vysvětlila tím, že opatření slouží účelu odstranění znevýhodnění neprovdaných žen v pracovním procesu.

<sup>28</sup> Pro přesnou citaci z rozhodnutí ve věci *Hoogendijk* viz rozsudek Velkého senátu ve věci *D. H. a ostatní proti České republice*, odst. 180 (v rozhodnutí ve věci *Hoogendijk* nejsou odstavce očíslovány).

<sup>29</sup> Rozsudek Velkého senátu, odst. 187.

<sup>30</sup> Vysoká komisářka ve svém projevu u příležitosti zahájení soudního roku ESLP 2008 doslova uvedla: „I particularly welcomed the recent decision in November of this year of the Grand Chamber of the Court in *D. H. v. Czech Republic*, which held that the system of Roma schools established in that country breached the right to education, read in conjunction with the prohibition of discrimination. The course marked by the Court in this landmark case will be of great importance to national judiciaries and regional courts increasingly dealing with economic, social and cultural issues.“ Viz Address by Louise Arbour, United Nations High Commissioner for Human Rights, at the Opening of the Judicial Year 2008 of the European Court of Human Rights, Strasbourg, 25 January 2008 (*Roma Rights Journal*, 1/2008, 25–29, 29).

<sup>31</sup> K této problematice srov. Joint NGO Submission sent by the European Roma Rights Centre, Open Society Justice Initiative, Amnesty International, Česká Odborná Společnost Pro Inkluzivní Vzdělávání (COSIV) and the League of Human Rights [Czech Republic] (LIGA) to the Council of Europe Execution of Judgments Department on the lack of implementation of the ECtHR judgment on *D. H and others v the Czech Republic*, for appreciation by the Committee of Ministers in its December Human Rights Meeting, November 2012 (dokument DH-DD(2012)1137E).

<sup>32</sup> Rozhodnutí druhého senátu ze dne 25. července 1979 (2 BvR 878/74).

ní důkazního břemene z roku 1989 nepředpokládal jeho plošné a automatické zavedení.

S ohledem na problematiku spravedlivého procesu se jeví jako poučné a nadále inspirující studium rozsudku německého Ústavního soudu z roku 1979, který řešil problematiku převrácení důkazního břemene ve prospěch žalujícího pacienta a v neprospěch žalovaného lékaře.<sup>32</sup> Žalující strana ve své ústavní stížnosti namítla, že nižší instance porušily určité aspekty spravedlivého procesu (ve smyslu čl. 103 německé ústavy), když nepřipustily převrácení důkazního břemene. Ústavní soud k tomuto problému konstatoval, že součástí principu spravedlivého procesu je férové zacházení s prostředky dokazování obecně a s důkazním břemenem zvlášť. Co se týče odpovědnosti lékaře za chybu při výkonu povolání, Ústavní soud uznal, že se pacient zpravidla a typicky potýká s problémem dokazování, a připomenul, že je třeba usilovat o určitou rovnováhu cestou zavedení pravidla převrácení důkazního břemene podle okolností a povahy konkrétního případu. Podle Ústavního soudu se pouze při respektování zásady proporcionality zajišťuje princip spravedlivého procesu. Ve vztahu k otázce rovnosti zbraní jako součásti spravedlivého procesu Ústavní soud výslovně stanovil, že použití institutu převrácení důkazního břemene musí být zkoumáno případ od případu.

Je nutno zdůraznit, že tento opatrný a vyvážený postup, který byl německým Ústavním soudem stanoven pro případy náhrady škody v oblasti medicínského práva, se objevuje ze začátku také v antidiskriminačním právu. Zarážející je až následná transformace institutu převrácení důkazního břemene, a to bez důkladného zvážení všech aspektů spravedlivého procesu ze strany SDEU.

Negativní dopad takového excesu se týká nejen možného porušení principu spravedlivého procesu. Ani ve světle aplikace antidiskriminačního práva není situace skutečně diskriminovaných zaměstnanců jednoduchá. Většinu z nich jistě odrazuje procesní riziko, dlouhá doba trvání právních sporů, psychická zátěž spojená s procesem proti zaměstnavateli, velká pravděpodobnost ztráty zaměstnání a nakonec vidina poměrně zanedbatelné výše odškodného. Kritika současné úpravy důkazního břemene není tedy odrazem naivity v tomto směru.

Za hlavní problém považujeme atmosféru vzájemné nedůvěry a pokrytectví, které vzniká v důsledku radikální aplikace institutu převrácení důkazního břemene. Presumpce viny nahrává např. specializovaným právním poradcům, kteří se zaměřují na očistění pracovních nabídek od formulací a kritérií, která by mohla

v soudním procesu být považována za *prima facie* důkaz diskriminace. Úkolem poradců je dále zajistit, aby se zaměstnavateli podařilo v džungli korektních a neutrálních frází vybrat toho uchazeče a tu uchazečku, o které má skutečně zájem.

Institucionalizovaná nedůvěra se na bitevním poli antidiskriminačního práva objevuje nejen ve vztahu mezi agenturami zaměřenými na zastupování potenciálních obětí diskriminace proti šikovným zaměstnavatelům a poskytovatelům služeb, kteří využívají kvalitní právní služby. Samotný posun v dikci antidiskriminačních směrnic lze považovat za znamení nedůvěry EU vůči národním soudům v členských státech. Podle prvních antidiskriminačních směrnic ze 70. let minulého století<sup>33</sup> bylo na členských státech, a tedy také na jejich soudních orgánech, aby nezbytnými kroky zajistily soulad vnitrostátního právního řádu s konkrétní směrnicí. V roce 1989 SDEU z principu efektivity připustil, že ve zvláštních případech je třeba převrácení důkazního břemene aplikovat jako takový nezbytný krok. Aktuální legislativa EU a judikatura SDEU ovšem zřejmě nedůvěruje národním soudům v tom, že by institut aplikovaly správně a v duchu odstranění zakázané diskriminace, a proto stanoví převrácení důkazního břemene jako automatismus.

## Perspektivy

Dvě poměrně nová soudní rozhodnutí nejen naznačují dilema plynoucí z institutu převrácení důkazního břemene, ale možná obsahují také výzvu k odstranění excesů v antidiskriminačním právu.

V roce 2009 vydal Nejvyšší soud USA rozsudek ve věci *Ricci v. DeStefano*.<sup>34</sup> Předmětem sporu byl konkurs na vedoucí pozice v profesionálním hasičském sboru města New Haven. Schopnosti kandidátů měly být přezkoumány pomocí náročného testu, v jehož průběhu uspělo 19 mužských uchazečů příslušejících k většinovému obyvatelstvu a 2 muži hispánského původu. Jelikož se město jako zaměstnavatel začalo obávat antidiskriminačních žalob z řad neúspěšných kandidátů afroamerického původu, raději zrušilo výběrové řízení. Výsledkem tohoto kroku byly ovšem žaloby ze strany úspěšných kandidátů, kteří do přípravy na test investovali nemalé úsilí. Ve svých žalobách argumentovali, že byli znevýhodněni z důvodu příslušnosti k etnické majoritě. V pozoruhodném rozsudku

<sup>33</sup> Srov. směrnice 76/207/EHS a 75/117/EHS.

<sup>34</sup> 129 S. Ct. 2658; 174 L. Ed. 2d 490 (2009).

přijatém těsnou většinou 5 k 4 hlasům Nejvyšší soud dospěl k závěru, že město nemělo právo zrušit výsledky testu z důvodu, že nebyly po rasové stránce statisticky vyvážené.

Nad rámec zajímavé debaty o tzv. politice pozitivní diskriminace, která se promítala do rozhodnutí města o zrušení výsledků testu, hrály v řízení před Nejvyšším soudem klíčovou roli procedurální otázky. Podle Zákona o lidských právech z roku 1991<sup>35</sup> žalobce musí v antidiskriminační kauze pouze prokázat, že přístup zaměstnavatele má na určitou chráněnou skupinu nerovný dopad. Následně přechází důkazní břemeno na žalovanou stranu, která musí prokázat objektivitu svého přístupu.

V případě *Ricci v. DeStefano* nastala téměř absurdní situace. Nebylo sporné, že test měl nerovný statistický dopad na afroamerické kandidáty. Když město z obav z antidiskriminačních žalob zrušilo konkurs, uvedlo, že použitý test zřejmě nebyl objektivní. Kdyby město test nezrušilo, tak by na základě tohoto tvrzení proti neúspěšným afroamerickým kandidátům bezpečně prohrálo antidiskriminační kauzu. Pikantní je, že ve stejné situaci nakonec prohrálo také spor s úspěšnými kandidáty. Ať už si s ohledem na stav antidiskriminačního práva zvolilo město jakékoli řešení, neexistovala cesta ven z tohoto dilematu. V každém případě by město jako zaměstnavatel prohrálo případ.

Do podobné slepé uličky se nedávno vmanévroval také SDEU, a to v případě *Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH*.<sup>36</sup> Žalobkyně v řízení před příslušným německým soudem byla německá státní příslušnice ruského původu, která dvakrát neuspěla v konkurzu na místo softwarové expertky. Dvakrát zaměstnavatel uchazečku odmítl, aniž by ji pozval nebo jí poskytl alespoň důvody pro odmítnutí. Když neměla o výsledcích konkurzu žádné informace, paní *Meister* podala žalobu s tím, že se stala obětí diskriminace z důvodu pohlaví, věku a etnického původu. Přitom požádala, aby zaměstnavatel byl odsouzen k zaplacení odškodnění. Dále žádala o předání spisu toho uchazeče, který byl v konkurzu vybrán. První dvě národní instance žalobu zamítly, třetí instance (*Bundesarbeitsgericht*) předložila SDEU otázku, zda z příslušných antidiskriminačních směrnic EU plyne právo uchazečky na informaci.

Ve své poměrně stručné odpovědi se SDEU věnoval téměř výlučně otázce převrácení důkazního břemene. Poněkud alibisticky odkázal německý soud nejprve na starší judikaturu, podle níž je na národním soudu, aby posoudil kvalitu *prima facie* důkazu.<sup>37</sup> V minulosti však SDEU také judikoval, že žalobce nemá právo na přístup k takovým informacím, které by mu

umožňovaly předložit *prima facie* důkaz.<sup>38</sup> Tento výklad by ale „šikovnému“ zaměstnavateli umožnil utajení veškerých (diskriminačních) důvodů pro odmítnutí konkrétního uchazeče. SDEU proto v novém rozsudku dovedl, že odepření informací ze strany žalovaného subjektu nesmí ohrožovat dosažení cílů antidiskriminačních směrnic.<sup>39</sup>

Závěry SDEU však měly téměř groteskní charakter. SDEU připomenul národnímu soudu, že nepřímá diskriminace může být zjištěna jakýmkoli prostředky včetně statistických údajů. Tím ovšem nijak neodpověděl na problém národního soudu, který spočíval v tom, že žalovaný subjekt neposkytl vůbec žádné informace o průběhu a výsledcích konkurzu, tedy ani statistiky. Podle SDEU je toto samotné odepření veškerých informací třeba brát v úvahu při hodnocení *prima facie* důkazu. Co to ale znamená pro případ, že další indicie diskriminace nejsou? To se národní soud již nedozvěděl.

## Závěr

Stručná analýza dvou posledních případů slouží jako sonda do mělčin evropského antidiskriminačního práva. Problematika převrácení důkazního břemene ukazuje, že snaha o efektivitu zákazu diskriminace může vést k excesům. Zatímco první rozsudky SDEU ponechaly dostatečný prostor pro zohlednění principu proporcionality, je současná rigidní úprava plošného a automatického převrácení důkazního břemene neslučitelná se zásadou spravedlivého procesu. Výsledkem je též institucionalizovaná nedůvěra, na niž navazují organizované pokrytectví a obcházení zákona. Poté, co se příslušné soudy v posledních dvou případech dostaly do slepé uličky, je třeba položit otázku, zda by cesta z této slepé uličky neměla vést přes návrat k omezení institutu převrácení důkazního břemene jen na zvláštní případy.

<sup>35</sup> Civil Rights Act of 1991.

<sup>36</sup> C-415/10, rozsudek ze dne 19. dubna 2012.

<sup>37</sup> C-415/10, odst. 37.

<sup>38</sup> *Ibidem*, odst. 39.

<sup>39</sup> *Ibidem*, odst. 40.