

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE

Právnická fakulta

Katedra teorie práva a právních učení

**Smlouva v pojetí ekonomické analýzy
práva**

Diplomová práce

Ing. Jan Bartošek

Vedoucí diplomové práce:

Doc. JUDr. Zdeněk Kühn, Ph.D., LL.M., S.J.D.

Praha, listopad 2009

Prohlášení

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně za použití zdrojů a literatury v ní uvedených.

V Praze 17.11.2009

Ing. Jan Bartošek

Poděkování

Děkuji Doc. JUDr. Zdeňku Kühnovi, Ph.D., LL.M., S.J.D., vedoucímu mé diplomové práce, za vysoce odborné vedení a ochotu, se kterou přijal toto dosud nikoli zcela standardní téma diplomové práce.

Praze 17.11.2009

Ing. Jan Bartošek

„Ostatně u Utopijských je každý občan znalcem práva. Je u nich totiž zákonů neobyčejně málo, jak jsem již pověděl, a kromě toho z právních výkladů, čím je který jednodušší, tím jej pokládají za spravedlivější.“

- T.More, Utopie, O otrocích -

Obsah

ÚVOD	6
1 PRÁVO, EKONOMIE A „PRÁVO A EKONOMIE“ (OBECNÁ ČÁST)	9
1.1 EKONOMICKÝ PŘÍSTUP K PRÁVU - PŘEHLED	11
1.1.1 <i>Od Chicaga k chaosu</i>	14
1.2 VÝCHODISKA A RÁMEC LAW & ECONOMICS	16
1.2.1 <i>Coasův teorém aneb krásy nehledě na právo (anebo?)</i>	18
1.2.1.1 Transakčními náklady a imitace trhu právem	22
1.2.1.2 Kritika teorému	25
1.2.2 <i>Efektivnost a právo</i>	26
1.2.2.1 Maximalizace bohatství a morální filosofie	30
1.2.2.2 Odlišná pojetí efektivnosti	32
1.2.3 <i>Calabresiho katedrála</i>	34
1.2.4 <i>Informace a kognitivní dispozice</i>	37
1.3 SNADNÉ ODMÍTNUTÍ EKONOMICKÉ ANALÝZY PRÁVA	39
1.3.1 <i>Kam se podělo evropské Law & Economics</i>	40
2 SMLOUVA V LAW & ECONOMICS	42
2.1 EKONOMICKÁ ANALÝZA SMLUVNÍHO PRÁVA A SMLUV	43
2.2 ÚPLNÁ SMLOUVA A SMLUVNÍ VOLNOST	46
2.2.1 <i>Nejistota ohledně budoucích stavů světa</i>	49
2.2.2 <i>Oportunismus</i>	53
2.2.3 <i>Funkce smlouvy</i>	55
2.2.3.1 Předcházení škodám a pojištění	56
2.2.3.2 Alokace rizika	59
2.3 NEÚPLNÉ SMLOUVY	62
2.3.1 <i>Interpretace smluv</i>	67
2.3.2 <i>Problematika dispozitivních norem</i>	72
2.3.3 <i>Reputace, dlouhé období a reciprocita</i>	75
2.4 PACTA NON SUNT SEMPER SERVANDA	82
2.4.1 <i>Náhrada škody a její určení</i>	84
3 JUDIKATURA A INTERPRETACE (ANALYTICKÁ ČÁST)	91
3.1 PROJECT POSNER: WALGREEN COMPANY V. SARA CREEK	97
3.2 KONTINENTÁLNÍ PRÁVO ANEB NENÍ FORMALISMUS JAKO FORMALISMUS	103
3.2.1 <i>Aplikace: Předmluvní odpovědnost</i>	106
3.2.2 <i>Aplikace: Alokace rizika</i>	116

ZÁVĚR	126
PŘÍLOHA Č.1 – ALOKACE RIZIK SPOJENÝCH SE SMLOUVOU	128
PŘÍLOHA Č. 2 – FORMALISMUS V INTERPRETACI SMLUV	130
BIBLIOGRAFIE	132
ABSTRACT	142

Úvod

Předkládaná práce se zabývá problematikou smlouvy nazírané ekonomickou analýzou práva coby specifickým oborem, který představuje moderní (ač nikoli nový) proud v ekonomické institucionální analýze a postupně též stále silněji v teorii a filosofii práva.

V České republice je ekonomická analýza aplikovaná mimo tradiční domény ekonomie (především teorie spotřebitelského rozhodování, teorie firmy v podmínkách dokonalé konkurence, nedokonalé konkurenční tržní struktury, trhy výrobních faktorů a problematika tržních selhání) stále přijímána s nedůvěrou, což nepochybně platí v plné míře zvláště v případě metodologicky značně konzervativní disciplíny, jakou je právo. Přitom ale právě spojení ekonomické mikroekonomické teorie a práva je jedním z myšlenkově nejpłodnějších přínosů tohoto „ekonomického imperialismu“.

Pravdou je, že v českém odborném diskurzu bylo doposud více seriózních prací věnováno kritice a odmítnutí ekonomického přístupu k právu¹, než jeho představení nebo dokonce aplikaci². Alespoň mezi právníky.

V této práci si kladu za cíl přispět k prolomení některých barikád této nedůvěřivosti, stručně, ale pokud možno komplexně popsat východiska a základní nástroje ekonomické analýzy práva, detailněji rozebrat zásadní témata ekonomického přístupu ke smlouvám a jejich regulaci a konečně též demonstrovat možnosti ekonomie při rozboru judikatury. Jinými slovy – v žádném případě není mou snahou pojednat o daném předmětu vyčerpávajícím způsobem, to by ostatně nebylo možné ani v práci s tisícínásobným rozsahem, naopak je mým záměrem soustředit se v kontextu širšího uvedení do ekonomické analýzy práva a ekonomicko-právní analýzy smluv na otázky spojené s v nemnohé české literatuře jen stručně vyloženou, avšak fundamentální problematikou Coasova teorému, efektivnosti jako funkce (či jedné z funkcí) práva a konečně praktické upotřebitelnosti Law & Economics (dále též jen „L&E“) jako vodítka při rozhodování právních případů a v teorii práva.

¹ Z poslední doby např. rozhodně pozoruhodné publikace P.Maršálka či T.Sobka.

² Kniha T.Richtera (2008) je v tomto směru čestnou výjimkou, ač je příznačné, že její autor působí na jiné než právnické fakultě.

Práce je rozčleněna do tří částí, z nichž první představuje nástin ekonomického přístupu k právu. V této části se stručně zabývám představením různých teoretických škol ekonomicko-právního přístupu a jejich historického vývoje, rozebírám základní klasické koncepce přístupu Law & Economics, především tzv. Coasův teorém a různá pojetí efektivnosti využívaná ekonomií při zkoumání práva a uvádím též jejich kritiku; v krátkosti pojednávám též o mikroekonomickém přístupu obecně a o některých tendencích v ekonomické analýze práva (behaviourální přístup). Konečně se na závěr této úvodní obecné části pokouším poskytnout určitou krátkou úvahu ohledně významu a perspektiv Law & Economics v evropských právních končinách.

Tuto obecnou část jsem (v mírně upravené podobě, již si vyžadovala její samostatná prezentace) použil jako příspěvek v II. ročníku Studentské vědecké a odborné činnosti (2009) pořádané Právnickou fakultou Univerzity Karlovy a sice v sekci ústavní právo a teorie práva, ve které byla oceněna 2.místem.

V druhé – možno říci stěžejní – části práce se věnuji teoretickým základům ekonomického přístupu ke smlouvám. Výchozím je v tomto ohledu v ekonomické teorii tradiční analýza směnných vztahů a tržní alokace. Věnuji se především klíčové teorii smluv, rozlišující pro účely analýzy kontrakty na úplné a neúplné. Jednotlivě se věnuji problematice nejistoty, oportunistu, alokaci rizika (soudem) a mechanismy, kterými se právo stejně jako mimoprávní realita pokoušejí vyrovnat s neúplností smluv. V závěru této části pak rozebírám poměrně (avšak spíše zdánlivě) kontroverzní problematiku efektivního porušení smlouvy.

Ve třetí – „analytické“ – části se věnuji ekonomické analýze práva coby užitečnému instrumentáriu tvorby a reflexe judikatury. Předně zde prezentuji jedno rozhodnutí amerického soudce R.Posnera (jinak jednoho z nejrespektovanějších teoretiků chicagského Law & Economics) týkající se porušení smlouvy. Následně se věnuji kritickému rozboru několika rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky³.

Nutno zde v úvodu učinit ještě dvě poznámky. První je čistě technická a týká se možná mírně nezvyklého způsobu bibliografických citací, který v podstatě přebírám od Richtera (2008) a který je typický spíše pro ekonomickou literaturu. Tento formát citace se jeví jako poměrně výhodný, a to jak vzhledem ke své relativní úspornosti, tak – a to

³ Platná právní úprava má v předkládané práci ve větším rozsahu význam právě jen ve vztahu k této analytické části, přičemž je zachycen její stav k 20.10.2009.

především – k přehlednosti, kdy i s poměrně častými odkazy na různorodou (vesměs anglickou) literaturu maximálně usnadňuje orientaci mezi jednotlivými autory a jejich pracemi, a přitom není samotný text „zahušťován“ kompletními citacemi. Úplný seznam použité literatury je pak samozřejmě uveden na konci práce.

Druhá poznámka se týká metodologického a z části též hodnotového vymezení mého přístupu v této práci. V českém (spíše ekonomickém než právním) diskurzu je v jinde nebývalé míře zastoupen libertariánský přístup tzv. rakouské (či neorakouské) školy, přičemž jedna z neopominutelných původních českých publikací zabývajících se ekonomickou analýzou práva – Šíma (2004) – je psána právě v jejím duchu. Jedná se nepochybně o pozoruhodnou názorovou základnu⁴ (stejně často jako oslavovanou, tak zavrhanou pro tvrzenou názorovou extrémnost a ideologičnost, přičemž stejně často jako její proponenti, nezakládají ani její zatracovatelé mnohdy svůj postoj a názory na znalosti, ale na pocitu). V této práci se však plně soustředím na přístup standardního chicagského Law & Economics a běžné neoklasické mikroekonomie. Ve srovnání s Šíma (2004) se tedy pokouším zprostředkovat „mainstreamový“ pohled na dané otázky⁵.

⁴ Jak dokládá značně inspirativní práce Hayeka (1994), případně knihy B.Leoniho, M.Rothbarda či L.Misese.

⁵ Mým původním záměrem bylo představit vedle (a v kontrastu s ním) Law & Economics „hlavního proudu“ též právě přístup rakouský a také teorii marxistickou. Vzhledem k postupnému nabývání na mohutnosti samotného textu věnovaného chicagskému přístupu a obavě z možné nesourodosti celku jsem posléze od tohoto záměru ustoupil. Považuji však za nutné upozornit, že v ekonomické vědě v rozhodující míře záleží na zvolené metodologicko-ideové škole. V české právní literatuře se lze občas setkat s výhradami, které jsou namířeny proti „ekonomickému přístupu“ nebo „ekonomizaci“, přičemž míněna je ekonomická analýza práva jako taková (v některých případech pak těmto autorům nejde vůbec o ekonomickou analýzu, ale o nesouhlas s určitým hodnotovým podkladem platného práva). Avšak nelibost kritiků míří na často zjednodušenou (nebo účelovou, či ze strany těch, kdo jí užívají, nepochopenou) argumentaci určitými, z kontextu (v poslední době pak často právě děl zmíněných libertariánských „rakušanů“) vytržených postulátů či jednotlivých tvrzení. Odmítavý postoj vůči ekonomické analýze pak mnohdy staví na velmi mělkém základě, případně míří naprosto špatným směrem.

1 Právo, ekonomie a „Právo a ekonomie“ (Obecná část)

Tato část je zaměřena především na představení základních prvků ekonomické analýzy práva – jejích jakýchsi pilířů, společně nesoucích klenbu „katedrály“⁶ Law & Economics – a vedle toho též zasazení „práva a ekonomie“ do kontextu časových souvislostí, zaměření analýzy, různých přístupů v rámci tohoto směru a též perspektiv ekonomického přístupu k právu, mimo jiné i u nás.

Než přistoupím k pojednání o ekonomické analýze práva, zmíním se krátce o samotné ekonomii a jejímu předmětu. Jen těžko lze vybrat mezi mnoha rozličnými definicemi předmětu či poslání ekonomie. Nejčastěji se lze setkat s definováním tzv. základního ekonomického problému jako problému rozhodování o efektivní alokaci zdrojů za podmínek vzácnosti a nejistoty⁷, jindy je za základ zkoumání ekonomie považováno zprostředkovávání tzv. rozptýlené znalosti a využívání znalostí prostřednictvím cenového mechanismu⁸. Obecně lze říci, že:

„Ekonomie je věda o lidském jednání. Přesněji řečeno o účelném lidském jednání a o nezamýšlených účincích tohoto jednání.“⁹

Ekonomie tedy pojednává o v určitém směru cíleném (řekněme „racionálním“, jakkoli spory vyvolávající může zmínka o racionalitě být, viz též dále) chování, usilování lidí. V ohledu na „právo a ekonomii“ (či na behaviourální vědu, institucionální ekonomii atd.) je třeba pamatovat na toto relativně široké pojetí. Při analýze rozličných právních (nebo též politických, etických, kulturních aj.) institucí (či právně řečeno „institutů“) nelze v žádném případě vystačit s představou ekonomie jako vědy výhradně o hospodářské sféře života společnosti. Taková představa, byť jistě hluboko zakořeněná, spojující ekonomii jen s těmi aspekty jednání lidí, které se týkají peněz, či jsou jinak (např. ve fyzických jednotkách) kvantifikovatelné, je ostatně

⁶ Viz subkapitola 1.2.3 „Calabresiho katedrála“.

⁷ Definice přičítaná anglickému ekonomovi Lionelu Robbinsovi.

⁸ Pojetí typické pro ekonomii F.A. Hayeka.

⁹ Holman (2002), str.7.

nedostačující i pro uchopení ekonomie v tradičním pojetí. Ekonomie (a zvláště ekonomie práva) je vědou o *incentivech*¹⁰ lidského jednání.

Právo je pak ekonomii zkoumáno jednak jako specifická lidská činnost či výtvar, jednak jako rámec dalšího lidského chování. Nepochybně lze určité aspekty práva ze zkoumání ekonomickou analýzou vyloučit (např. problematiku lidských práv), avšak i takové právní problémy (stejně jako účelnost jejich vyjmutí ze zkoumání ekonomickými nástroji) lze ekonomicky popsat a zhodnotit; takové vyčleňování některých otázek práva se tak bude zakládat na určitých jiných hlediscích (hodnotách), nikoli však na apriorní neschopnosti ekonomie se k těmto otázkám vyslovit. Tím zároveň nemá být řečeno, že ekonomické úvahy musí vést v každém oboru práva, či ohledně každého právního institutu k závěrům stejné relevance či autority – ekonomie bude patrně působit větší silou přesvědčivosti v případě analýzy práva soutěžního nebo smluvního, než v případě práva konfesního či rodinného¹¹.

Konečně ekonomie není vědou „samospásnou“, poskytující k poznání práva v úplnosti postačující úhel pohledu. Vedle toho, že ekonomická analýza práva si nečiní (nebo by si neměla činit) nárok na to být jediným analytickým přístupem k právu (stále je nezbytné vycházet též z poznatků sociologických, poznání historie atd.), nelze opomenout ani fakt, že „právo a ekonomie“ (Law & Economics) je spojením obého, jak ekonomické analýzy, tak znalosti práva¹², jeho hodnot a jemu vlastní metodologie. Unikátnost ekonomické analýzy práva pak vyplývá právě z tohoto intelektuálně plodného spojení¹³.

¹⁰ V celé této práci používám pojem „incentiv“, a sice ve smyslu anglického slova *incentive*, tedy pohnutka, podnět, pobídka či stimul nějakého cíleného lidského jednání. Jedná se o termín, který v češtině nemá patrně zcela adekvátní ekvivalent, který by nadto nebyl matoucí. Snažím se zde tento termín konzistentně užívat ve smyslu určité motivace, kterou působí právní norma na jednání racionálního adresáta takového pravidla chování.

¹¹ Srov. Richter (2008), str. 57.

¹² V tomto směru zaostávají mnohdy naopak ekonomové zabývající se ekonomickou analýzou práva (v ČR je tomu vesměs právě tak, že Law & Economics je pěstováno hlavně ekonomy, zvláště pokud jde o akademii).

¹³ Lze si patrně představit přístup jednoho k druhému bez hlubšího myšlenkového propojení (tj. čistě ekonomických nebo výhradně právnických úvah o předmětu práva, resp. ekonomie). V případě „ekonomie o právu“ by kupř. šlo o celkem častou situaci, kdy ekonomie zkoumá např. transakce bez

1.1 Ekonomický přístup k právu - přehled

Ekonomie jako věda a vědecký přístup k právu jsou oblasti společenského poznání velmi hluboce spjaté, ekonomové se až zhruba do počátku 20.století rekrutovali v naprosté většině z řad vzdělaných právníků¹⁴ a ekonomie byla považována za vědu „politickou“ ve smyslu bezprostředního sejetí se zkoumáním právního a institucionálního pozadí hospodářské reality. Zhruba od poslední čtvrtiny 19.století (v souvislosti s tzv. marginalistickou revolucí a matematizací ekonomie¹⁵) se ekonomie začíná ustalovat jako matematická a pozitivistická věda a začíná inklinovat spíše k metodologické nápodobě přírodních a technických věd. Zároveň ale již v té době začíná být toto odhlédnutí ekonomické vědy od jiných než hospodářských aspektů sociální existence člověka považováno za nešťastné a např. v USA vzniká institucionalistická ekonomická škola představující sociologizující větve ekonomie, v průběhu meziválečného období z jejich prací vzejdou některé zásadní koncepty,

ohledu na jejich právní pozadí (tak je tomu v případě čistě mikroekonomického zkoumání směny), v případě „práva o ekonomii“ by se mohlo jednat např. o stanovování antimonopolních norem bez pochopení ekonomické teorie nedokonalého trhu (ani takovou situaci není zcela nemožné si představit). Výsledek sice může být bez vad a funkční, avšak porozumění dané problematice bude omezeno pouze na úzké pojetí toho kterého přístupu.

¹⁴ Těž s pražskou právní fakultou jsou spojena jména většiny prvních českých ekonomů, např. F.L.Riegra, A.Bráfa, A.Rašína, významného představitele tzv. rakouské školy F.von Wiesera, K.Engliše či J.Macka, srov. Holman (2005), str.254, 500 a násl.

¹⁵ Marginalistickou revolucí se nazývá období po roce 1871, kdy byla několika ekonomy zformulována a v následujícím období obhájena (Methodenstreit) teorie mezní užitečnosti, která je základem mikroekonomického přístupu (a tedy i ekonomické analýzy práva) dodnes, matematizace ekonomie na tento nový přístup navázala, ibid, str.152. Užití kvantitativních matematických postupů sehrálo významnou roli v utváření moderní ekonomické vědy a též význam Law & Economics lze spatřovat v možnosti uplatnění formalizované kvantitativní analýzy, Cooter a Ulen (1988), str.8, k roli matematiky ve vývoji ekonomie poznamenávají:

„...[E]konomové dokázali z newtonovské matematiky vytvořit strukturu své disciplíny. V procesu vstřebávání newtonovské matematiky, který začal v 80.letech 19.století a byl dovršen v době, kdy Samuelson publikuje Základy ekonomické analýzy (1942), ekonomie získala technickou superioritu nad jinými společenskými vědami.“

především pak pojem transakčních nákladů¹⁶ (viz dále). Pojem transakčních nákladů a vlastnických práv se stane ústředním v tzv. škole nové institucionální ekonomie (doslova personifikované v postavách R.Coase a D.Northa¹⁷).

Počátek systematických snah o propojení ekonomického přístupu se studiem práva v dnešním pojetí nelze zcela jednoduše časově zasadit, jakýsi zakladatelský význam ale mají především práce dvou autorů – Ronalda Coase a Edwarda Masona. První z nich publikoval v roce 1937 esej *The Nature of the Firm*, ve které rozvinul teorii transakčních nákladů, E.Mason je pak autorem článku *Monopoly in Law and Economics* z téhož roku, který se stal významným milníkem v ekonomickém zkoumání antitrustového práva¹⁸. Společně s některými zásadními příspěvky ekonomů, obvykle (byť nikoli nesporně) řazených mezi proponenty rakouské školy, publikovanými na sklonku druhé světové války¹⁹ byl těmito pracemi položen základ přístupu, který se začal počátkem 50.let výrazně uplatňovat na půdě Chicagské univerzity.

Zde začíná A.Director vyučovat ekonomickou analýzu prakticky zaměřenou na dopady určitých regulací, především pak antimonopolního práva²⁰ a později (v roce 1958, poté následován R.Coasem) se stává prvním editorem *Journal of Law and Economics*²¹. Kolem Univerzity v Chicagu se formuje skupina, ze které vzchází směr

¹⁶ Původcem tohoto pojmu je J.R.Commons, Holman (2005), str 323, který byl vůdčí postavou právního přístupu v rámci institucionalismu, přesto je ale dnešní pojetí transakčních nákladů spojeno především se jménem R.Coase a tedy s odlišnou ekonomickou školou.

¹⁷ Tzv.novou institucionální ekonomii je potřeba zásadně odlišovat od původního institucionalismu (klíčový rozdíl spočívá již jen v metodologickém přístupu – individualismu, naopak institucionalismus Veblenův či Commonsův se zakládá na kolektivistické metodologii). Rozlišovat pak novou institucionální ekonomii a Law & Economics je mnohdy těžké a též zbytečné, především vzhledem k významu, který měl ve vývoji Law & Economics Coasův teorém. K určitým odlišnostem viz Posner (2000b).

¹⁸ Mason a jeho následovníci jsou označováni za tzv.harvardskou školu průmyslové organizace.

¹⁹ Jedná se především o Hayekovu práci *The Use of Knowledge in Society* (1945) a *The Theory of Games and Economic Behavior* (1944) Oskara Morgensterna a Johana von Neumanna.

²⁰ Šíma (2004), str.19 a 20, Veljanovski (2006), str.31.

²¹ K rozvoji odborných časopisů s Law & Economics tématikou srov. Parisi a Posner (2002), str.x.

ekonomické analýzy práva nazývaný nejčastěji jako Law & Economics²² (dále též jen „L&E“).

Tento přístup je založen na aplikaci mikroekonomické cenové teorie²³. Chicagské „hnutí“ Law & Economics se formuje a výrazně profiluje asi od 60.let²⁴ (jakousi intelektuální rozbuškou bouřlivého rozvoje školy byla práce R.Coase *The Problem of Social Cost*, publikovaná v roce 1960), předmětem jeho zájmu je zkoumání lidského jednání ovlivňovaného právními normami, představujícími „incentivy“ za podmínek omezenosti (vzácnosti) zdrojů (role subjektivních práv a povinností je tedy obdobná cenám statků²⁵, jejich změn a významu pro tržní chování). Do 70.let byl zájem teoretiků L&E nasměrován především na dvoustranné vztahy (hlavně oblast smluv a civilních deliktů)²⁶, pozdější práce se pak věnují širokému spektru právních vztahů s prvkem tzv. kolektivní akce, korporátním právem počínaje a ústavním konče. L&E je dále typické rozdělením na pozitivní a normativní směr²⁷, přičemž právě normativní doporučení ohledně efektivity soudních rozhodnutí a soudního systému bývají zdrojem nejvýznamnějších kontroverzí s touto školou spojených²⁸.

Veljannovski (2006) dále rozlišuje určité směry v rámci tohoto hnutí odlišující se navzájem přístupem (mírou užití neoklasické ekonomie oproti zasazení do paradigmatu Coasova teorému a vlastnických práv²⁹) a předmětem zájmu (soukromé

²² L&E lze též chápat obecně jako ekonomický přístup k právu a Chicagskou školu pak označovat za jakési Law & Economics v užším smyslu.

²³ Tj. neoklasického modelu dokonalé konkurence, nedokonale konkurenční modely (kromě modelu mopolního trhu) bývají autory L&E odmítány s poukazem na potřebu již nepříliš přijatelně rozšiřovat okruh nerealistických předpokladů analýzy.

²⁴ Coase (1993).

²⁵ Richter (2008), str.30.

²⁶ Epstein (1997), str.1171.

²⁷ Rozdíly mezi nimi, jejich nepochopení a vyplývající ne zcela korektní kritika ekonomického přístupu je předmětem komentáře Posnera (1979), především str.285.

²⁸ Výhrady z pozic jiných sociálních věd velmi dobře ilustruje Shapiro (2005), str.124 a násl.

²⁹Veljannovski (2006), str.34 uvádí:

„Teoretici vlastnických práv zdůrazňují, že hodnota statků a služeb závisí v rozhodující míře na 'souborech práv' s nimi převáděnými a že na trzích se obchoduje [právě] s těmito právy.“

oproti veřejnému právu a politice³⁰) a též určující úlohou výrazných autorů (Posner, Calabresi).

Co se týče cílů a předmětu ekonomické analýzy práva, obecně lze jmenovat čtyři okruhy témat uváděné Schäferem (2004), str.11:

- „ a. *Povaha a původ existujícího právního systému a distribuce práv v něm.*
- b. *Dopady charakteru struktury práva na alokativní efektivnost.*
- c. *Nezbytné podmínky pro vznik a vývoj efektivní struktury práva.*
- d. *Implementace efektivní právní struktury.*“

Struktura práva (legal structure), která je nejvlastnějším předmětem studia Law & Economics je širokým pojmem, patrně je v jeho rozsahu míněna především povaha vlastnických práv, možnosti a způsoby jejich změn a převodu, povaha a rozsah právní odpovědnosti, míra garance a způsob vynucování těchto práv a další právní vztahy, statusy a postupy ve svém souhrnu představující „právo“. Je zřetelné, že klíčovým problémem, na který je pozornost L&E zaměřena, je efektivnost práva (struktury práva).

1.1.1 Od Chicaga k chaosu

L&E představované „chicagskou orthodoxií“ je v podstatě od počátku kritizováno pro způsob, jakým přistupuje k lidskému jednání, přičemž tato kritika se týká v širším smyslu celé neoklasické mikroekonomické teorie. Nerealističnost předpokladů a užívání silně zjednodušujících a zobecňujících modelů se pak právě v okamžiku vkročení na půdu studia práva setkalo s až zuřivým odporem (či zesměšňováním) ze strany spíše kazuisticky, ale též v širších souvislostech uvažujících právníků. Přesto byl časem tento (počáteční) odpor překonán a nejpozději v 80.letech se L&E v USA stává součástí právně-teoretického mainstreamu³¹.

Výraznější snaha o revizi L&E přístupu ale přišla spíše zevnitř samotného oboru a to se vzrůstající důrazností od 90.let. Nejvýznamnějším proudem myšlenkové modernizace L&E je behaviourální ekonomie – různí autoři pak hovoří

³⁰ Především směr *public choice* (někdy překládáno jako škola veřejné volby, prezentovaná hlavně ekonomy J.Buchananem a G.Tullockem) a ekonomie regulace (G.Stigler).

³¹ Např.Cooter a Ulen (1988), předmluva.

o behaviourálním Law & Economics³² nebo již přímo o Law & Behavioral Science jako Korobkin a Ulen (2000)³³. Behaviourální ekonomie a kognitivní věda pak obohacuje L&E především o možnost vymanit se z pout předpokladu racionálního jednání jedinců; vliv těchto přístupů na L&E hlavního proudu se zvyšuje. Behaviourální ekonomie staví své východisko na konceptu omezené (či vázané) racionality (*bounded rationality*)³⁴, zahrnuje do analýzy takové faktory jako emoce, nálady nebo různé psychosomatické stavy rozhodujícího se jedince atp. Behaviourální ekonomie pak usiluje vysvětlit právě případy, kde přístupy založené na neoklasické ekonomii selhávají ve vysvětlení pozorovaných jevů (lidé se v některých relativně častých situacích nechovají racionálně). Nutno ovšem zdůraznit, že se nejedná o psychologické sledování a popis duševních stavů konkrétních jedinců, ale o zkoumání *systematických* odklonů od racionálního chování lidí za určitých podmínek.

Tradičnější alternativou³⁵ aplikace neoklasického přístupu je evolucionismus, tedy zkoumání institucí a právních norem jako výsledků vývoje (ekonomického „přirozeného“ výběru), kde kritériem úspěchu je efektivnost. Obdobně jako ve většině alternativ k tradičnímu L&E (které vychází z neoklasického studia statické rovnováhy) je zde klíčové pojetí reality jako dynamického procesu. Evoluční teorie se objevují zejména v antitrustovém L&E též v souvislosti s ekonomikou inovací³⁶. Z kognitivních, behaviourálních a klasických evolucionistických přístupů vycházejí též další tendence v L&E směrem k sofistikovanějšímu a realističtějšímu uchopení problematiky práva.

Mezi takovými uvádí Roe (2006) následující tři: moderní evolucionistický přístup zahrnující ve větší míře vliv předchozích stavů, efektivních v určitých minulých podmínkách, které se však při změnách těchto vnějších podmínek stávají inferiorními vůči jiným možnostem v evolučním procesu již dříve eliminovaným; podobným (ačkoli vesměs často k protichůdným výsledkům vedoucím) paradigmatem je teorie vývojové

³² Např. Jolls, Sunstein a Thaler (1998).

³³ Navrhují zasadit studium práva založené na L&E paradigmatu do širších souvislostí „*kognitivní psychologie, sociologie a dalších behaviorálních věd*“, str.1053.

³⁴ Thales (2008) dále uvádí omezenou vůli (*bounded willpower*) a omezenou sobeckost (*bounded selfishness*).

³⁵ Evolucionistické tendence v ekonomii jsou znát již u J.S.Milla či A.Marshalla, evolucí se zabýval T.Veblen a ve svém pozdějším díle též F.A.von Hayek (1994).

³⁶ Odvíjející se od díla J.A.Schumpetera, dnes se tomuto směru věnuje např.W.Baumol.

závislosti (path dependence), která poukazuje na to, že dnešní stav (institucionální prostředí a právní vztahy) ve značné míře závisejí na předchozích – dnes již irelevantních – událostech³⁷ a podmínkách. Konečně se objevují též úvahy o začleňování teorie chaosu³⁸ do L&E.

1.2 Východiska a rámec Law & Economics

Základní přístup L&E spočívá, jak již bylo řečeno, v aplikaci neoklasické mikroekonomické cenové teorie. Pod pojmem ekonomie je třeba, jak již bylo uvedeno, rozumět oproti obvyklému užšímu chápání vědu obecně o

„...racionálním výběru ve světě – našem světě, ve kterém jsou zdroje omezené v poměru k lidským potřebám.“³⁹

Základním východiskem tohoto přístupu je tedy racionální rozhodování jedince, jehož jediným cílem je maximalizace jeho užitkové funkce. Velice srozumitelný rozbor těchto předpokladů (neomezená racionalita člověka a maximalizace užitku jako jediný cíl) a relace jejich nerealističnosti s právním pohledem poskytuje Richter (2008), str.29 a násl. Východisko racionální maximalizace bývá shrnováno do konceptu „člověka ekonomického“ (homo economicus), tedy rozhodovacího subjektu, který se v každém okamžiku rozhoduje kvalifikovaně, má neomezené, správné a relevantní informace a sleduje pouze uvedený cíl – maximalizaci svého užitku⁴⁰. Maximalizace je jedním z typických nástrojů ekonomické analýzy – jakmile je určitý jev redukován (či

³⁷ Bývá uváděn příklad silnice s množstvím zákrutů, které kdysi usnadňovaly jízdu povozům (prodlužovaly délku „rampy“ a snižovaly tak sklon silnice), dnes však komplikují jízdu nesrovnatelně výkonnějším motorovým vozidlům, a byť jsou výsledkem evolučního procesu, způsobují významné neefektivnosti.

³⁸ Ta vychází z extrémní závislosti některých jevů na výchozích podmínkách (klasickým *příměrem* zde bývá třepotání motýlích křídel, které „mohou“ o tisíce kilometrů dále způsobit ničivou tropickou bouři).

³⁹ Posner (1986), str.3. Veljanovski (2006), str.63, pak uvádí, že

„právo a ekonomie se v zásadě zbývají shodnými problémy: vzácností, způsobující konflikty zájmů, a otázkou, jak usměrnit sobeckost směrem ke společensky žádoucím výsledkům.“

⁴⁰ Řadu dalších předpokladů lze jmenovat v souvislosti s vymezením dokonale konkurenčního modelu (homogenost statku, mnohost kupujících i prodávajících, neomezenost vstupu na daný trh), uplatněním teorie preferencí (srovnatelnost statků z hlediska preferencí, reflexivita, tranzitivita) a další vztahující se k jednotlivým modelům. Ohledně (nezbytně rozsáhlého) výkladu o předpokladech ekonomických teorií odkazují např. na Variana (1995), či jinou standardní učebnici mikroekonomie.

zobecněn) do modelu, který je obvykle představován funkcí či jejich soustavou, maximalizace této funkce (užitku⁴¹) vůči definovanému omezení je základním postupem. Maximalizace je omezena dosažením rovnováhy, kterou se rozumí stav, kdy žádná změna chování subjektu (za jinak stejných okolností) nemůže vést ke zlepšení jeho užitku (zisku)⁴², rovnováha je v tomto smyslu efektivní. Typickou rovnováhou je rovnováha na dokonale konkurenčním trhu, která popisuje stav, kdy se na trhu uskutečňují transakce (koupě-prodej) za cenu, při které se mezní užitek a mezní náklady (vyjádřeny v penězích) mezního kupujícího a mezního prodávajícího rovnají a na trhu není žádná přebytečná nabídka (prodávající, jejichž produkt by byl nabízen za cenu, kterou není ochoten žádný kupující akceptovat, zboží se „válí na pultech“, dochází k plýtvání) ani neuspokojená poptávka (kupující jsou ochotni zaplatit vyšší než právě existující tržní cenu, ale neexistuje odpovídající nabídka, prodejci na daném trhu mají „prázdné pulty“, nastává nedostatek). V rovnováze není tendence ke změnám – ty mohou nastat až změnou podmínek nebo preferencí (vnější změnou); reálnější je ovšem uvažovat o trzích jako o neustále se snažících dosahovat rovnovážného bodu, který se v čase velmi dynamicky mění (ve skutečnosti je rovnováha na trzích velmi vzácný jev⁴³). Pro L&E je významný poznatek, že existuje obecná tendence k rovnováze zajišťovaná současnou maximalizací užitku (zisku atd.) všemi subjekty. Porovnávání jednotlivých statických rovnováh⁴⁴ měnících se v důsledku vnějších změn (např. změn právního prostředí) je významným nástrojem L&E.

Předpoklad racionality bývá velmi často předmětem kritiky (a též předmětem zájmu alternativních, především behaviouristických teorií), přesto se jedná o premisu, kterou není potřeba opouštět – ekonomie totiž předpokládá (ve vztahu k realitě, nikoli tedy v rámci modelu, tam platí výše uvedené) spíše racionalitu v průměru, nikoli

⁴¹ V L&E se na různých místech mluví o různé maximalizaci – lidé maximalizují užitek, prodávající zisk, v teorii *public choice* maximalizují politici počet hlasů, v teorii byrokracie maximalizují úředníci vliv a jiné výhody, charitativní organizace maximalizují společenský prospěch a tak dále, srov. Cooter a Ulen (1988), str.16.

⁴² Cooter a Ulen (1988), str.36.

⁴³ Srov. Kirzner (1998), str.25 a násl.

⁴⁴ Tato metoda se nazývá komparativní statika.

v každém jednotlivém případě, pracuje se tedy s jakousi abstrakcí této v průměru pozorovatelné racionality⁴⁵.

Je třeba doplnit, jaká role těmto postupům a úvahám na jejich základě v rámci ekonomické analýzy připadá – pro ten účel je nezbytné rozlišit *ex post* a *ex ante* přístup. *Ex post* nazírání na určitý problém je typičtější pro právní uvažování, jde-li o řešení určitého vznikuvšího právního problému, pro rozhodování *ex post* je charakteristická znalost toho, jak k určité události konkrétně došlo, včetně informací o odchylkách od obvyklého běhu věcí, v úvahu tedy není brána ani nejistota. Naproti tomu ekonomická analýza práva, která pracuje s právní normou jako incentivem (či cenou určitého jednání) tedy jako s určitou proměnnou v analýze, přistupuje k určité situaci *ex ante*, tedy z pohledu rozhodnutí činěného do budoucna s pouze omezenou znalostí relevantních faktů, navíc zatížených nejistotou. Také ohledně racionálního rozhodování jedinců se jedná (pouze) o racionalitu *ex ante*, tedy o racionální vyhodnocení daných dostupných informací, nikoli veškerých informací potřebných pro dosažení žádaného cíle - tento přístup nám tedy též umožňuje částečně oslabit tvrdost předpokladů dokonale konkurenčního modelu popsaných výše (*ex ante* racionální rozhodnutí nemusí vždy vést ke sledovanému cíli, nemusí být racionální při hodnocení *ex post*).

1.2.1 Coasův teorém aneb krávy nehledě na právo (anebo?)

Pouhé porovnávání změn rovnováhy v důsledku změny právní normy, o které je uvažováno jako o zcela vnější podmínce, by ovšem nebylo až tak radikálně novým

⁴⁵ Veljanovski (2006), str.49. Jde v podstatě o pravidelnosti v lidském chování, nikoli o přesnost a vyčerpávající popis v každém jednotlivém případě (které jsou naopak typické právě pro právní přístup ke konkrétním skutečnostem). Dále Veljanovski (2006), str.52, uvádí, že sama existence práva je důkazem existence těchto pravidelností, protože

„[k]dyby se lidé nechovali předvídatelně, pak by se sama myšlenka, že jsme schopni regulovat společnost zákony a incentivy, stala neudržitelnou. V základu veškerého obchodu, práva a společenského jednání je předpoklad, že lidé v průměru reagují předpokládatelným způsobem.“

přístupem oproti klasické mikroekonomii⁴⁶. Charakteristickým pro ekonomickou analýzu práva se ale stal přístup propojující cenovou teorii s ekonomickým vysvětlením role práva ve společnosti a umožňující užívat pro působení práva ve společnosti kritérium ekonomické (alokativní) efektivity. Východiskem se stal tzv. Coasův teorém.

Teorém zformuloval Ronald Coase ve vůbec nejcitovanějším článku⁴⁷ v amerických právnických časopisech s titulem *The Problem of Social Cost*. Coasův teorém se stal neopominutelným tématem každé učebnice L&E, díky čemuž lze najít nespočet jeho formulací. Jednu z nejpreciznějších uvádí Coleman (1980)⁴⁸:

„...necht' jsou dány tradiční předpoklady dostatečných znalostí⁴⁹ a dokonalé racionality, a dále předpokládejme, že absentují transakční náklady a důchodové efekty⁵⁰, pak rozdělení (assignment of) právních nároků (legal entitlements) v případech dvoustranných sporů o navzájem neslučitelné užívání pozemků bude neutrální z hlediska cíle alokativní efektivity.“

Tato definice zahrnuje i ty předpoklady, které obvykle uváděny nebývají, ovšem jsou zásadní – především pak opomenutí důchodového efektu je významným, mnohdy v potaz nebráným omezením Coasova teorému (v podstatě z tohoto předpokladu vyplývá, že předpokládáme svět bez vzácnosti⁵¹). Zároveň je zde zachován Coasem použitý příklad sporu o užívání půdy. Platnost teorému je samozřejmě širší, jak vyplývá z jiné jeho definice:

⁴⁶ Lze uvést příklad právní normy, která zavádí cenový strop na nájemné – dopad takové regulace na trh s nájemním bydlením je typickým předmětem zkoumání ekonomické teorie a jako taková by tato analýza vůbec nemusela být označována za Law & Economics, jedná se o běžnou základní mikroekonomii.

⁴⁷ Veljanovski (2006), str.36, supra pozn.č.26. Okolnosti vzniku eseje popisuje Šíma (2004), str.21.

⁴⁸ Str.223, poznámky v textu zachovány.

⁴⁹ Pozn.č.6:

„V komentářích se vesměs tvrdí, že Coasův teorém vyžaduje, aby strany vyjednávání disponovaly dokonalými informacemi. Takový předpoklad by trivializoval tento teorém a je silnější, než je potřeba. Je třeba předpokládat pouze tolik, že dané strany mají dostatečně relevantní informace. Dodatečné žádoucí informace jsou odkrývány jakmile je vyjednávání v běhu.“

⁵⁰ Pozn.č.7:

„Nabídky jsou prosty důchodových efektů, pokud neodrážejí relativní bohatství [jednotlivce]. ...“

⁵¹ K detailní diskuzi tohoto faktu viz Coleman (1980), str.227 a násl., nebo Šíma (2004), str.26 a násl.

„Pokud jsou vlastnická práva jasně specifikována a plně přenositelná (transferable) a transakční náklady (náklady spojené s přenášením vlastnických práv) jsou nulové, alokace zdrojů bude Pareto-efektivní bez ohledu na původní alokaci vlastnických práv [k těmto zdrojům].“⁵²

Prozatím nechejme stranou bližší vysvětlení transakčních nákladů a pojem Paretovské efektivnosti a přistupme ke třetí a ještě lakoničtější definici Coasova teorému:

„...v případě, že neexistují transakční náklady, právní podmínky neovlivní efektivnost se kterou jsou zdroje alokovány.“⁵³

K pochopení smyslu uvedených definic je výhodné podívat se na příklad, který Coase (1960) uvádí a který je velmi názorně vysvětlen Colemanem (1984). Mějme dva sousedy – farmáře a rančera, první na svém pozemku pěstuje pšenici, druhý chová na přilehlé pastvině krávy. Krávy se pasou ale nejen na trávě na rančerově pastvině, ale přecházejí též na farmářovo pole a způsobují zde škodu na obilí. Vznikají tím náklady dvojího druhu, soukromá škoda farmáře a společenské náklady (externalita) v podobě snížení efektivnosti (méně pšenice a možnost chovu více krav, než by odpovídalo mezním charakteristikám produkce obou). Mějme následující tabulku⁵⁴:

	Mezní příjem rančera (\$)	Mezní škoda farmáře (\$)
1.kráva	50	10
2.kráva	40	20
3.kráva	30	29
4.kráva	20	40
5.kráva	10	49
6.kráva	0	57

Mezní příjem⁵⁵ je veličina určovaná cenou jednotky produktu (kterou považujeme za konstantní) a mezním produktem, který je veličinou determinovanou

⁵² Schäfer (2004), str.87.

⁵³ Veljanovski (2006), str.72.

⁵⁴ Hodnoty jsou převzaty z Coleman (1984), str.655.

⁵⁵ Mezní škodu v případě farmáře si lze představit analogicky jako záporný mezní příjem.

technologicky či fyzikálně (např. zde je to „kapacita pastviny“, tedy úroveň, při které již stávající krávy spasou tolik trávy, že přidáním dodatečné krávy by na jednu krávu připadalo méně trávy a přírůstek váhy v podobě této dodatečné krávy by byl menší než pastvou dosažený přírůstek váhy všech ostatních krav před přidáním této mezní krávy).

Pokud právo neukládá rančerovi nahradit vzniklou škodu, bude ochoten chovat právě šest krav⁵⁶, při kterých je jeho mezní příjem z poslední, šesté krávy roven nule. Nyní předpokládejme, že farmář a rančer spolu mohou kooperativně vyjednávat. Neexistuje-li právní norma ukládající rančerovi nahradit škodu, farmář může rančerovi nabídnout platbu za to, když sníží stav chovaného dobytka. Za snížení počtu krav z šesti na pět bude farmář ochoten zaplatit až 57\$, a rančer rád přijme, za snížení o další krávu je farmář ochoten zaplatit až 49\$, což je více než rančerův mezní příjem z této krávy (10\$), který se též této krávy zbaví. Počet krav se ustálí na třech, protože za tuto krávu je farmář ochoten poskytnout kompenzaci ve výši jen 29\$, zatímco rančerův příjem by se snížil o 30\$, k této transakci již tedy nedojde (farmář již utrpí nižší škodu, než jaká by vznikla rančerovi, kdyby snížil chov o třetí krávu).

V případě, že by farmář měl nárok na náhradu škody dojde k opačnému „posunu“ po uvedené tabulce - rančer ochotně zaplatí škodu v minimální výši 10\$ až do 50\$ za první krávu a opět dojdeme k tomu, že budou chovány právě tři krávy (třetí kráva je poslední, za kterou se rančerovi vyplatí platit farmáři náhradu škody), zároveň bude pěstováno tolik obilí, kolik v předchozím případě. Ke stejnému výsledku bychom mimoto došli též v případě, kdy by měl farmář právo po rančerovi požadovat úplné zabránění vstupu jeho zvířat na své pole, rančer si bude od farmáře „kupovat“ svolení s ničením farmářovy úrody opět na stejnou úroveň (ani v jednom případě jsme neuvažovali jinou možnost, např. stavbu plotu⁵⁷). Rozdíl mezi mezním příjmem rančera a mezní škodou farmáře představuje vyjednávací prostor, v rámci kterého bude (v závislosti na vyjednávacích schopnostech každého z nich) dohodnuta výše kompenzační platby.

⁵⁶ L&E je velmi bohaté na obdobné příklady, které na první pohled vypadají nesmyslně – úroveň mezních veličin je samozřejmě vědomě volena tak, aby příklad „vycházel“, nicméně pokud se takový příklad drží průběhu funkce zahrnovaných veličin a konkrétní příkladné hodnoty volí podél této funkce, není důvodu takový způsob názorné demonstrace určité teorie odmítat.

⁵⁷ Pak by ve vyjednávání šlo o postavení plotu a o to, kdo by nesl náklady na jeho pořízení.

Význam má fakt, že v obou případech (právo na straně rančera či na straně farmáře) došlo ke stejné efektivní alokaci zdrojů z hlediska společnosti – jsou chovány právě 3 krávy a právě tolik obilí (kolik tři krávy nezničí). A v tom spočívá Coasův teorém, lze tedy shrnout, že pokud je soukromé vyjednávání (směna) prosta transakčních nákladů:

„1) určení strany, jejíž činnost způsobuje externalitu, není nutné pro dosažení efektivnosti, 2) není třeba, aby stát uvaloval daň na kteroukoli stranu, protože efektivnost vyplyne ze soukromé směny, 3) nezáleží na tom, komu přisuzujeme relevantní právo, efektivní distribuce zdrojů bude dosaženo, protože subjektivní práva definují pouze výchozí vyjednávací pozici, 4) rozdělení subjektivních práv je proto irelevantní v ohledu na efektivnost, a 5) rozdělení subjektivních práv může ovlivnit [jen] relativní bohatství stran.“⁵⁸

Body ad 1) a ad 2) se vymezují vůči řešení externalit prostřednictvím tzv. pigoviánské⁵⁹ daně, která předpokládá internalizaci vzniklých společenských nákladů tím, že se na jejich původce (rančera) uvalí daň v odpovídající výši (tj. zde ve výši škody způsobované jednotlivými mezními krávami), v ideálním případě by pak byl výsledek stejný jako v uvedeném Coasově soukromém vyjednávání. Pigoviánská daň ale naráží na velmi těžko překonatelnou nesnáz a sice praktické a zároveň efektivní uskutečnění (především pak prakticky nemožnost státu zjistit úroveň mezní škody u každé „krávy“). Coasův teorém tak dochází k (Paretovskému) efektivním výsledkům (týmž jako Pigouovský přístup) – tedy internalizaci externalit a alokační efektivitě – prostřednictvím soukromého vyjednávání, ovšem s rozhodující podmínkou neexistence transakčních nákladů.

1.2.1.1 Transakčními náklady a imitace trhu právem

Coasův teorém tedy vlastně říká, že pokud jsou nulové transakční náklady, k dosažení efektivního společenského upotřebení zdrojů není právo potřeba, či jinými slovy, ať je právo jakékoli, efektivnosti bude dosaženo. Kruciólní význam tedy bude mít pojem transakčních nákladů. Sám Coase (1960) používá spíše termín náklady spojené

⁵⁸ Coleman (1984), str.657.

⁵⁹ Podle ekonoma A.Pigoua.

s prováděním tržních transakcí⁶⁰ a jako demonstrativní výčet uvádí náklady se zjištěním a kontaktováním stran smlouvy, dohlížením nad dodržováním podmínek ujednání atd.⁶¹; mezi transakční náklady můžeme ale zahrnout velký a neuzavřený počet nákladů zatěžujících samotnou transakci, její přípravu či vynucování. Již samotný fakt, že transakce trvá určitý čas, je důvodem jejího zatížení transakčními náklady (při předpokladu nulových transakčních nákladů se celé vyjednávání i směna uskuteční v jediném okamžiku), stejně jako existence alternativ určitého chování přináší transakční náklady v podobě tzv. nákladů příležitosti⁶². Je tedy zřejmé, že transakční náklady ve skutečnosti *vždy* existují. Co tedy Coasův teorém v ohledu na tento fakt říká? Jak trefně poznamenává Richter (2008) upozorňuje nás na to, jaký svět není, tedy že ve světě s nenulovými transakčními náklady je právo pro dosažení efektivnosti nepostradatelným.

Reálné tržní transakce můžeme odstupňovat dle míry transakčních nákladů, jimiž jsou zatíženy. Koupě novin je patrně typickou transakcí nezatíženou významnými transakčními náklady – vyhledání prodávajícího i uskutečnění transakce je rychlé a nevzniká zde mnoho možností žádné ze stran koupi-prodej využít pro cíle jiné než zřejmé. Naopak případ, kdy např. papírna znečišťuje (existujícím právem připuštěnou mírou) řeku, která následně zápachem obtěžuje množství lidí žijících po proudu, je příkladem relativně vysokých transakčních nákladů, pokud jde o možnost efektivního řešení situace soukromým vyjednáváním⁶³. Transakční náklady z počátku pouze snižují

⁶⁰ Otázce transakčních nákladů je věnován též již zmíněný Coasův článek o podstatě firem (společností) z roku 1937, kde je pomocí transakčních nákladů vysvětlován charakter trhů, které z části představují firmy, jejichž podstatou je organizace (tzn. vertikální vztahy), z části horizontální vztahy tržní směny. Coase zde (str.395) argumentuje, že firma se rozšiřuje („pohlcuje“ části trhu) až do okamžiku, kdy se další úspora vnějších transakčních nákladů vyrovná nárůstu vnitřních nákladů na udržení organizace v chodu (v podstatě zde vyrovnává mezní transakční náklady s mezními náklady zastoupení, *agency cost*).

⁶¹ Coase (1960), str.15.

⁶² Posner (1986), str.7, považuje Coasův teorém přímo za „*nejoslavovanější aplikaci koncepce nákladů příležitosti*“.

⁶³ Řekněme, že situaci by vyřešila instalace čističky vod v ceně 1mil.Kč papírnou. Dále předpokládejme, že podél dolního toku řeky žije 200 osob, každá považuje zápach řeky za odporný, přičemž přibližně polovina z těchto lidí by byla ochotna za odstranění znečištění zaplatit něco přes 10tis.Kč (každý z nich takto subjektivně oceňuje nepohodlí, které mu zápach přináší; kteří lidé to budou záleží tak spíše na

vyjednávací možnosti stran (snižují uvedený rozdíl mezi mezní škodou způsobenou farmáři a mezním příjmem rančera), pokud ale přesáhnou určitou hranici a pohltí celý tento rozdíl, stávají se prohibitivními – k transakci vůbec nedojde (nebude postavena čistička) a výsledkem bude neefektivní alokace zdrojů.

Role práva se zde začíná stávat zřetelnější. Artikulaci této role nabídl R.Posner: „[Posnerovou] základní premisou je, že právní normy a instituty by měly být uzpůsobeny tak, aby podporovaly ekonomickou efektivnost, měly by v co nejširší míře umožňovat využívání konkurenčních trhů a v případě neexistence takových trhů by měly 'napodobit' (mimic), výsledek, který by tyto trhy jinak umožnily.“⁶⁴

Tam, kde se tržní transakce samy uskutečňují (existuje trh), což svědčí o nižší než prohibitivní úrovni transakčních nákladů, Posner doporučuje nechat tyto trhy vznikající situace řešit (je pravděpodobné, že povedou k efektivní alokaci)⁶⁵ a úlohu práva shrnuje v požadavku pouze snižování úrovně transakčních nákladů (tj. obecně usnadnění a garance transakcí), pokud se ale podmínky výrazně odchýlí od předpokladů Coasova teorému, je potřeba práva, aby nahradilo tržní mechanismus – tzn. nejčastěji půjde o nahrazení tržní alokace soudním rozhodnutím⁶⁶.

Coasův teorém spolu s Posnerovým pojetím⁶⁷ úlohy práva je ale často nepochopen a vede buď k jeho nesmyslným argumentováním ve prospěch nepotřebnosti

citlivosti jejich čichu a je tudíž i těžko zjištělné, kdo z oněch 200 obyvatel mezi ně patří) a přibližně polovina by byla ochotna zaplatit méně než 10tis.Kč. Pokud by měla být situace řešena podle Coasova teorému, tito lidé by se s nulovými transakčními náklady domluvili na poskytnutí platby papírně na výstavbu čističky (dohromady by byli ochotni zaplatit hodně přes potřebný 1mil.Kč). Pokud ovšem opustíme předpoklad nulových transakčních nákladů, vystává problém – aby mohla být situace analogicky efektivně vyřešena (postavení čističky), muselo by se domluvit dostatečné množství lidí (např.všichni ochotní zaplatit více než 10tis.Kč) a následně vyjednávat s papírnou (když nic jiného, pokud se nedokáží domluvit všichni, bude celková částka, kterou jsou ochotni zaplatit, nižší, a užší tak bude i jejich vyjednávací pozice daná rozdílem mezi touto částkou a cenou čističky).

⁶⁴ Polinsky (1974), str.1657.

⁶⁵ Posner (1986), str.494, upozorňuje, že tržní alokace, pokud k ní dojde, bude stále efektivnější než jakákoli její „imitace“.

⁶⁶ Platnost a použitelnost těchto závěrů není omezena na *common law* právní kulturu dokazuje např. Schäfer (2004), str.14. a násl.

⁶⁷ Pro rozbor podmínek platnosti Posnerova přístupu (mimo nulových transakčních nákladů jde o konvexnost preferencí a nulové náklady redistribuce) viz Polinsky (1974), str.1671 a násl.

právní regulace, případně je z téhož důvodu odmítán. V následujícím přehledu zmíním naopak několik závažnějších výtek proti Coasově teorému.

1.2.1.2 Kritika teorému

Jak bylo uvedeno shora, kritika namířená proti explicitnímu předpokladu Coasova teorému – nulovým transakčním nákladům vlastně žádnou kritikou není, je spíše nepochopením skutečného obsahu Coasova sdělení. Závažnější je námitka proti předpokladu nepůsobení důchodového efektu, v jeho důsledku totiž lze opomenout důležitý závěr, a sice že zatímco výchozím rozdělením práv není ovlivněna efektivnost, je jím vždy ovlivněno relativní bohatství jedinců. S těmito výtkami je nutné vyrovnat se přesnou formulací teorému⁶⁸ a jeho relevantním používáním.

Patrně nejzávažnější slabina Coasova teorému ale spočívá v předpokladu kooperativního jednání stran. Cooter a Ulen (1988), str.101, uvádějí následující tři okruhy v realitě běžně vznikajících nákladů, které vytvářejí překážky kooperace:

- „ 1. náklady komunikace,
2. náklady dohledu [tzn.výkonu práva],
3. strategické náklady.“

Zaměříme se na strategické náklady (náklady strategického chování). Ve výše uvedeném příkladě s papírnou by se strategické chování mohlo projevit v podobě tzv.černého pasažérství⁶⁹, tedy ve strategii části obyvatel říčních břehů *záměrně* zůstat mimo dohodu s papírnou, s cílem nemuset za odstranění zápachu platit (čistička by zbavila zápachu celou řeku a všechny obyvatele, bez ohledu na to, kdo platil a kdo nikoli). Pokud by se takto (racionálně) choval dostatečný počet lidí od řeky, žádná čistička by opět postavena nebyla. Jiným případem strategického chování by byl případ, kdy by se papírna rozhodla „postrčit“ obyvatele k tomu, aby jí pořídili čističku (nebo byli ochotni více zaplatit), tím, že by např. začala do odtékajícího odpadu záměrně

⁶⁸ Přesto ale Šíma (2004), str. 30, dovozuje, že

„[o]dstranění důchodového efektu, což je nutným krokem k tomu, aby byl teorém pravdivý, lze provést pouze s tím následkem, že se Coasův teorém stane truismem s nulovou hodnotou: 'Mají-li lidé vše, na vlastnických právech nezáleží.'“

⁶⁹ K definici a diskuzi černého pasažérství (free-riding) viz Hardin (2003).

přidávat látky zvyšující zápach⁷⁰. Coleman (1984), str.665, pak poukazuje na určitý paradox: strategické chování stran je tím pravděpodobnější, čím vyšší je částka, kterou lze tímto získat, tedy – opět – čím vyšší je rozdíl mezi tím, co je maximálně jedna strana ochotna nabídnout a tím, co je druhá strana ochotna minimálně přijmout. Pokud tedy úroveň transakčních nákladů je vyšší než nulová, tento rozdíl se snižuje a zmenšuje se tak možný zisk ze strategického jednání, uvažujeme-li tedy strategické chování, transakční náklady mohou uskutečnění transakce naopak napomáhat, pokud by pak skutečně převládalo strategické chování nad kooperací, Coasův teorém by byl neudržitelnou hypotézou⁷¹.

1.2.2 Efektivnost a právo

Pojem efektivnost či Pareto-efektivnost se již v předchozím textu několikrát objevil, nyní se pokusím objasnit, co si lze pod pojmem ekonomické efektivnosti ve vztahu k právu představit. Jedná se v zásadě o to, v jaké míře a na základě čeho můžeme posuzovat určitou změnu (tedy stav před změnou a po změně⁷²) či rozhodnutí. V literatuře se objevuje množství „Pareto-pojmů“ - Paretovská efektivnost, optimalita, efektivnost, superiorita či zlepšení. Rozlišme předně Paretovskou optimalitu a Paretovské zlepšení, které popisují možnost řadit měnící se společenské stavy z hlediska uspokojení jedinců ve společnosti žijících⁷³.

Paretovským optimem (Pareto-efektivním stavem, Paretovskou efektivností) se nazývá stav, kdy uspokojení jednoho jedince nelze zvýšit, aniž by se snížilo uspokojení jiného jedince (uspokojením se rozumí jeho subjektivní hodnocení své pozice).⁷⁴

⁷⁰ Srov.Schäfer (2004), str.90 až 92.

⁷¹ Coleman (1984), str.667. Např. Schäfer (2004) překážky kooperace popisuje v termínech míry informací – mají-li strany dokonalé informace pak je vysoké riziko strategického jednání, jsou-li informace pouze „dostatečné“, strategie se nemusí projevit (či nemusí být úspěšné), viz též pozn.č.49.

⁷² Zde samozřejmě uvažujeme určitou změnu právní struktury (tedy i rozdělení subjektivních práv např.prostřednictvím konstitutivního rozhodnutí orgánu).

⁷³ Cílem Paretovské efektivty je vyvarovat se interpersonálnímu srovnání užitku, což byl zásadní problém klasického utilitarismu. Coleman (1984), str.649.

⁷⁴ Srov.Cooter a Ulen (1988), str.49. Pojmy uspokojení a individuálního užitku zde užívám synonymicky.

Paretovským zlepšením je pak takový přechod z jednoho stavu do druhého, kdy ve výsledném stavu je alespoň jeden jedinec na vyšší úrovni uspokojení než před změnou a žádný jedinec na tom není hůře než před změnou.

Je důležité uvědomit si vztah mezi těmito dvěma kritérii – Paretovským optimem nazýváme stav, ve kterém již není možné žádné Paretové zlepšení, zároveň stav Paretového optima není srovnatelný s jiným Paretovským optimem. Výsledkem Paretového zlepšení nemusí být optimum, naopak poklesem⁷⁵ uspokojení (užitku) může být Paretového optima dosaženo. Paretové optimum vypovídá pouze o tom, že ve společnosti nemůže dojít k Paretovému zlepšení, nikoli např. o úrovni užitku jako takové.

Pokud by při změně stavu přesto došlo ke zhoršení situace určitého jedince, zatímco ostatní jedinci by změnou poměrů získali, může být Paretového optima dosaženo kompenzací, která pokles uspokojení postiženému člověku *skutečně* a zcela nahradí (on sám takovou kompenzací takto posoudí), přičemž ti, kteří změnou získali, jsou na tom stále lépe než před ní⁷⁶.

Paretové zlepšení je klíčovým pojmem tzv. Paretova principu, který je jedním ze základních principů ekonomie blahobytu⁷⁷ a zde tedy základním vodítkem hodnocení efektivnosti, Schäfer (2004), str.22, uvádí:

„Uvažujme dva společenské stavy, x a y , z nichž každý je úplným popisem společnosti a situace každého jejího člena. Jestliže pak každý člen společnosti preferuje x proti y , nebo je indiferentní mezi x a y a alespoň jeden člen společnosti preferuje x proti y , pak stav x je společensky žádoucí vůči y . Společenské výběry (choices), které naplňují tuto podmínku jsou známy jako Paretovy superiority či Paretové zlepšení. Jestliže ale je každý člen společnosti indiferentní mezi x a y , pak i společnost je indiferentní mezi x a y .

⁷⁵ Poklesem užitku spolu s poklesem možností zlepšení uspokojení zánikem části kapacit (např. zničením obytných domů povodní). Jiným a méně zřejmým dosažením Paretového optima, které nemusí být zároveň Paretovským zlepšením, je Kaldor-Hicksovsky efektivní změna, jejíž výchozí stav byl Paretovským optimem.

⁷⁶ Hovoříme o uskutečnění *ex post* kompenzace, Coleman (1984), str.651.

⁷⁷ Označení ekonomie blahobytu a normativně zaměřené L&E se někdy dokonce používají jako synonyma.

Slabá verze tohoto principu říká že, jestliže každý člen společnosti preferuje stav x proti y, pak x je společensky žádoucí proti y (tzn. je vypuštěna podmínka indiference).“

Je zřejmé, že Paretovská efektivnost je přísné kritérium – žádná změna, která jakéhokoli člena společnosti poškodí a zároveň mu není snížení jeho uspokojení reálně a plně kompenzováno, není efektivní. K Pareto-superiorním situacím dochází při změnách v rozdělení subjektivních práv i při jiných společenských změnách relativně vzácně – vesměs zde bývá někdo, kdo ztrácí⁷⁸. Pokud opustíme požadavek skutečné kompenzace a spokojíme se s pouhým celkovým zlepšením (ti, kteří získají, získají více, než ztratí ti, kteří ztrácí⁷⁹) dostáváme tzv. Kaldor-Hicksovo kompenzační kritérium efektivnosti.

Pro Kaldor-Hicksové kritérium platí tedy v podstatě to samé co pro Paretovské zlepšení⁸⁰, ale je zde vypuštěna podmínka skutečně se uskutečnivší *ex post* kompenzace negativních dopadů změny. Kaldor-Hicksová efektivnost vyžaduje pouhou potenciální možnost kompenzace, čímž se ovšem od Paretova principu v zásadním ohledu odlišuje – nutně totiž předpokládá interpersonální srovnatelnost⁸¹ uspokojení lidí. Zároveň je platnost Kaldor-Hicksova kritéria zpochybněna jeho vnitřní logickou

⁷⁸ Jednou z mála situací, která je relativně s jistotou (alespoň mezi přímými účastníky) Paretovským zlepšením vždy, je dobrovolná směna – pokud by tomu tak (*ex ante*) nebylo, směna by se vůbec neuskutečnila (strany směny by neměly motivaci přistupovat k transakci, která by pro ně znamenala *ex ante* pokles uspokojení. Z toho důvodu musí být dobrovolná, vzájemně výhodná směna mezi konkrétními subjekty (v podstatě v logice Coasova teorému) preferovaným způsobem dosahování společenských cílů.

⁷⁹ Richter (2008), supra pozn.č.61, uvádí, že se jedná o všechny ty případy, kdy se hovoří o efektivnosti v podobě „zvětšení celkového koláče“:

„To proto, že Paretův požadavek, aby při takovém zvětšení nedošlo k redistribuci 'velikosti dílů tohoto koláče', je pro většinu praktických normativních doporučení ekonomie blahobytu příliš vysokou překážkou.“

Dodejme, že nepřekonatelnost této překážky spočívá především v tom, že ve většině případů by Paretův princip vyžadoval jednomyslný souhlas všech dotčených.

⁸⁰ Někdy se hovoří o kritériu quasi-Pareto-superiority.

⁸¹ V ohledu na rozšířenou ale i klasickou argumentaci L.Robbinse ohledně problematičnosti tohoto srovnávání viz Lawson (1992).

cykličnosti⁸². Kaldor-Hicksovo kompenzační kritérium bývá ovšem ospravedlňováno následovně – pokud uvažujeme určitou společnost obecně jako celek, Kaldor-Hicksovská změna je efektivní v dlouhém období, pokud všichni členové společnosti *obecně ex ante souhlasí* s takovým způsobem změny, tedy jsou srozuměni s tím, že mohou ztratit za podmínky, že se celková úroveň užitku ve společnosti zvýší⁸³.

Coasův teorém, jak bylo uvedeno, ústí za podmínky nulových transakčních nákladů vždy v Paretovské optimum. Pokud ale uvažujeme transakční náklady, Paretovské efektivnosti dosaženo být nemusí (neuskuteční vyjednávání vedoucí k pro všechny výhodné realokaci zdrojů). V tomto okamžiku přichází ke slovu podle R.Posnera soud a má „napodobit“ trh a provést alokaci „jako kdyby“ byly zdroje při nižší úrovni transakčních nákladů alokovány tržními transakcemi. Protože soudní maximalizace uspokojení (užitku) stran naráží na naznačené nesnáze (teoretické i nesmírné praktické), konstruuje Posner jako klíčové návěstí, dle kterého mají soudy rozhodovat, kritérium maximalizace bohatství.

⁸² Argumentaci o jeho logické nekonzistentnosti shrnuje tzv. Scitovského test, přehledně jej uvádí např. Schäfer (2004), str.29, ten nicméně i uvádí, že nekonzistentnost Kaldor-Hicksovského kritéria vynikne až při významných změnách v ekonomice, u změn menšího rozsahu není toto nebezpečí tak významné, Schäfer doslova uvádí, že

„Scitovského kritika více znervózňuje teoretiky než ekonomy zabývající se aplikovanou vědou.“
Bez výzev ohledně udržitelnosti není ani užití Paretova principu, neboť tento se dostává do kolize s interpersonálním srovnáním užitku, jde-li o hodnocení společenského užitku (nikoli jednotlivě uspokojení členů společnosti). Tento problém popisuje tzv. Arrowův teorém nemožnosti, přičemž překonáním nemožnosti konstrukce společenské škály uspokojení je právě interpersonální srovnání a konstrukce společenské funkce užitku z užitkových funkcí jednotlivců. Na základě tohoto „obejití“ Arrowova teorému je založena značná část welfaristických úvah ekonomů, neboť takového interpersonálního srovnávání je nezbytně třeba k činění normativních (myšleno ve smyslu normativní ekonomické vědy, jak popsáno výše) úsudků ohledně distribuce, srov. o.c., str.38 a násl., či Kaplow (2005), ten se navíc zabývá tzv.Senovým liberálním paradoxem.

⁸³ Agregovanost individuálního uspokojení ale odstraněna není, tento přístup je kritizován pro pouhé „odsunutí“ problému do jiné polohy – jedinec souhlasí s principem obecně, nikoli s vlastní ztrátou konkrétně (která je rozhodující pro nesplnění kritéria Paretovského zlepšení); někdy se též hovoří o souhlasu jako o *ex ante* kompenzaci (neuskutečňování kompenzací jako systémová úspora). viz Coleman (1984), str.672 a násl. Jinak srov. Schäfer (2004), str.32 a násl., a pro kritiku logiky „souhlasu“ viz Dworkin (1980b), str.576.

1.2.2.1 Maximalizace bohatství a morální filosofie

Maximalizace bohatství jako účel soudních rozhodnutí a jako obecný cíl právní politiky je celkem s jistotou jedním z nejdiskutovanějších a nejkontroverznějších konceptů v celém L&E. Jedná se v zásadě o pokus o vytvoření *dalšího a svébytného* standardu efektivnosti vyrovnáním se s působením důchodových efektů nahrazením subjektivního hlediska užitku pojmem bohatství a uplatněním Kaldor-Hickovské efektivnosti⁸⁴ jako rozhodující podmínky. Základním východiskem je ochota zaplatit (willingness to pay):

„Rozdíl mezi bohatstvím a užítkem je, že chtít něco velmi silně, ale nebýt schopen zaplatit za to více než vlastník tohoto statku nebo konkurenční zájemci, nezakládá nárok [ve smyslu efektivní alokace] na tento statek v systému maximalizace bohatství, ačkoli by takový nárok mohl být dán v systému maximalizace užitku. Maximalizace bohatství tak vylučuje nároky založené čistě na žádosti (desire) – nároky nepodpořené ochotou (implikující schopnost) zaplatit.“⁸⁵

V příkladě s papírnou by tedy soud podle Posnera měl brát v úvahu jen sumu, kterou jsou obtěžovaní obyvatelé břehů řeky ochotni zaplatit, pokud by pak byla hodnota těchto peněžních částek vyšší než náklad, který by musela papírna vynaložit na stavbu čističky (v uvedeném příkladě⁸⁶ je tato podmínka splněna), měl by papírně uložit postavit čističku. Skutečné poskytnutí kompenzace by ale nejspíše obyvatelům uloženo nebylo, přitom celkové (papírny i lidí) společenské bohatství bude stále maximalizováno⁸⁷.

⁸⁴ Coleman (1984), str.668.

⁸⁵ Posner (1980), str.243. Hledisko užitku má být podle Posnera maximalizací bohatství aproximováno (spíše než zcela nahrazeno), o.c. 249:

„Maximalizace bohatství je dozajista nedokonale korelována s maximalizací užitku; avšak náklady – vznikající z nejistoty, při protahujících se řízeních a při omylech – tyto náklady používání užitku jako právního standardu svědčí ve prospěch argumentu pro použití bohatství jako odhadu (proxy) užitku.“

⁸⁶ Viz pozn.č.63.

⁸⁷ Papírna utrpí ztrátu 1mil Kč, zatímco všichni obyvatelé z okolí řeky získají v souhrnu hodně přes 1mil Kč, které by – pokud by byly naplněny předpoklady Coasova teorému – byli i reálně ochotni zaplatit,

Problematickým se jeví právě ústřední pojem bohatství a jeho maximalizace. Jak namítl především Dworkin (1980a)⁸⁸ není jasné, proč by (společenské) bohatství mělo být žádoucím hodnotovým cílem a usuzuje, že ani pojetí Posnerovo (tedy že bohatství takovým cílem a hodnotou, nebo alespoň jejich součástí, je) ani Calabresiho (který pokládá bohatství nikoli za cíl, ale za prostředek dosahování určitých jiných hodnot⁸⁹) není správné ve vztahu k hodnotám, jež má právo sledovat a naplňovat. Dworkinova kritika se soustřeďuje na nejednoznačný vztah ekonomické analýzy práva, založené na kritériu maximalizace bohatství, a utilitarismu⁹⁰ – jakmile je totiž podle Dworkina oddělen pojem společenského bohatství od užítku, ztrácí se jakákoli možnost považovat bohatství za součást hodnot (component of value), na což navazuje kritikou představy, že mezi spravedlností⁹¹ a bohatstvím panuje vytěsňující vztah (trade-off). Odhlédnuto od této kritiky, neboť, jak se domnívá Calabresi, o.c., jde ve většině případů pouze o verbální spor⁹², nelze Posnerovi upřít, že vytvořil patrně nejpraktičtější aplikovatelný standard efektivity ekonomie blahobytu.

v Kaldor-Hicksovském smyslu je tedy nastala situace efektivity (zde je navíc zároveň výsledkem Paretovského optimum).

⁸⁸ Ponechám stranou jeho námitky směřující spíše proti Paretovskému pojetí efektivity a některým úskalím Coasova teroému (zmiňuje cykličnost maximalizace vlivem určitých iracionálních charakteristik subjektivního oceňování a vývojovou závislost – path dependence).

⁸⁹ Viz Calabresi in Posner a Parisi (2002). Calabresiho postoji je blízký také názor Richtera (2008), str.59, přičemž z jeho citace Posnera vyplývá, že mezi Calabresiho a Posnerovým pojetím se nejedná o spor nijak zvláště zásadní, k čemuž ostatně dochází též Dworkin, o.c., společnou kritikou obou autorů.

⁹⁰ Který se jeví být základem maximalizace bohatství, nicméně Posner utilitarismus odmítá.

⁹¹ Zde ovšem chápáné ve smyslu spravedlivé distribuce.

⁹² Pojem spravedlnosti, jak je obecně chápán, podle něj zahrnuje ze značné části právě maximalizaci bohatství, tak jak je definována, a pokud by se spravedlnost dostala do konfliktu s efektivností, spravedlnost by měla převážit. K odlišnému (a vůči Dworkinově postoji již zřetelněji nekompatibilnímu) postoji viz Posner (1986), např. str.25, podle Posnera je spravedlnost, chápáná jako distributivní, závislá na mimoekonomickém (politickém, legislativním) určení určitého přijatelného stupně nerovnosti, zatímco obecné chápání spravedlnosti Posner *ztotožňuje s pojmem efektivnosti*. Především spravedlnost v tomto druhém smyslu (tedy spíše spravedlnost jako pořádek či řád) je klíčovou oblastí, na kterou se L&E zaměřuje, srov. Hardin (1992), str.359. Z uvedeného vyplývá možná na první pohled zvláštní myšlenka, že právními pravidly není vhodné sledovat distributivní cíle (ty mohou být mnohem lépe naplňovány prostřednictvím daňového systému), přičemž tvorba pravidel (u většiny těchto autorů se přirozeně jedná

Je zřejmé, že L&E považuje v různých variacích efektivnost za svůj základní morální princip⁹³. Vedle maximalizace bohatství neopouštějí někteří autoři ani myšlenku vztahovat efektivnost k Paretovu principu. Zajímavým momentem je to, že použije-li se hledisko Paretovského zlepšení, nelze ospravedlnit jiné kritérium spravedlnosti, neboť každé jiné takové kritérium zhoršuje ve svém důsledku postavení některých jedinců:

„...v širším smyslu byla položena otázka, která pojetí správného (right), spravedlnosti (justice) a spravedlivosti (fairness) se dostávají do konfliktu s Paretovým principem. Odpověď, jak se ukázalo, je, že v zásadě všechna taková pojetí s Paretovým principem kolidují, pokud nezávisejí výlučně na užitečných jednotlivců – tedy, pokud nejsou reformulací welfarismu.“⁹⁴

Zřetelně zde vyniká individualistický základ ekonomického přístupu k právu, kdy společenský užitek je pouze souhrnem uspokojení individuálních, a není zde žádný prostor pro na jednotlivcích nezávislé faktory typu veřejného zájmu. Jakékoli jiné morálně-filosofické přístupy⁹⁵ k právu se dostávají podle Kaplowa a Shavella (2000) do kolize s požadavkem (Paretovské) efektivity⁹⁶ a adherenti těchto přístupů podle nich nutně akceptují postoj, že je žádoucí přijímat opatření (policies), která mohou každému uškodit⁹⁷.

1.2.2.2 Odlišná pojetí efektivnosti

Paretovská efektivnost se potýká s problematickým praktickým uplatněním, Kaldor-Hicksovské kritérium trpí neodstranitelnými vnitřními nekonzistentnostmi

především o *judicial rule-making*) má sledovat jediný cíl – efektivnost; nikoli nezajímavá je tato úvaha např. v kontextu ochrany spotřebitele, pracovního práva či řešení insolvence.

⁹³ Hardin (1992), str.334.

⁹⁴ Kaplow (2005), str.3.

⁹⁵ Cooter (1987) obdobně jako zde Kaplow a Shavell tvrdí, že Paretův princip je právě tím principem, který má z hlediska efektivnosti vést (právní) politiku s tím, že jako kritéria používá hledisko individuální svobody (mezi svobodou a maximalizací bohatství shledává konflikt).

⁹⁶ Výslovně zmiňují Kantův kategorický imperativ, Harsanyiův a Rawlsův koncept závoje nevědomosti (veil of ignorance) a tzv. zlaté pravidlo (Golden Rule, výkladové pravidlo anglického práva, zde nejspíše v jeho širší verzi, ukládající konformitu interpretace s určitými principy veřejné politiky).

⁹⁷ Ibid, str.249.

a Posnerova maximalizace bohatství je navíc rozporována pro nikoli zcela vyjasněný pojem společenského bohatství, přesto mohou být a jsou všechna tato tři kritéria používána ekonomickou analýzou práva (při uvědomění si jejich omezení a smyslu). Nejedná se ovšem o jediná hlediska efektivnosti práva, která byla formulována, byť jiná pojetí lze snadno označit za méně užívaná, ojedinělá či dokonce zcela marginální. Ostatní hlediska efektivnosti vesměs opouštějí statický pohled na svět (všechny tři standardy uvedené výše porovnávají řadu stavů, nikoli dynamický průběh) a zakládají se v nějaké podobě na moderním evolucionistickém přístupu, nebo jsou libertarianistickým konceptem. Šíma (2004), str.78 až 84, uvádí dva takové koncepty a konstruuje dále vlastní. Jednak zmiňuje koncept adaptivní efektivnosti D.Northa, blízký teorii vývojové závislosti, ten odmítá závěr o efektivní evoluci (k němuž vede užití chicagské analýzy) a říká zhruba tolik, že neefektivní instituce mohou ve vývoji přetrvávat z důvodu existence vysokých transakčních nákladů. Dále uvádí pojetí neefektivních umělých překážek na trhu (J.Buchanan) a konečně definuje vlastní systém zvyšování efektivnosti na podnikatelských rozhraních⁹⁸.

Na závěr subkapitoly o konceptech efektivnosti v ekonomické analýze práva se zmiňme o efektivnosti práva, tak jak je tento pojem chápán v české právní literatuře. Marek (2006), str.10 a násl., se odvolává na funkční pojetí P.Hajna a považuje za míru efektivnosti právní úpravy uskutečňování jejích funkcí⁹⁹. Z dále uváděného však již hodnotící kritérium obdobné ekonomické analýze práva nevyplývá. Knapp (1995), str.35, pak uvádí, že:

„[p]rávní norma je efektivní, jestliže – velmi zjednodušeně vyjádřeno – svého účelu dosahuje, a v té míře, ve které ho dosahuje.“

Vedle toho, že z těchto pojetí efektivnosti relativně zřetelně plyne rozdíl mezi ekonomickým (zaměřeno na jednání normě či rozhodnutí podřízeného jednotlivce) a určitým právním pojetím (zaměřeným na normu), lze se zde celkem s jistotou obávat, že takové pojetí efektivnosti práva toho o působení práva ve společnosti mnoho nevypraví, neboť zamýšlený účel právní normy se může od účelu skutečně

⁹⁸ Jedná se o podobný přístup jako u Kirznera (1998) a jako v celé rakouské ekonomii od L.v.Misese a v jistém smyslu též J.A.Schumpetera.

⁹⁹ Marek (2006), str.11.

dosahovaného nesmírně odlišovat, byť může být na první pohled naplněn¹⁰⁰. Tím naprosto není řečeno, že zákonodárce či soudce nedosáhne efektivních výsledků, konkrétně třeba Posner (1979) poukazuje na opak (k neefektivnímu výsledku může vést právě snaha o explicitní aplikaci principů L&E, pokud není daná materie soudcem zcela pochopena). Ale právníkovo hodnocení efektivnosti dané normy či rozhodnutí na základě jeho nepřiliš jednoznačně definované funkce může být zavádějící, ekonomická efektivnost, která v pojetí L&E *je touto funkcí*, se zdá poskytovat přeci jen z hlediska teorie zajímavější rámec.

1.2.3 Calabresiho katedrála

Coasův teorém a různé přístupy k problému efektivnosti pracují vždy s určitým rozdělením subjektivních práv (entitlements). Ekonomové standardně považují tato práva za svým způsobem daná a v analýze s nimi zacházejí spíše intuitivně a implicitně. Významným přínosem L&E je pak právě rozšíření (ekonomické podstaty) analýzy o tento pojem subjektivních práv, způsob jejich ochrany a vynucování, a především různé formy jejich alokace. Upozornění na nutnost systematického rozlišování mezi různými subjektivními právy bylo v původem v podstatě výlučně americké literatuře nutné pro systematizaci ekonomického přístupu, neboť ve srovnání s evropskou kontinentální právní vědou byl (a je) anglo-americký přístup vesměs kazuistický¹⁰¹. Dodnes přijímanou klasifikaci vytvořili G.Calabresi a D.Melamed v již klasickém článku *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral* (1972). Jimi zavedené kategorie subjektivních práv zde označíme (především ve snaze zamezit terminologickým zmatkům) jako „schémata“; Calabresi a Melamed (1972) tedy rozlišili:

- a) vlastnické schéma subjektivních práv (property rules),
- b) odpovědnostní schéma subjektivních práv (liability rules) a
- c) nezcizitelné schéma subjektivních práv (inalienability rules).

¹⁰⁰ Problematickou bude hierarchie množství možných účelů a různých norem sledujících rozličné dílčí cíle. Marek (2006) si sice toto nebezpečí uvědomuje, ovšem odkazuje pouze na nalezení vhodné „míry“. To může být celkem dobrým intuitivním vodítkem řešení konkrétních právních věcí, z hlediska teoretického poznávání práva se ovšem nejedná o nějak cenný poznatek.

¹⁰¹ Calabresi a Melamed (1972), str. 1089.

Je třeba zdůraznit, že zvláště pojmy „vlastnický“ a „odpovědnostní“ jsou zde používány ve vyhraněně institucionálně-ekonomickém smyslu.

Vlastnické schéma je takovým režimem vymezení subjektivních práv, kdy jediným přípustným způsobem převodu těchto práv je dobrovolná směna mezi tím, komu náleží daný předmět na základě subjektivního práva s vlastnickým schématem, a tím, kdo o získání tohoto předmětu usiluje. Jinak řečeno, rozhodnutí o alokaci (o uskutečnění směny) tohoto práva je výsadou držitele subjektivního práva, zatímco náklady této alokace nese druhá strana¹⁰². Pokud je do subjektivních práv vlastnického schématu zasáhnuo bez souhlasu oprávněného, následuje obvykle (represivní) sankce.

Naopak v případě odpovědnostního schématu může být do subjektivních práv jiného zasáhnuo bez jeho předchozího (*ex ante*) souhlasu, následně ale musí být poskytnuta určitá kompenzace. Tato kompenzace je obvykle určena soudem nebo obdobným orgánem na základě určitých objektivních hledisek (Calabresi a Melamed hovoří o „kolektivně“ určených nákladech) a má tedy zcela odlišnou povahu od hodnoty převáděného subjektivního práva ve vlastnickém schématu, která je výsledkem dobrovolně projevených preferencí obou stran. V jistém smyslu se tak vlastnické schéma blíží Paretovskému principu, zatímco odpovědnostní schéma připomíná Kaldor-Hicksovské kritérium (ačkoli u odpovědnostního schématu alokace subjektivních práv je určitá kompenzace vždy vyžadována).

Poslední kategorií¹⁰³ jsou subjektivní práva v nezcizitelném schématu, která lze chápat v obvyklém smyslu – jedná se o práva, jejichž zcizení společnost brání, a chrání je tak i proti vůli dotyčného subjektu.

Z hlediska analýzy jsou nejzajímavější první dvě schémata – vlastnické a odpovědnostní. Tyto představují v zásadě navzájem substituovatelné režimy subjektivních práv, přičemž vhodnost jednoho nebo druhého spočívá na konkrétním charakteru transakčních nákladů. Pokud jsou transakční náklady relativně nízké, bude nejspíše vhodnější stanovení vlastnického schématu pro alokaci (směnu) subjektivních

¹⁰² Obdobně srov. Friedman (2000), str.48.

¹⁰³ Friedman (2000) dále odlišuje již zmiňovanou Pigoviánskou daň ve formě uvalování dodatečných nákladů na činnost způsobující negativní externalitu, a to jako svého druhu kompenzaci (obdobně odpovědnostnímu schématu), která však není poskytována poškozenému, ale je vybírána státem s cílem ovlivnit negativní chování škůdce.

práv. Příkladem může být většina případů dobrovolné směny. Naopak jsou-li transakční náklady vyšší, může být namísto spíše použití odpovědnostního schématu subjektivních práv, ovšem nikoli nutně, neboť ani toto schéma nemusí vést k efektivnějšímu výsledku, jsou-li vysoké náklady též na uplatnění daného subjektivního práva (před soudem)¹⁰⁴. Univerzálnímu užití odpovědnostního schématu totiž brání především vysoké informační náklady, které by při rozhodování třetí nezúčastněnou stranou nevyhnutelně vznikaly.

Optimální „design“ struktury práva zahrnuje pak nutně všechny tři schémata subjektivních práv. Některá ústavně zaručená práva jsou chráněna v rámci nezczitelného schématu, část práv spadá do z hlediska Paretovského principu nejpřísnějšího vlastnického schématu a patrně největší část subjektivních práv je alespoň v určitém ohledu ovlivněna flexibilním odpovědnostním schématem¹⁰⁵.

Tato různá navzájem nahraditelná (ale v různých podmínkách nestejně vhodná) schémata subjektivních práv jsou oním Calabresiho jedním možným „pohledem na katedrálu“ Law & Economics. Zde pak lze shrnout dosud vyložené tři základní „pohledy na katedrálu“:

„Toto jsou základní elementy ekonomického přístupu k právu: (1) obecný rámec vlastnických práv, která mohou být za určitých podmínek (náklady nezatížené transakce) alokována bez ohledu na jejich efektivnost, neboť neefektivní alokace budou napraveny směnou (Coasův teorém), (2) obecný princip alokace subjektivních práv pokud uvedené podmínky nejsou naplněny (Posnerův princip práva jako imitátora trhu), a (3) obecný rámec ochrany již nabytých subjektivních práv (Calabresiho a Melamedovo rozlišení vlastnického [schématu] a odpovědnostního [schématu] subjektivních práv).“¹⁰⁶

¹⁰⁴ Půjde pak o situace, kdy vzniká prostor pro veřejnou (plošnou) regulaci. Ta může mít pak podobu buď stanovení konkrétních zákazů či příkazů, nebo Pigouovské daně.

¹⁰⁵ Např. kvůli možnosti vyvlastnění nebo při mimosmluvní odpovědnosti za škodu je též vlastnictví v právním smyslu v určitých ohledech subjektivním právem v odpovědnostním schématu v uvedeném pojetí.

¹⁰⁶ Coleman (1984), str.661.

1.2.4 Informace a kognitivní dispozice

Cenová teorie (přístup neoklasické ekonomie), Coasův teorém, pojetí efektivnosti a subjektivních práv tvoří základní rámec standardního Law & Economics. Další koncepce, pojmy a rozličné modely lze rozdělit do dvou skupin: snažící se o lepší zohlednění transakčních nákladů a pokusy o nahrazení předpokladu neomezené racionality odlišným a skutečnosti bližším přístupem¹⁰⁷. Zde jen v náznaku zmíním některé tyto nejvýznamnější koncepce, neboť pro orientaci v L&E nejsou zcela nezbytné a komplexnější úvod by mnohonásobně přesáhl možnosti této kapitoly, v ohledu na problematiku smluv se ale několika z nich budu podrobněji zabývat dále.

Lepší zohlednění transakčních nákladů se projevuje hlavně ohledem na cenu a využívání informací za podmínek nejistoty. Informace jsou běžně v modelech zohledňovány v rámci předpokladů úplné nebo dostatečné informovanosti subjektů. Jak se ale ukázalo, informace jsou významným faktorem ve vyjednávacím procesu a není-li (jak je v realitě běžné) dána dokonalá informovanost, mají svou cenu a významným způsobem ovlivňují chování jedinců. Nejzřetelnějším příkladem je tzv. asymetrická informace, která se projevuje tehdy, má-li jedna strana transakce (prodávající) vyšší míru relevantních informací než strana druhá (kupující). Klasikou v tomto směru je esej Akerlofa (1970), který v podstatě zjistil, že dlouhou dobu známý *Greshamův zákon* (týkající se „mizení“ hodnotnějších mincí z peněžního oběhu) má obecnou platnost¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Např. Richter (2008), str.53, zahrnuje omezení racionality pod „společný jmenovatel“ transakčních nákladů, jejichž zajímavé dělení nabízí; vzhledem odlišným možnostem konceptualizace a formalizace zde ponechám otázku transakčních nákladů v přístupu ekonomie informací a ostatní specifické snahy o odstranění předpokladu racionality samostatně – v ekonomii informací je tato možnost (zatím) mnohem vyšší, koncept omezené racionality (bounded racionality) je v rámci modelů dnes představován právě především různým vyjádřením nedokonalosti informací, srov. Schäfer (2004), str.59. Např. Kirzner (1998) ale upozorňuje, že zahrnutí nejistoty a informací předpoklad dokonalé racionality neodstraňuje a naopak jej implicitně zahrnuje.

¹⁰⁸ Jeho příklad se týká trhu s ojetými automobily (v anglickém slangu „lemons“ čili „citróny“, zemitý český ekvivalent by byl asi „šunky“), přičemž jde více než jen o zjištění, že prodávající má o prodáváném voze lepší informace (např. že bylo bouráno, že chladič je jen provizorně opravený), které se bude snažit neodhalovat a docílit tak vyšší než adekvátní ceny, trh totiž absorbuje toto riziko a přestane důvěřovat i těm, kteří prodávají skutečně bezvadný automobil, dochází tedy k neefektivnostem, protože ceny neodrážejí skutečný stav vozu jako spíše míru špatných ojetin na trhu.

Obdobně je informační asymetrií ohrožen vztah „pána a správce“ (principal-agent), kde vznikají významné náklady zastoupení (agency cost). Informační asymetrie v obou případech vede k oportunistickému chování, tedy jednání strany disponující informační výhodou na úkor druhé strany (ať již se jedná o smluvní strany nebo je mezi nimi vztah podřízenosti). Specifickou problematikou jsou dále otázky tzv. kolektivní akce (určitým aspektům – např. Arrowově teorému nemožnosti – jsem se věnoval v poznámkách k Paretovské efektivnosti).

O nahrazení předpokladu dokonalé racionality dále usiluje behaviourální a kognitivní ekonomie, které si všímají, že průměrné lidské jednání je zatíženo systematickými odklony (biases) od úplně racionálního rozhodování. Eisenberg (1995) jmenuje tyto běžné odklony od racionálního chování: pokud se má jedinec rozhodovat na základě určité pravděpodobnosti, klade neodůvodněně větší pravděpodobnost těm faktům, které jsou mu již známy; pokud jde o úsudky o charakteru celku, mají lidé tendenci rozhodovat se na základě nereprezentativně malých vzorků; lidé nadhodnocují současné zisky a náklady oproti budoucím; nejistota ohledně budoucích událostí je podceňována¹⁰⁹. Poslední dva body bývají též někdy zkoumány jako tzv. nekonzistentnost rozhodování v čase (*time inconsistency*), jež bývá v ekonomii formálně popisována parabolickým diskontováním budoucích nákladů a výnosů. Richter (2008) v obdobném duchu poukazuje na fakt, že lidé mívají sklon neuvažovat náklady příležitosti¹¹⁰ a naopak nechávají svá rozhodnutí záviset na utopených nákladech¹¹¹. Schäfer (2004), str.59 a násl., pak doplňuje ještě tendenci k přemýšlení v určitých zažitých či typických scénářích a „plíživý determinismus“, tedy sklon k přehánění pravděpodobnosti (nevyhnutelnosti) událostí, které již nastaly.

¹⁰⁹ Eisenberg (1995), str.220 a násl. Eisenberg jako základní problém uvádí lidem vrozený sklon k optimistickým úsudkům ohledně jim neznámých faktů. Jako příklad cituje několik studií, ze kterých vyplývá, že lidé hodnotí v naprosté většině své šance a postavení jako nadprůměrné – např. téměř 90% řidičů se prý domnívá, že jejich řidičské schopnosti jsou nadprůměrné, a 97% lidí se podle jiné studie domnívá, že mají průměrnou či nadprůměrnou schopnost vyhnout se při jízdě na kole srážce s motorovou sekačkou na trávu (srov. o.c., str.216).

¹¹⁰ Tzn. příjmem za jiné využití kapitálu, kterého se člověk vzdává, když tento kapitál využívá jinak (i lépe), nebo jej nevyužívá vůbec.

¹¹¹ Tj. nákladech, které představují již utrpenou ztrátu. Klasickým příkladem je člověk mající tendenci sníst i kyselé nezralé jablko, přestože mu vůbec nechutná, „když už za něj dal ty peníze“.

1.3 Snadné odmítnutí ekonomické analýzy práva

Law & Economics, některá jeho východiska, nástroje, stejně jako závěry, nejsou rozhodně bez kontroverzí. To ovšem naprosto neznamená, že nejsou správné a nemohou být významným obohacením právního přístupu. Ten je charakteristický deskriptivním zkoumáním práva¹¹² a úsudky „co býti má“, což je nevyhnutelné a jedná se o specifickou metodu, kterou není třeba - a nelze - odmítat. Ekonomický přístup je naopak založen na teorii a konstrukci zjednodušených modelů, běžně se lze setkat s teoriemi protichůdnými, založenými na evidentně absurdních předpokladech, chybí vynutitelná přesvědčivost právní normy. Přesto je L&E (ekonomie metodou, právo předmětem) dnes v mnoha otázkách teorie práva jistě jednou z nejlepších dostupných metodologických bází.

Jistě mnohdy padla a ještě padne otázka: dobře, ale k čemu je to prakticky – k ničemu ne? Zde jsou na místě dvě odpovědi. Odpověď první je, že prakticky je ekonomická analýza velmi užitečná při exaktnějším formulování dříve pouze intuitivně či vágně vyjadřovaných problémů a je významnou pomocí při konstrukci právního řešení. Příkladem je oblast *Corporate Governance* a souvisejících otázek korporátního práva, jak bravurně dokládá v celé své práci o insolvenčním právu Richter (2008); na poli antimonopolního práva je potřeba ekonomického přístupu pak ještě zřetelnější a nedostatky v tomto ohledu byly jednou z hybných sil modernizace komunitárního práva hospodářské soutěže. Odpověď druhá má méně „praktickou“ dimenzi, ale dost možná je o to významnější. Ekonomická analýza práva je právně-filosofickou základnou, která má potenciál s hlubokým vhledem doplnit standardní právně-teoretické přístupy a ovlivnit tak doktrínu, stejně jako vztah k právní politice. Efektivnost regulace je zásadní otázkou, ať již se jedná o finanční trhy, zdravotní péči, ochranu spotřebitele nebo procesní instituty, L&E umožňuje odhalit širokou škálu možných konsekvencí.

Změna postoje k ekonomii je základním předpokladem možnosti jejího smysluplného využití. Dovoluji si tvrdit, že ve většině právníkové obce (přestože relevantní povědomí mezi právníky bude nejspíše vyšší než obecné) je ekonomie většinou zaměňována za finanční vědu, za účetnictví, podnikové plánování nebo za pouhé statistiky národních účtů, a úsilí o obhájení vypovídací schopnosti ekonomie

¹¹² Veljanovski (2006), str.55.

o právu má naději být přijato spíše jako „podezřelý“ experiment (ač se jedná o téměř půlstoletí zavedený akademický obor). Pokud již se pak ekonomické teorie na výše popsaném základě užije, a priori odmítnutí je pravděpodobnou reakcí. Ovšem je tedy i otázkou právního vzdělávání, bude-li důraz kladen na široký záběr pozitivně-právních disciplin, nebo bude upřednostněn (alespoň jako alternativní či doplňkový) multidisciplinární přístup, jehož potenciální jádro by mohlo spočívat právě v ekonomické analýze práva.

1.3.1 Kam se podělo evropské Law & Economics

Jednou z nejčastějších výtek proti L&E v evropských podmínkách bývá, že je to „americký import“ a případně, že se jedná o obor vhodný jen pro studium *common law*¹¹³. Z části je to pravda, „velikáni“ L&E jako R.Posner nebo G.Calabresi přirozeně zasazují své práce do amerických reálií, klasické učebnice jsou obsahově řazeny podle americké systematiky práva¹¹⁴ a mnoho otázek je spojeno s *common law* soudnictvím. V USA také není víceméně potřeba ekonomický přístup principiálně obhajovat.

Nicméně z části je tato amerikanizace L&E již překonávána (ostatně v L&E jde o metodu více než o konkrétní poznávaný právní systém). Učebnice Veljanovského i Schäfera, ze kterých v této práci cituji, jsou obě původem evropské texty (Velká Británie a Německo), učebnice J.Šímy (ač stojící mimo hlavní proud L&E) a T.Richtera jsou pozoruhodnými pracemi českých autorů. V Evropě vznikají zhruba od poloviny 90.let odborné časopisy¹¹⁵, objevují se specializované kurzy na univerzitách¹¹⁶ a v poslední době též kvalitní blogy¹¹⁷. Dau-Schmidt (2005), který se zabývá právě

¹¹³ Srov. především analytickou část této práce.

¹¹⁴ „Klasická“ struktura L&E učebnic většinou začíná s „property“, dále „contracts“, přes „torts“, „corporations“ a „antitrust“ ke „common law process“ a „criminal law“.

¹¹⁵ Především *European Journal of Law and Economics* vydávaný od roku 1994.

¹¹⁶ Nejvýznamnějším příkladem pak bude LL.M. program pod záštitou EU *European Master in Law and Economics* (www.emle.org).

¹¹⁷ Nově např. blog členů *European Association of Law and Economics* (EALE), mezi nimi H.Lando a H.-B. Schäfer (ealeorg.blogspot.com). EALE je ale svým způsobem zároveň dokladem o ne zcela ideálním postavení L&E v evropské akademii: jak na uvedeném blogu konstatuje H.Lando, mnoho prominentních členů EALE (např. G.d.Geest, N.Garoupa či F.Parisi) je dnes usídleno na významných univerzitách

rozdílným přijímáním L&E v USA a v Evropě, se domnívá, že ekonomická analýza práva bude i v Evropě nabývat na důležitosti – též pod vlivem evropské integrace (a rostoucí role evropského *case-law*).

Tedy, dovolím-li si trochu patetičtější tón – kam se podělo evropské L&E? – nikam, už je tady a časem „nebude úniku“.

v USA. Výmluvné je také, že z webové adresy www.eale.org je návštěvník přesměrován na adresu Univerzity v Haifě (Izrael), která je v jistém smyslu domovskou univerzitou EALE.

2 Smlouva v Law & Economics

V předcházející části jsem se pokusil nastínit základní přístup Law & Economics, který je aplikovatelný na většinu zkoumaných oblastí práva. Problematika Coasova terorému a efektivnosti se vine ekonomickou analýzou práva (a též touto prací) jako centrální *leitmotiv* a společně s fundamentálními mikroekonomickými nástroji vytváří základnu, ze které již lze započít s Law & Economics analýzou aplikovanou na konkrétní právní struktury.

Než přejdu k samotné ekonomické analýze institutu smlouvy, zastavím se krátce u tradiční právní dogmatiky. K pojmu smlouvy v právním pojetí lze uvést celou řadu různých definic (i vzhledem k tomu, že platné české soukromé právo samo definici smlouvy neobsahuje¹¹⁸), z tradičních lze uvést následující:

„Smlouva spočívá na vzájemných a obsahově shodných projevech vůle dvou nebo více smluvních stran, směřujících ke vzniku, změně či zániku práv a povinností, které právní předpisy s takovými projevy vůle spojují.“¹¹⁹

V této definici (a podobně tomu bude v přístupu právníků pochopitelně obecně dosti často) je kladen důraz na platnou právní úpravu, která má dle všeho teprve dávat smlouvě a jednáním směřujícím k jejímu vzniku smysl. Oproti tomu přistupuje ekonomická analýza práva ke smlouvě jako k instituci, která vzniká jako důsledek určitých podmínek vnějšího světa (především vzácnosti zdrojů, ale též transakčních nákladů, nedokonalé informovanosti, nejistoty atp.), ve kterém k lidskému jednání a kooperaci dochází, normy platného práva mohou tedy (s různou mírou efektivnosti) nastavovat pravidla vzniku, změny, zániku a vynucování smluvních práv a povinností, nemohou ovšem smlouvu jako instituci vytvořit ani zrušit. K ekonomickému pojetí se podle mého názoru dosti blíží definice, již uvádí Eliáš (2008):

„Smlouvu lze vymezit jako (složený) právní úkon, tvořený projevy vůle (právními úkony) alespoň (a zpravidla) dvou stran, jehož podstatou je konsensus.“

¹¹⁸ Což je nejspíše dobře, stejně jako je v pořádku, že k takové definici nepřikročila ani připravovaná rekodifikace českého soukromého práva (srov. vládní návrh občanského zákoníku, § 1583 a násl.).

¹¹⁹ Knappová, Švestka a Dvořák (2005), str.146.

Konsensus je objektivně seznatelná společná vůle stran směřující k uzavření smlouvy, vůle stran po shodě a vzájemné závaznosti.“¹²⁰

Konsensus jako základ smlouvy pojetí L&E rozhodně neodporuje, ani se s ním však v některých zásadních ohledech nemusí nevyhnutelně zcela shodovat. Ekonomická analýza totiž bude chápat tento konsensus (projev smluvní autonomie) jako výsledek vyjednávání, podmíněného určitou *ex ante* existující Pareto-suboptimální situací, jehož cílem je efektivní alokace zdrojů. S pojmy jako je závazek, projev vůle či právní úkon pak ekonomická analýza nepracuje (resp. nejsou pro její postup určující), kontraktem rozumí právě jenom instituci, která napomáhá lidem dosáhnout jejich určitých cílů v prostředí sub-optimální alokace omezených zdrojů a většinou též nenulových transakčních nákladů.

Ve vztahu ke konkrétnímu právnímu pojetí smlouvy (právnímu rámci uzavírání, plnění a vymáhání smluv, ať již jsou to požadavky podstatných náležitostí smluv, konstrukce jednotlivých smluvních typů, či různá kogentní omezení smluvní volnosti, stejně jako doktrinální a výkladové přístupy) je ekonomická analýza práva nástrojem hodnocení (efektivnosti), kontextuálního výkladu a případně úvah *de lege ferenda* (normativní Law & Economics). Je možná na úvod této hlavní teoretické části mé práce dobré opětně upozornit, že cílem ekonomického přístupu není vytvářet „paralelní normativní systém“ s ambicemi nahradit pozitivní právo, jeho smyslem je naopak napomáhat tvorbě a realizaci práva. Efektivnost je při tom základním (nikoli ale nutně jediným, a nikoli ani zcela jednoznačným) imperativem.

2.1 Ekonomická analýza smluvního práva a smluv

Je třeba nejdříve rozlišit různé směry analýzy podle předmětu: zkoumat lze jak smlouvu jako „instituci“ (v ekonomickém smyslu), tak právní pravidla, podle kterých se smluvní strany řídí, tedy smluvní právo. V prvním případě se jedná spíše o zkoumání směnných vztahů a alokační efektivnosti (někdy se hovoří též o ekonomii smluv¹²¹), v druhém případě jde o pro L&E typičtější analýzu působení incentívů, které právo vytváří, nebo by v zájmu efektivnosti vytvářet mělo. V této části se zaměříme především (ale nikoli výhradně) na druhý z těchto směrů analýzy.

¹²⁰ Eliáš (2008), str.275.

¹²¹ Eggleston, Posner a Zeckhauser (2000), str.93.

Často zmiňovaným pojmem bude nadále v této práci „smluvní právo“. Rozumím jím soubor právních norem v zásadě z vícero odvětví práva, působících (ať již *ex ante* – především hmotněprávní normy, nebo *ex post* – častěji předpisy procesního charakteru) na utváření, plnění a vymáhání smluv. Pod jeho vymezení lze zařadit širší okruh norem (byť jeho předmět je užší¹²²) než pod zavedený pojem závazkového práva. Ovšem pojem „smluvního práva“, jako předmětu ekonomické analýzy práva, nelze chápat ani jakýmsi fatalistickým prismatem a usilovat pak o neomezenou analýzu všech právních pravidel s nějakým, jakkoli okrajovým významem pro oblast smluv¹²³; vymezení co je a co není v konkrétním typu (či dokonce v jednotlivém případě) smluvního vztahu relevantním smluvním právem nebude ovšem nijak jednoduché a bude se nepochybně jednat o integrální součást analýzy¹²⁴. Jak ostatně uvádí J. Basedow v podobném duchu:

„V literatuře z oblasti Law & Economics je běžným zjevem, že autoři hovoří o 'transakcích' a jejich právním rámci. Při bližším pohledu zahrnují tato vyjádření všemožné druhy právních pravidel, která mohou působit na průběh a vynucování transakce, například pravidla upravující právní způsobilost osob, předpisy soutěžního práva a práva nekalé soutěže, další ekonomické regulace, též právní rámec vymáhání práv ze smluv a dokonce normy upravující dlužníkovu insolvenční. I když všechna tato pravidla mají vliv na průběh transakce, a tedy na maximalizaci bohatství, ekonomická analýza by měla tyto rozdílné typy pravidel podrobovat diferencovanému zkoumání, nemá-li být odmítána jako povrchní.“¹²⁵

V souladu s tímto požadavkem, tedy nepokoušet se obsáhnout na obecné úrovni rozsáhlou škálu problematiky práva upravujícího směnu, se v této části zaměřuji na takové aspekty smluv a smluvního práva, které mají pokud možno základní význam pro subtilněji a účelově chápanou oblast smluvního práva¹²⁶ a především pro samotnou instituci resp. institut smlouvy.

¹²² Srov. Eliáš (2008), str.1401 a násl.

¹²³ S heslem „vše souvisí se vším“.

¹²⁴ Srov. v analytické části práce rozbor rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR.

¹²⁵ Basedow (2006), str. 59 a 60.

¹²⁶ Rozhodně se proto nepouštím např. do analýzy různých smluvních typů, nebo do rozboru různých kogentních norem platného práva. Srov. kapitolu 2.3 dále.

Ekonomická analýza práva pracuje při zkoumání smluvních vztahů i právní regulace smluv se všemi v obecné části této práce uvedenými nástroji. Coasův teorém je základem pro dovození Paretovské efektivity smluvního vztahu *ex ante*, transakční náklady jsou proměnnou, která individualizuje smlouvy a jednání jejich stran tím, že v konkrétních podmínkách vytvářejí potřebu plnění specifických funkcí smlouvy: obecně lze říci, že bez existence transakčních nákladů by konstrukce a zajištění směnného vztahu smlouvou potřeba nebylo. Konečně pravidelně je užíváno Kaldor-Hicksovské kompenzační kritérium a efektivnostní standard maximalizace bohatství (pokud se v následujícím textu bez dalšího hovoří o efektivnosti, míním tím bez dalšího právě efektivnost ve smyslu Kaldor-Hicksovského zlepšení).

Smlouvy jsou uzavírány lidmi s cílem koordinovat ekonomickou činnost a uspokojovat potřeby. Jak bylo ukázáno dříve, při neexistenci transakčních nákladů jsou smlouvy uzavírány a plněny bez ohledu na existující právní režim, tedy i ve světě bez jakéhokoli práva a vynutitelných závazků. V okamžiku, kdy striktní předpoklad nulových transakčních nákladů opustíme, začne vynikat především fakt, že smluvní vztah trvá určitou dobu v čase a že obvykle bývá součástí určitého posloupného řetězce vztahů a událostí¹²⁷. V takovém prostředí závisí plnění smluv na (vnějších) událostech, které teprve nastanou a na rozhodnutích stran, která budou teprve učiněna. Coasovské řešení dalším vyjednáváním je pak právě kvůli existenci mnohdy prohibitivní úrovně transakčních nákladů neuskutečnitelné, jindy pak může být zdrojem neefektivnosti¹²⁸. Takové, ve skutečnosti zcela běžné, situace jsou pak důvodem existence smluvního práva, které řeší budoucí, v době vzniku smlouvy nejisté či ještě spíše nepředvídatelné budoucí stavy světa¹²⁹, jež mají vliv na plnění smluvních povinností.

¹²⁷ Posner (1986), str.79.

¹²⁸ Např. kvůli problému vznikajícímu mezi dvěma vyjednávajícími stranami, které nemají alternativu vyjednávání – jedná se o tzv. bilaterální monopol. Jeho důsledkem je značně neefektivní alokace zdrojů, obvykle významných v poměru k hodnotě samotné transakce, které jsou spotřebovávány výhradně na vyjednávání samotné. Pro bližší vysvětlení viz Cooter a Ulen (1988), str.37 a násl.

¹²⁹ V anglických pramenech se běžně pracuje s termínem „contingency“, který můžeme přeložit též jako náhoda či nepředvídatelná změna budoucích vnějších podmínek. V této práci (též jako nadpis jedné z následujících subkapitol) používám termín Richtera (2008) „nejisté budoucí stavy světa“, který dobře vystihuje zaužívaný obsah anglického pojmu.

Dalším důvodem existence smluvního práva je v předchozí části jen zběžně zmíněný problém vyplývající z existence transakčních nákladů při získávání a využívání informací a znalostí a kontroly plnění smluv v čase a prostoru. Jedná se o různé projevy oportunního chování stran smlouvy, které zahrnuje informační asymetrie mezi nimi, a strategické chování v před-smluvním vztahu, při kontraktaci i následně v průběhu plnění smlouvy (zvláště problematika tzv. specifických investic). Oba tyto aspekty, tedy nejistotu ohledně budoucích stavů světa a oportunní chování, podrobněji rozeberu v následující kapitole věnované modelu úplné smlouvy.

Působení práva na smluvní vztah je třeba spatřovat především v působení *ex ante*, tedy při vzniku smlouvy, kdy donucující normy nevyhnutelně usměřují smluvní vztah a dispozitivní ustanovení poskytují určité vodítko, zároveň ale, jsou-li samy neefektivními pravidly, vytvářejí nebezpečí strategického chování stran, které vyjednávají „okolo“ dispozitivní normy. Transakční náklady jsou v této fázi kritériem, které vede strany při sjednávání smluvních podmínek. Dalším hlediskem je přístup *ex post*, kdy již smluvní strany hledají řešení změněné situace – nejčastěji se bude jednat o porušení smlouvy, otázkou pak je, je-li uskutečnitelné patrně vhodnější (efektivnější) řešení Coasovským mechanismem renegociace smluvních podmínek, nebo musí nastoupit řešení určitým vynucujícím právním postupem, zpravidla před soudem.

Postup při naplňování a vynucování neúplné smlouvy a především pak problematika porušení smlouvy a odpovědnosti za něj bude posléze předmětem dalších dvou kapitol této části.

2.2 Úplná smlouva a smluvní volnost

Úplná smlouva (úplně specifikovaná smlouva, *fully specified contract*) je taková smlouva, která obsahuje takový výčet smluvních podmínek, na nichž se smluvní jednání zakládá, který je:

„... explicitně vyčerpávající, jinými slovy: jedná se o takovou smlouvu, která výslovně pamatuje na jakoukoli každou možnou podmínku v určité relevantní množině stavů světa.“¹³⁰

Úplná smlouva tedy obsahuje mezi stranami *ex ante* vyjednanou úpravu vzájemných vztahů pro jakoukoli možnou budoucí událost, která by mohla mít vliv na

¹³⁰ Shavell (2003), str.1.

smluvní vztah včetně těch nejnepravděpodobnějších (např. únos jedné ze stran mimozemskou lodí nebo vypuknutí celosvětové hospodářské krize¹³¹), přičemž cena sjednaná v takové smlouvě odráží ocenění všech takových možných rizik. Je ale celkem zřejmé, že úplná smlouva je pouze myšlenkovou konstrukcí¹³², a ve skutečnosti takovou žádná smlouva nebude. Schäfer (2004) poznamenává, že:

„[k]dyby si Adam a Eva v zahradě Edenu nejdříve sedli, aby vypracovali smlouvu upravující jejich společné aktivity, včetně utržení jablka ze Stromu poznání, a ve které by chtěli identifikovat a alokovat každé možné riziko spojené se snědením tohoto jablka, vyjednávali by o takové smlouvě dodnes.“¹³³

Z toho důvodu, že obě strany smlouvy souhlasily se všemi podmínkami *ex ante*, je úplná smlouva za jakýchkoli podmínek oboustranně výhodná (tj. Pareto-efektivní) a žádné omezení smluvní svobody nebo zásah do vzájemných práv a povinností smluvních stran nemůže být Paretovským zlepšením. V tomto smyslu je tedy smluvní volnost alokativně efektivní a přibližuje společnost stavu, do kterého by vyústila dlouhá série Coasovských vyjednávání mezi jejími členy, tedy do situace, kdy žádné zdroje nemohou být nasměrovány k efektivnějšímu využití.

Otázka spravedlivé distribuce má zcela odlišný rozměr (opět zcela analogicky závěrům Coasova teorému) – jak uvádí Kronman (1980), str.473, (ač sám s tímto přístupem nesouhlasí) existuje v podstatě univerzální shoda mezi ekonomy a teoretiky

¹³¹ Oba příklady pocházejí od Friedmana (2000), str.162.

¹³² Stejně jako dokonale konkurenční trh nebo Coasův teorém, pro obecné vlastnosti úplné smlouvy coby modelu platí, co bylo již dříve uvedeno o ekonomických modelech založených na nerealistických předpokladech. Cooter a Ulen (1988), str. 234 a násl., uvádějí jako předpoklady modelu úplné smlouvy:

1. *podmínky individuální racionality*: a) subjekty mají stabilní preference, b) při jejich uspokojování jsou omezeny vzácností zdrojů a c) snaží se zlepšovat své uspokojení natolik, nakolik jim to omezenost dostupných zdrojů dovolí;
2. *podmínky dokonalého smluvního prostředí*: a) neexistence dopadů smluvního vztahu na třetí osoby (vyločení problému externalit), b) každá strana disponuje dokonalými informacemi o podstatě a důsledcích svých rozhodnutí, c) žádná ze stran nedisponuje významně výhodnou vyjednávací silou (podmínka dokonale tržního prostředí a dobrovolnosti směny) a d) nulové transakční náklady.

¹³³ Schäfer (2004), str. 279.

L&E, že zásahem do smluvní svobody a konstrukcí právních pravidel, kterými se smlouvy upravují, *nelze* nijak výrazně redistribučních cílů dosáhnout¹³⁴.

Nemožnost uzavřít úplnou smlouvu je dána především opět existencí transakčních nákladů – vytvoření smlouvy, která by se úplnosti alespoň blížila by bylo nesmírně nákladné a zdlouhavé. Samo vyjednávání o jednotlivých podmínkách smlouvy by stálo značné prostředky (ve zvýšené míře v případě bilaterálního vyjednávacího monopolu) a výsledkem by byl nesmírně dlouhý a složitý dokument, jehož aplikace v praxi by byla problematická. Dalším důvodem jsou pak zmiňovaná kognitivní omezení lidského myšlení (některé – a ani nikoli zcela nepravděpodobné možnosti – budoucího vývoje si nedokážeme představit)¹³⁵ a behaviourální odklony od racionality (určité budoucí scénáře si představit dokážeme, ale iracionálně je nebereme v úvahu).

Úplná smlouva je však spíše jednou z možností smluvní úpravy určitého právního vztahu a není zcela bez substitutů. Substitutem je neúplná smlouva s určitým obecnějším mechanismem nápravy případného porušení smlouvy – jistě nejvýznamnějším takovým mechanismem je odpovědnost za škodu (případně smluvní pokuta)¹³⁶, viz dále. Sama úplná smlouva je pojmově sebevynucující (self-enforcing), neboť v ní obsažená úprava jakékoli možné situace je v každém případě *ex ante* pro každou stranu nejvýhodnější možná.

Mimoto nelze jednoznačně usoudit, že by strany vyjednávání preferovaly úplnou smlouvu před méně komplexní formulací obsahu závazku. Méně než úplnou smlouvu mohou strany preferovat ze strategických důvodů (především by se jednalo o oportunní

¹³⁴ Klasickým projevem úsilí o dosažení sociálních (redistribučních) cílů je snaha rozlišovat silnější a slabší smluvní stranu. Typická jsou takto zamýšlená pravidla a opatření v oblasti pracovního práva a zaměstnanosti - Schäfer (2004), str.275, uvádí, že

„[e]mpirické studie ukazují, že ztráta alokativní efektivity v důsledku [státního] zásahu do smluvní svobody může mnohonásobně převýšit redistributivní efekty. Například v 80. letech intervenovala vláda USA do textilního průmyslu v Texasu. Intervence měla zachránit 116,000 pracovních míst a odhaduje se, že každému zaměstnanci přinesla příjem ve výši \$5600. Náklady v podobě snížení efektivity převýšily 14krát tuto částku. Jinými slovy, americká vláda byla ochotna vydat \$1, aby zamezila dopadům na třetí osobu ve výši 7 centů.“

¹³⁵ Kognitivními hledisky existence pouze neúplných smluv se zabývá Macleod (1996).

¹³⁶ Srov. Shavell (1980). V americké literatuře se hovoří přímo o „damages“, tedy určitém režimu náhrady škody (expectation damages, resp. reliance damages) nebo smluvní pokuty (liquidated damages).

zamlčování určitých informací stranou, která zamýšlí později využít dispozitivního pravidla, které by při odhalení dané informace druhé straně bylo vyloučeno ve prospěch smluvního pravidla pro zatajující stranu méně příznivého¹³⁷). Příkladem takového (či podobného) postupu strany může být (v praxi patrně relativně časté) záměrné nespécifikování smluvních úroků z prodlení se současným stanovením např. smluvní pokuty (na které by druhá strana při výslovném stanovení úroku z prodlení nebyla již patrně přistoupila).

Jinak může být stranami též preferováno „dotvoření“ smlouvy až v okamžiku (*ex post*), kdy nastane stav, který má na efektivnost smluvního vztahu nepříznivý vliv. Takové „dotvoření“ smlouvy může mít podobu renegociace smluvních podmínek (změna obsahu závazku dohodou stran, novace), nebo jej může být dosaženo rozhodnutím soudu, který buď užije dispozitivní normy, nebo – není-li takové – interpretuje obsah stávající smlouvy. V ohledu na problematiku úplné smlouvy je významný zvláště poslední případ¹³⁸ – zde totiž soudní (nebo obdobný) orgán v podstatě rekonstruuje zpětně příslušnou podmínku, jak by byla obsažena v úplné smlouvě, kdyby ji strany byly dojednaly, tj. usiluje docílit efektivní úpravy dané věci.

2.2.1 Nejistota ohledně budoucích stavů světa

Neúplnost smluv ale není dána jen omezeností racionality stran, naopak taková interpretace by mohla vést k chybné úvaze o *ex ante* funkci smlouvy. Neúplnost bude naopak mnohdy právě výsledkem racionálního (efektivního) rozhodnutí. Transakční náklady vytváření úplné smlouvy jsou v některých případech zcela prohibitivní (daný budoucí stav světa je nepředpověditelný s vynaložením jakéhokoli možného úsilí), jindy se tyto náklady pouze nevyplatí vynakládat. To, zda-li se vyplatí určité náklady na preciznější formulování smlouvy vynaložit nebo nikoli, se odvíjí od možné újmy, kterou by nezahrnutí takové podmínky do smlouvy mohlo přivodit v případě, že takový stav v budoucnosti skutečně nastane, a od pravděpodobnosti, že k tomuto stavu dojde; nejistota, že k takovému stavu dojde je z praktických důvodů abstrahována do pojmu

¹³⁷ Ayres a Gertner (1989), str. 894.

¹³⁸ Významný je též vzhledem ke kontinentální právní kultuře, kdy obecný soud má – oproti soudu v oblasti *common law* (jehož činnost je teoretiky L&E především zkoumána) – jen relativně omezenější možnost vytvářet dispozitivní normu přímo svou rozhodovací činností.

rizika, které zahrnuje kvantifikovatelnou pravděpodobnost takového stavu (nejistota ve skutečnosti takovou informaci neobsahuje). Pokud je pak potenciální újma vážená touto pravděpodobností menší než výše transakčních nákladů, které by přineslo zahrnutí (a negociace takového smluvního ustanovení) dané možnosti budoucího stavu světa do smlouvy, příslušné ustanovení do smlouvy zapracováno nebude a prohlubuje se neúplnost smlouvy.

Ačkoli si strany nemusí uvědomovat každou jednotlivost, která může případně jejich smluvní vztah ovlivnit, mohou si být velmi dobře vědomé jednoduše této možnosti (že se může „něco“ stát) a budou chtít zahrnout naopak pouze minimum nejpravděpodobnějších budoucích stavů a tedy vytvořit smlouvu značně jednoduchou a záměrně velmi neúplnou s tím, že v případě jakékoli budoucí (buť smlouvou nepředpokládané, nicméně relativně pravděpodobné) situace, preferují užít některý z výše uvedených způsobů „dotvoření“ smlouvy (v podstatě její adaptaci na změnu podmínek)¹³⁹.

Určitým limitem neúplnosti smlouvy je verifikovatelnost daného stavu v okamžiku, kdy tento skutečně nastane. Například subjektivní estetický prožitek z objednaného obrazu nebo charakter nákladových křivek výrobce jsou jen mimořádně nesnadno zjistitelné pro kohokoli stojícího mimo smlouvu (tedy i pro soud). Právě tyto skutečnosti, týkající se jen těžko objektivně hodnotitelných aspektů smluvního vztahu, vesměs v rozhodující míře zakládajících *ex ante* výhodnost smlouvy pro obě strany, by měly být ve smlouvě zahrnuty vždy. Případný průlom práva do těchto prvků smlouvy musí pak být opodstatněn velmi významným nebezpečím snížení společenské efektivnosti – například pokud jde o smlouvy uzavřené pod hrozbou nebo podvodem (platnost a vynucování takových smluv by zvýšilo „produktivitu“ hrozeb a podvodů¹⁴⁰, čímž by byly všechny kontrahující subjekty v budoucnu nuceny přijímat opatření k zamezení těchto negativních jevů, přičemž náklady na to vynaložené, případně též snížení počtu uskutečněných transakcí, by výrazně snižovaly společenskou efektivnost systému smluvní svobody).

¹³⁹ Otázka smluv jednoduchých a složitých (oproti smlouvám úplným a neúplným) souvisí úzce též s problematikou interpretace smluv, viz též Eggleston, Posner a Zeckhauser (2000) a dále níže.

¹⁴⁰ Friedman (2000), str.152 a násl.

Nejistota není však sama kategorií jednoduše popsateľnou. Způsob jakým lidé přistupují k nejistotě se značně liší podle jejich vnímání rizika¹⁴¹. To se v ekonomickém pojetí rozlišuje do tří kategorií (averze k riziku, neutralita k riziku a sklon k riziku) podle toho, je-li člověk ochoten přijmout tzv. spravedlivou sázku (např. hod mincí), kdy vítěz získá a druhý právě tolik ztratí, přičemž pravděpodobnost obou variant je předem známá. U k riziku averzního člověka (a obráceně u někoho se sklonem k riziku) bude očekávaný užitek ze sázky nižší, než by byl užitek toho samého člověka z vítězné částky vážené pravděpodobností výhry, kterou by dostal bez sázky¹⁴². Rizikově neutrální člověk přijme jakoukoli spravedlivou sázku¹⁴³ a jeho vnímání nejistoty se tak shoduje s racionálním hodnocením pravděpodobných následků. Rizikově averzní člověk se naopak rozhoduje spíše podle pravidla „lepší vrabec v hrsti“ a konečně člověk se sklonem k riziku bude více hazardovat, než odpovídá objektivně očekávatelným (pravděpodobným) ziskům z takových „sázek“ (má tedy ono příslovečné „potěšení ze hry“). Za všeobecně rozšířenou se považuje a v předpokladech analýzy se uvažuje averze k riziku mezi individuálními lidmi (typicky spotřebitelé) a neutralita k riziku mezi subjekty nabídkové strany (obvykle podnikatelé), kteří mají větší možnost seznámit se a počítat s určitou konkrétní úrovní rizika ve svém segmentu trhu (oproti spotřebitelům, kteří přicházejí do kontaktu s celou řadou z hlediska rizika často zcela nesourodých trhů a většinou se jim nevyplatí se se všemi možnými riziky na určitém

¹⁴¹ Podrobně např. Varian (1995), str.214 a násl.

¹⁴² Např. k riziku averzní Petr má možnost vsadit si na to, že při hodu kostkou vyjde šestka, a vyhrát 600 Kč, zároveň padne-li cokoli jiného nevyhrává nic. Přitom ale pravděpodobností (1/6) vážená čistá výhra je pouze 100 Kč (tj. $1/6 * 600$). Pokud by Petrovi krupiér nabídl volbu: buď hrát a vyhrát pravděpodobnostně vážených 100 Kč (tzn.celkem 600 Kč) nebo nehrát a dostat 100 Kč „na ruku“, Petr (a nejspíše většina lidí) by volil druhou možnost. O tom, o kolik by musela být potenciální vážená výhra vyšší než $1/6*600$ Kč (tj. buď zvýšením pravděpodobnosti např. tak, že by se hrálo jen o to, že padne sudé číslo, nebo zvýšením výhry), vypovídá Petrova individuální funkce očekávaného užitku (tzv. von Neumann-Morgensternova funkce). Pokud by v případě spravedlivé sázky (hod mincí) Petrovi hrozilo, že (vsadí-li nejdříve 100 Kč a může vyhrát 100 Kč nebo stejnou částku prohrát, a to s pravděpodobností 1/2) 100 Kč ztratí (bude v stavu „-100 Kč“, naopak pokud by vyhrál bude ve stavu „+100 Kč“), tak se sázky nezúčastní vůbec (tzn. raději zůstane ve stavu „0“).

¹⁴³ Funkce očekávaného užitku takového člověka je identická s linií pravděpodobnosti, že vyhraje.

trhu seznamovat – averze k riziku tak u spotřebitelů vystupuje též jako opatrnost šetřící informační náklady).

V ohledu na úplnost smluv bude důsledkem averze k riziku na straně alespoň jedné strany vyšší míra úplnosti, která může být i neefektivní. Pokud totiž náklady na zapracování určitého ustanovení smlouvy budou znatelně vyšší než pravděpodobností vážená újma hrozící k riziku averzní straně v případě, že by smlouva takové ustanovení neobsahovala, bude takové ustanovení do smlouvy začleněno (budou na ně vynaloženy zdroje), i když již je to neefektivní, pokud se tímto zvýší očekávaný užitek rizikově averzní strany. Averze k riziku tak může způsobovat neefektivní alokaci zdrojů. V této souvislosti je ovšem zajímavé, že empirická zjištění takový závěr spíše nepodporují a že zahrnování vlivu averze k riziku do analýzy¹⁴⁴ se nezdá být příliš významné zvláště ve srovnání s vlivem pozitivních transakčních nákladů na formování kontraktů:

„Nashromážděná zjištění mnoha studií ... nejen že vrhají stín pochybnosti na význam zabraňování riziku (risk-avoidance) v určování podoby smlouvy, ale též podporují rizikově neutrální přístup transakčních nákladů, který vyzdvihuje vícero rozhraní nákladů morálního hazardu a vynucování ... Zároveň ale z námi poskytnutých důkazů nevyplývá automaticky rozšířenost neutrality k riziku, jako spíše fakt, že averze k riziku není užitečnou pomůckou při zkoumání smluv...“¹⁴⁵

Nutno ovšem zdůraznit, že přístup k riziku různých subjektů trhu je významným faktorem, ale jeho vliv bude patrně vyšší v předmluvním chování stran. Zároveň ale lze také namítat, že v samotné smlouvě se nemusí projevit averznost k riziku přímo (tj. v míře úplnosti), ale ve významné míře zprostředkovaně (a spíše v charakteru formulace než v jejím rozsahu), neboť, jak bude rozebráno dále, jednou z hlavních funkcí smlouvy je efektivní alokace rizika mezi strany smlouvy. Jinými slovy, jak Friedman (2000) argumentuje, averze k riziku se nevztahuje ani tak k riziku, jako spíše k žádanému výstupu (účelu), kterým samozřejmě není plně specifikovaná smlouva sama¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Příkladem formálního modelu s různými výstupy pro různé přístupy k riziku mezi stranami smlouvy je Shavell (1984).

¹⁴⁵ Allen a Lueck (1995), str.450.

¹⁴⁶ Friedman (2000), str.65.

2.2.2 Oportunismus

Problém strategického jednání byl již zmíněn v souvislosti s Coasovým teorémem, jehož platnost je omezena právě požadavkem, aby se strany smlouvy chovaly kooperativně. Ve skutečnosti se ale objevuje častá a silná snaha získat prospěch na něčí úkor a smlouvy se právě takovému jednání snaží předejít. Schäfer (2005) rozděluje problémy oportunistu souvisejících se smlouvami do tří skupin: a) skryté informace, b) skryté akce a c) specifické investice.

Oportunní chování v podobě skryté informace představuje nebezpečí především ve fázi vyjednávání o smlouvě a v podstatě se jedná o již zmiňovaný problém informačních asymetrií. Právo v tomto případě má obvykle celou řadu nástrojů (odpovědnost za skryté vady, označování zboží, povinnost prohlídky zboží, certifikace apod.), které mají nebezpečí informačních asymetrií snižovat.

Oportunismus typu sub b) (skryté akce) je významný především v delší dobu trvajících smluvních vztazích, kdy postavení jedné smluvní strany je bez jejího vědomí zhoršováno chováním druhé strany (např. pokud v případě úvěru podstupuje dlužník vyšší podnikatelské riziko než odpovídá ujednání ve smlouvě a ocenění tohoto rizika smlouvou v podobě úroku). S tímto oportunním chováním souvisí též (jak naznačuje uvedený příklad) problém morálního hazardu – chování, které spočívá v neefektivně rizikovém jednání (tzn. v podstatě jednání, do kterého by se na vlastní účet pustil jen někdo se silným sklonem k riziku), za které ale jednající osoba nenese buď vůbec nebo pouze částečnou odpovědnost. Takové jednání je časté v případě delegace (*principal-agent problem*, např. manažerské smlouvy) a v případě smluv, prostřednictvím kterých je sdíleno riziko (pojistné smlouvy).

S předcházejícím typem oportunistu pak souvisí třetí a v určitých případech nejzávažnější případ oportunního (zneužívajícího¹⁴⁷) chování spočívající v nutnosti některých smluvních vztahů vynakládat náklady na tzv. specifické investice. Jedná se o takové investice do (obvykle fyzického) kapitálu, které jsou smysluplné (výnosné či „dobré“) pouze v kontextu toho konkrétního smluvního vztahu. Strana, která takové investice podniká (např. investuje do zařízení kompatibilního s určitými technologiemi dodavatele, nebo může jít též o zaměstnance, který investuje čas a úsilí nebo i finanční

¹⁴⁷ Richter (2008) hovoří přímo o „vydírání“.

prostředky do získání kvalifikace uplatnitelné jen u určitého zaměstnavatele¹⁴⁸) se až do okamžiku plnění stává vlastně „rukojmím“ druhé smluvní strany. Zvláště v této souvislosti (ač stejně tak ji lze použít v případě předcházejících dvou typů) je namístě uvést též další kategorizaci oportunistu – a to (opět) na *ex ante* (tzn. před podpisem smlouvy) a *ex post* (za trvání smluvního vztahu nebo také po jeho skončení).

Riziko oportunistu v případě specifických investic je spojeno s problematickým chováním obou stran smlouvy. Prodávající (zaměstnavatel, věřitel atd.) může zneužít existence již učiněných investic druhé strany zvláště v pozdějších fázích smluvního vztahu (půjde o již naznačené „vydírání“¹⁴⁹). Naopak kupující (zaměstnanec, dlužník) se může dopustit strategického chování v podobě určité vyšší míry specifických investic hlavně v počátečních fázích kontraktace s cílem pojistit si uzavření smlouvy s druhou stranou, která volí raději alespoň do jisté míry výhodnou smlouvu než případný spor vyplývající z předšmluvní odpovědnosti¹⁵⁰. Efektivní míra specifických investic závisí též na existujícím režimu náhrady škody při porušení (uzavřené) smlouvy, neboť různé režimy smluvní odpovědnosti za škodu mají za následek odlišnou míru investic (buď nad- nebo podinvestování v průběhu smluvního vztahu). O tom bude blíže pojednáno společně s problematikou porušení smlouvy.

Specifické investice a předšmluvní chování stran (resp. existence institutu předšmluvní odpovědnosti) mají ale širší význam, než pouze vysvětlení některých případů oportunního chování stran smlouvy. Určité investice totiž představuje prakticky jakékoli chování stran směřující k uzavření smlouvy, nebo sledující její plnění. Oportunismus se může týkat též samotné existence smlouvy – někdo může mít kupř. úmysl vyvolat v jiném domněnku o tom, že byla uzavřena smlouva. Kontinentální právo tento případ řeší (neuvažujeme-li jednání již naplňující znaky trestného činu) požadavkem vyjádření vůle (či přímo kauzy) a obvykle dodržáním určitých formálních

¹⁴⁸ Může jít třeba o znalost ovládání určitého interního softwarového systému.

¹⁴⁹ Angl. *hold-up*.

¹⁵⁰ Předšmluvní odpovědnost (*culpa in contrahendo, pre-contractual reliance*) není sice v českém právním řádu výslovně upravena, ale vyplývá z judikatury – např. z rozsudku Nejvyššího soudu ČR ze dne 11.10.2006, sp. zn. 29 Odo 1166/2004 (Sbírka soudních rozhodnutí a stanovisek č. 8/2007, rozhodnutí č.82, str. 776). Viz rozbor tohoto a souvisejících rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR v analytické části práce.

náležitostí (písemná forma) a standardem dobrých mravů. V neformálnějším anglo-americkém právu tuto roli má především institut tzv. „consideration“¹⁵¹. A konečně lze problematiku specifických investic chápat dokonce v ještě širším smyslu a analyzovat tak např. též právní úpravu manželství, chránící v mnoha případech ženu, která je z biologických důvodů stranou této „smlouvy“, jež do daného smluvního vztahu musí v průběhu jeho plnění více investovat¹⁵².

2.2.3 Funkce smlouvy

Jak již bylo na jiném místě uvedeno, účelem smlouvy v obecné rovině je z hlediska Law & Economics minimalizace transakčních nákladů zatěžujících směnný vztah mezi stranami. Transakční náklady jsou ovšem značně širokým pojmem, pod který lze v závislosti na situaci i konkrétním vymezení podřadit v zásadě jakékoli náklady (peněžní, časové, „psychické“ atd.), které se vztahují k transakcím. Nelze ovšem zapomenout na to, že vytváření smluv již samo o sobě přináší určité náklady, které jsou pak v případě úplné smlouvy nesmírně vysoké. Úplná smlouva je ovšem modelem a můžeme si tedy dovolit tyto velmi významné a velice vysoké náklady spojené s jejím případným vytvářením pro účely analýzy ignorovat¹⁵³. Z obecné funkce smlouvy, jíž je ono snižování (budoucích) transakčních nákladů, lze vysledovat tři dílčí funkce, které by smlouvy měly naplňovat, a to ať již uvažujeme přímo případ úplné smlouvy (ta bude tyto funkce uskutečňovat již vzhledem k tomu, že je ve všech svých ustanoveních Pareto-efektivní), nebo spíše situaci, ve které by hypotetický soud zpětně rekonstruoval, „jak by vypadalo“ potřebné chybějící ustanovení pokrývající určitou po uzavření (skutečné, neúplné) smlouvy se vyskytnuvší situaci, které by spolu strany dohodly v úplné smlouvě (avšak soud bude muset vesměs vycházet z Kaldor-Hicksova kritéria, neboť jeho rozhodnutí se již nepromítne do ve smlouvě sjednané ceny). Společným cílem účelem těchto funkcí je zajistit efektivní absorbování rizika jednou

¹⁵¹ Srov. Posner (1986), str. 87, a Friedman (2000), str. 158.

¹⁵² Friedman (2000), str.174.

¹⁵³ Jinak řečeno, předpokládáme, že transakční náklady vytváření úplné smlouvy jsou nulové. Uvažovat bude naopak třeba náklady spojené s vytvářením úplné smlouvy stranami a s její rekonstrukcí soudem, neboť se jedná o náklady, které budou skutečně vynaloženy (na rozdíl od nákladů vytváření úplné smlouvy, které nikdo neponese, neboť úplnou smlouvu nikdo vytvořit nedokáže, a z důvodu její úplnosti nebude potřeba její interpretace soudem).

nebo druhou smluvní stranou. Těmito třemi funkcemi¹⁵⁴ jsou (1) předcházení škodám, tedy vytváření incentivů stranám k zachování určité opatrnosti při plnění smlouvy, (2) funkce pojištění, tam kde nelze riziko škod dosti dobře vyloučit či efektivně snížit a konečně asi nejvýznamnější funkcí smlouvy je (3) alokace rizika mezi strany, nejvýznamnější z toho důvodu, že se zde jedná o jakousi obecnou, zbytkovou kategorii, která zahrnuje veškeré případy do smlouvy zasahujících nejistých budoucích stavů světa, které nejsou řešeny (1) incentivy k opatrnosti ani (2) pojištěním.

Funkcemi tyto vlastnosti smluv nazývám především zde v kontextu problematiky úplných smluv, které obsahují řešení všech možných budoucích nejistých událostí a tato řešení jsou v nich vždy zahrnuta jako jejich vnitřní funkce. V případě v realitě se vyskytujících neúplných smluv by bylo možná přiléhavější hovořit o „pravidlech“ k určení odpovědnosti té které strany za v budoucnu nastalé neočekávané náklady, neboť tyto obecné vlastnosti (úplných) smluv bude spíše než tvůrce smlouvy uplatňovat jako vodítka svého rozhodování soudce při rozhodování o povinnostech plynoucích ze (neúplné) smlouvy¹⁵⁵.

2.2.3.1 Předcházení škodám a pojištění

Co se odpovědnosti za předcházení škodám týče, v úplné smlouvě by bylo smlouveno, že potenciálním škodám má povinnost předcházet (a při jejich utrpění je nést) ta strana, která je schopna těmto potenciálním škodám (např. poškození zboží kvůli nevhodnému obalu, nebo podprůměrná kvalita zboží způsobená nevhodným materiálem) s relativně nejnižšími náklady. Prakticky se bude často jednat o tu stranu, která má v daném okamžiku trvání smlouvy blíže k předmětu plnění této smlouvy a má lepší možnost jí nakládat¹⁵⁶. Svou roli bude hrát také povaha subjektů na stranách smlouvy (což bude hrát klíčovou roli zejména u smluv týkajících se služeb), profesionální poskytovatel služby bude mít patrně podstatně nižší informační náklady

¹⁵⁴ Držím se zde dělení použitého Schäferem (2004), str. 280 násl.

¹⁵⁵ V Příloze č.1 k této práci předkládám Schäferovo schématické znázornění rozhodování soudu, který při rekonstrukci neúplných smluv jakoby postupuje podle dále rozebraných funkcí úplné smlouvy.

¹⁵⁶ Srov. § 517 odst. 3 ObčZ ohledně odpovědnosti dlužníka, který je v prodlení s plněním věci, za škodu na této věci, § 590 ObčZ ohledně přechodu nebezpečí nahodilé škody na věci, která je předmětem kupní smlouvy. Resp. analogicky § 368, § 420 odst. 4 a § 425 OchZ. Bez zajímavosti v této souvislosti není ani ustanovení § 441 ObčZ o spoluzavinění škody poškozeným.

a disponuje znalostmi (tj.kapitálem), které mu umožňují mnoha rizikům spojeným s uskutečňováním smlouvy levněji a lépe čelit – pročež by odpovědnost za předejití těmto rizikům měla být (a v úplné smlouvě by dobrovolně dohodou stran také byla) svěřena právě této straně (profesionálovi).

Další otázkou je hranice, tj. úroveň nákladů opatření na předejití určitým škodám, do které by měla být tato opatření přijímána a od které by se již jednalo o neefektivní vynakládání zdrojů (přílišnou opatrnost). Tato hranice se (v americkém právním prostředí již tradičně, hlavně pak v oblasti civilních deliktů, tzv. *torts*) nechá určit¹⁵⁷ metodou tzv. *Learned Hand Formula*¹⁵⁸. Ta je shrnuta v algebraickém výrazu:

$$B = P * L$$

, kde B je objem nákladů, jež je nutné vynaložit k předejití určitému typu škody, P značí pravděpodobnost události, jež může vést ke škodě a L je potenciální výše škody.¹⁵⁹ Pokud je B nižší než násobek P a L, mělo by být dané opatření některou stranou přijato, v opačném případě je hospodárnější opatření nepřijímat. Je ale třeba říci, že beze zbytku *Learned Hand Formula* platí jen pro tu smluvní stranu (jíž připadá povinnost opatření učinit), která je k riziku neutrální, naopak strana se sklonem k riziku nebude ochotna investovat do prevence škody ani částky výrazně nižší než P*L a naopak jedinec k riziku averzní bude ochoten vynaložit i částky P*L přesahující – a to až do úrovně L, tedy samotné škody. Až tato úroveň, tedy samotná výše hrozící škody, je konečnou hranicí nákladů, jež je ještě racionální na předejití této škodě vynaložit¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Prakticky ale jen velmi přibližně, byť lze v určitých případech spoléhat na statisticky zjištěnou pravděpodobnost daného typu škody, taková data ovšem často nebudou k dispozici.

¹⁵⁸ Jedná se o standard zavedený soudcem amerického federálního odvolacího soudu (2d Circuit) Learned Handem v případě USA v. Carol Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947), ve kterém se žalované společnost provozující tlačné remorkéry v New Yorkském přístavu utrhla remorkérem tlačným nákladem (svázaný jediným řetězem a bez adekvátní obsluhy přítomné na plavidlech s nákladem), *Learned Hand Formula* byla užita k určení, zda se vlastník nákladu dopustil nedbalého (negligent) jednání. Název tohoto kritéria raději ponechávám v původní anglické podobě.

¹⁵⁹ Schäfer (2004), str.135 -136 a 283.

¹⁶⁰ Důvodem pro vyšší opatrnost než na úrovni nákladů P*L může být i to, že se jedná o jednorázovou či jedinečnou transakci. Zatímco v případě často se opakujících transakcí nebo plnění mnoha stejnorodých věcí bude patrně škoda představovat skutečně statistické pravděpodobnosti blízky podíl z celkového objemu transakce (transakcí), v případě jednorázového či jedinečného plnění přivodí jakákoli škodu

V případě neúplné smlouvy bude soud muset zjistit, kdo byl v pozici předejít vzniklé škodě s nižšími náklady a právě jemu přiřknout odpovědnost za vzniklou škodu, přičemž v rozhodování soudu nebude hrát roli zda byla tato strana k riziku averzní, či k němu měla sklon. Takové rozhodnutí bude efektivní ve smyslu Kaldor-Hicksovského kritéria a bude maximalizovat společenské bohatství (právě vytvořením incentivu pro efektivní předcházení škodám).

V závislosti na charakteru vnímání rizika (v případě neutrálního přístupu k riziku pro všechny případy, kde $B > P * L$) je pak s rostoucími náklady na předcházení škodě vhodnější tyto prostředky vynaložit spíše na pojištění daného rizika (obdobně tomu bude v případě, že danému riziku nebude možné předejít). Zcela analogicky předchází (prevenční) funkci smlouvy zde je třeba zkoumat, kdo je schopen s nižšími náklady dané riziko identifikovat a pojistit. Podmínkou je samozřejmě existence trhu pojištění pro dané riziko a dále výše pojistného splňující *Learned Hand Formula*. Obdobně i zde záleží na vnímání rizika, neboť pojištění se promítne do ceny a druhá strana musí být ochotna (resp. chtít) zaplatit za vyšší jistotu uskutečnění transakce též vyšší cenu (což patrně ochotna nebude, půjde-li o člověka se sklonem k riziku), pokud nebude strana se sklonem k riziku ochotna platit kvůli pojištění vyšší cenu a smlouva bude uzavřena a následně dojde ke škodě, měla by to pak být tato strana, která škodu ponese¹⁶¹.

Je samozřejmě možný i případ, kdy je jedna strana smlouvy schopna levněji určitě škodě předejít a druhá strana je schopna pro případ té samé škody s nižšími náklady sjednat pojištění. V takovém případě je vhodné preferovat prevenci rizika, neboť pojištění tam, kde je možné škodě předejít, se stává zdrojem morálního hazardu, a přispívá tak k chování stran, jež může vést ke škodám, kterým bylo možné snadno zabránit¹⁶².

způsobující událost zkázu celé transakce, přičemž pojištění nemusí být vždy preferovaným řešením podobných situací.

¹⁶¹ Schäfer (2004), str.287. Jedná se i zde o obecnou tendenci v právu k potlačování sklonu k riskování a podpoře spíše uvážené opatrnosti.

¹⁶² Srov. Schäfer (2004), str.288 a 289. Schäfer uvádí, že ne vždy je ale nutně uvedené pravidlo – prevence, vždy je-li možná – nejlepší. Naopak upozorňuje, že v praxi není snadné jednoznačně určit v té které situaci správný přístup – zda jako pravidlo zvolit prevenci či pojištění rizika:

2.2.3.2 Alokace rizika

Všem škodám nelze ovšem zabránit ani je pojistit, případně náklady spojené s těmito opatřeními by byly velmi vysoké a nebylo by racionální je vynakládat, v případě smluv neúplných dále bude existovat nesmírně široká paleta možných budoucích rizik, které se (ať již kvůli vysokým transakčním nákladům, nebo kognitivním deficitům stran) jednoduše nepodaří *ex ante* identifikovat a do smlouvy zahrnout. Úplná smlouva alokuje veškerá rizika vzniku takovýchto (neodvratitelných, nepojistitelných případně nepředvídatelných) škod jedné nebo druhé straně na základě dobrovolného vyjednávání stran, taková alokace bude *ex ante* Paretovsky efektivní a bude maximalizovat společenské bohatství. V případě „rekonstrukce“ ustanovení úplné smlouvy soudem v ohledu na riziko nealokované neúplnou smlouvou bude soud usilovat o určení za z tohoto rizika vzniklé škody odpovědné strany a to v zásadě na základě dvou faktorů:

„(1) Informačních nákladů – která ze stran je v lepší pozici detekovat dané riziko jako první? (2) Možnost kterékoli strany využít tzv. zákona velkých čísel při nakládání s tímto rizikem.“¹⁶³

Informační náklady jsou v opět v zásadě transakční náklady, které musí jedna strana vynaložit na získání dostatečných informací k učinění informovaného a kvalifikovaného rozhodnutí ohledně daného rizika. Podobně jako v případě předcházení škodám i zde bude nutné uvažovat též se znalostmi specifického prostředí, produktu, určitým citem či intuicí, již získá ten, kdo se v daném prostředí dlouhodobě pohybuje atd. (tedy nikoli jen se snadno ocenitelnými informacemi, jak začasť činí ekonomie středního proudu¹⁶⁴). Stranou s nižšími informačními náklady (ale též

„Rozhodnout, které pravidlo je nejvhodnější, je empirickou záležitostí. Který z následujících efektů je v určité situaci dominantní? Rostou [v této konkrétní situaci] frekvence a náklady škod z důvodu morálního hazardu či spíše kvůli transakčním nákladům při sjednávání pojištění?“

¹⁶³ Schäfer (2004), str. 290.

¹⁶⁴ Zásadní rozlišení informace a znalosti do ekonomie zavedl F.A. von Hayek ve své (již zmiňované) eseji *The Use of Knowledge in Society* (1945). Rozdíl podle Hayeka spočívá v možnosti předat a získat informace či znalosti. Zatímco informace (typicky vědecké poznatky, kvantitativní data a podobné vcelku jednoduše převoditelné výstupy) mohou být zachyceny a předány jako suma dat, většina nastřádané vědomosti lidstva má podobu znalostí platných v určitém čase a prostoru, které nejenže mimo tento čas a prostor nemají valnou hodnotu, ale je též velmi špatně převoditelná (a má charakter spíše „dovedností“).

znalostní výhodou) zde bude vesměs prodávající, a to zvláště tehdy půjde-li o profesionála na daném segmentu trhu, v jehož prostředí je smlouva uzavírána. Znalost určitého trhu, jeho zákonitostí, možných obvyklých rizik i slabých míst systému hrozících riziky méně častými (či pravděpodobnými) a v některých případech též odborná kvalifikace stojí většinou na straně prodávajícího (ať již se jedná o podnikatele v určitém odvětví, či jednotlivce, který prodává svůj starý automobil¹⁶⁵).

Faktor informačních nákladů právo vesměs reflektuje v podobě odpovědnosti prodávajícího, kvalifikačních požadavků, požadavků na odbornou či profesionální péči atp. Méně přímočarý je druhý faktor ovlivňující (v konkrétním případě) adekvátní alokaci rizika, tedy výhoda plynoucí ze „zákona velkých čísel“.

„Zákon velkých čísel můžeme nejobecněji formulovat tak, že při značně velkém počtu pokusů lze dosáhnout téměř jistoty, že se empirické charakteristiky budou lišit jen velmi málo od teoretických charakteristik, které jim odpovídají.“¹⁶⁶

Jednodušeji řečeno, zákon velkých čísel říká, že čím větší je soubor sledovaných jevů jednoho druhu, tím více se bude empiricky zjištěná relativní četnost jeho nastalých variant blížit teoretické pravděpodobnosti, že tyto varianty nastanou. Typickým příkladem bývá vrh kostkou, při kterém sice může šťastnému hráči padnout třeba šest šestek ze šesti pokusů, při tisíci pokusech však již podle zákona velkých čísel padne každá hodnota na kostce *přibližně* v 1/6 případů. Pro určení strany smlouvy, které je třeba alokovat určité riziko, je třeba zkoumat, v jak velkém „souboru“ případů má tato strana možnost dané riziko sledovat a umožňuje-li jí případně zákon velkých čísel adekvátně na takové riziko reagovat. Výrobce například žárovek nemusí být sice vybaven lepšími informacemi o konkrétní žárovce, kterou si jeho zákazníci kupují, ví ovšem, že zhruba v n% případů se v jeho produkci objevují zmetky a m% případů je žárovka poškozena během přepravy a může tak s těmito vznikajícími (byť

Zásadní je Hayekův poznatek, že i když nelze znalosti v čase a prostoru získávat přímo (jako informace), celá společnost má užitek ze znalostí všech svých členů, tím jak se tito její členové zapojují do ekonomického života společnosti a jejich jinak nesdělitelné znalosti se promítají zásadním způsobem do cen statků. Cenový systém tak funguje jako nejvytíženější (a též patrně nejdokonalejší) *informační systém* na světě.

¹⁶⁵ Srov. případ „market for lemons“ v subkapitole 1.2.4.

¹⁶⁶ Cyhelský, Kaňoková, Novák (1979), str.132.

v jednotlivých případech náhodnými) náklady počítat a lépe je „rozpustit“ v celkovém objemu své produkce. Ve valné většině případů povede hledisko zákona velkých čísel k odpovědnosti hospodářsky „větší“ strany (typicky podnikatele oproti spotřebiteli, ale též je samozřejmě možná situace, kdy ekonomicky silnější stranou bude kupující, například v případě vztahu zaměstnance a zaměstnavatele). Díky tomu se též někdy hovoří o „přístupu nadité kapsy“ (*deep pocket approach*), jehož autorem je G. Calabresi. V právu je tento faktor alokace rizika reflektován v těch ustanoveních, která ve smluvním vztahu chrání „slabší“ stranu (spotřebitele, zaměstnance).

Mimo uvedených dvou hledisek významných pro alokaci rizika, zmiňuje Friedman (2000) ještě problém nepříznivého výběru (*adverse selection*) a zvláště hledisko morálního hazardu jako takového¹⁶⁷. Nepříznivý výběr je v podstatě důsledkem asymetrické informace a je tudíž hlediskem dosti blízkým faktoru výše informačních nákladů, ale zahrnuje v sobě dále riziko strategického chování (záměrného zatajování určitých informací jednou stranou). Případné škody by pak měl nést právě ten, komu v dané situaci prospívá asymetrická informace. Morální hazard¹⁶⁸ je pak

¹⁶⁷ Friedman (2000), str. 161 a 162.

¹⁶⁸ S problémem morálního hazardu je v ekonomické analýze práva i v právu (*common law*) spojen klasický anglický případ *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 Exch 341; 156 ER 145. Uvádí jej drtivá část americké L&E literatury. V tomto známém případě šlo o to, že Hadley a další provozovali parní mlýn, v jejich parním stroji se rozbila převodovka a ta byla odeslána k výrobcí, který si ji během prací na nové převodovce vyžádal, aby novou převodovku vyrobil přesně podle této staré. Hadley požádal přepravce (Baxendale), aby převodovka byla dodána zpět do mlýna „ihned“, přičemž Baxendaleův úředník měl prohlásit, že to bude možné za jeden den. Baxendale následně dodal do mlýna převodovku později. Hadley žaloval Baxendalea o ušlý zisk. Britský *Court of Exchequer* Hadleyho požadavek zamítl s tím, že tím, kdo měl v dané situaci lepší informace o potřebě rychlé dopravy převodovky a jejím užití, resp. o tom, že bez ní celý mlýn stojí, a neměl tedy spoléhat jen na obvyklý způsob dopravy (který tehdy zahrnoval i určité možné zdržení), byl Hadley. Škodu – ušlý výdělek nemohl Baxendale ze samotného faktu, že něco je dopravováno z opravy předvídat, neboť v obdobných situacích obvykle významnější škoda z určitého zdržení nehrozí. V ekonomických termínech jednal Hadley s morálním hazardem, když nedůvodně spoléhal, že dopravce bude v případě jeho převodovky rychlý a dochvilný s vyšší pravděpodobností, než bylo s přihlédnutím k obvyklému běhu věcí rozumné očekávat. Asymetrická informace (Baxendaleovi neznámý fakt, že bez urychleného dodání převodovky vznikne Hadleymu škoda) na Hadleyho straně zdůvodňuje přiřknutí odpovědnosti za tuto škodu právě jemu. Pro L&E rozbor tohoto případu viz např. Barnes a Stout (1992), str.93 násl., v českém právu srov. § 379 ObchZ.

obecným problémem, který vzniká v každé situaci, kdy jednotlivec adekvátně za své chování neodpovídá a vlastně všechny uvedené funkce smlouvy se s morálním hazardem snaží vypořádat.

2.3 Neúplné smlouvy

Již jsem uvedl, že v realitě žádné úplné smlouvy neexistují¹⁶⁹ a všechny skutečné kontrakty jsou v menší či větší míře neúplné. Neúplnost smluv je zároveň důvodem existence smluvního práva, které pak ve skutečném světě naplňuje funkce, jež úplná smlouva nese komplexně sama o sobě. Smluvní právo a orgány jej autoritativně aplikující tedy v jednotlivých případech předně napodobují alokaci rizika, kterou by provedly strany úplné smlouvy a předcházejí *ex ante* (především struktury smluvního práva samotné) a *ex post* (především skrze činnost soudů) oportunismu stran¹⁷⁰.

Neúplnost smluv je způsobena především prohibitivní výší transakčních nákladů jež by ve skutečném světě zatěžovala úplné smlouvy. Již bylo uvedeno v obecné části této práce, že pojem transakčních nákladů¹⁷¹ je dosti široký a tudíž si tento důvod zaslouží určité rozpracování¹⁷². Nejprve je třeba zopakovat, že (a) strany při vytváření smlouvy nemohou anticipovat veškeré nejisté budoucí stavy světa a tedy všechny

¹⁶⁹ Ačkoli např. Cooter a Ulen (1988), str.232, vyslovují názor, že i když smlouvy nejsou úplné (používají analogii s modelem dokonale konkurenčního trhu a hovoří tedy o „dokonalých smlouvách“), v mnoha případech se úplnosti blíží (podobný názor vyslovují také ohledně existence dokonalosti blízkých trhů). Domnívám se že jde o názor dosti optimistický a zároveň značně zjednodušující podmínky reálného světa.

¹⁷⁰ Srov. Schäfer (2004), str.277.

¹⁷¹ Posner (2004) uvádí svou rovnici transakčních nákladů smlouvy:

$$C = x + p(x)[y + z + e(x, y, z)]$$

, kde C jsou transakční náklady spojené s určitou smlouvou, x náklady negociace a vypracování smlouvy, p je pravděpodobnost soudního sporu, y náklady stran spojené s litigací, z představuje objem nákladů, jež jsou spojeny se soudním sporem na straně státu a konečně e představuje náklady chybných rozhodnutí v soudním sporu (*error costs*). Řečeno slovy, transakční náklady zatěžující *ex ante* neúplnou smlouvu se skládají jednak z nákladů spojených se vznikem smlouvy a jednak z nákladů řešení pozdější sporné situace, vážených pravděpodobností vzniku takové situace. Tato rovnice samozřejmě s některými komponenty transakčních nákladů nepočítá – např. s náklady renegociace, nebo s náklady realokace zdrojů při kompenzovaném efektivním porušení smlouvy (viz násl. subkapitola). Posner (2004), str. 4.

¹⁷² Rozdělení důvodů neúplnosti smluv je větší zčásti obdobné jako u Shavella (2003), kap.13, str.6 a 7.

situace, které by bylo nutné pojmut do smlouvy, či přesněji řečeno, pro každou smlouvu existuje jen určitá omezená množina nejzávažnějších budoucích okolností, které ovlivní její plnění, a kterou se vyplatí pokrýt smluvními podmínkami; ohledně většiny všech dalších méně pravděpodobných situací, jež se života smlouvy mohou dotknout, nebude smlouva explicitně říkat vůbec nic. Mimo to musejí ale strany (b) počítat s případnými náklady na vynucení do smlouvy zahrnutých vymezení vzájemných práv a povinností. Pokud by v určitém případě byly tyto náklady příliš velké, daný aspekt smluvního vztahu stran se nevyplatí upravit ve smlouvě. Význam mají dále (c) náklady dokazování naplnění smluvních podmínek a to nejen pro případ, že o z nich vyplývajících právech a povinnostech bude rozhodovat soud. Jen za velkých nákladů verifikovatelné či vůbec neverifikovatelné podmínky (např. ustanovení o tom, jak postupovat v případě, že se plnění nebude kupujícímu „líbit“) nemá smysl do smlouvy zahrnout. Smlouva může být (d) stranami přímo zamýšlena jako neúplná s tím, že se předem počítá se spolupůsobením třetího subjektu (soudu) nebo vnějších okolností (např. smlouvy spekulující na vývoj ceny v čase). V tomto ohledu je možno zmínit jednak obecně funkci smluvní odpovědnosti, která substituuje celou plejádu smluvních podmínek a v případě svého uplatnění umožňuje vzniklou situaci řešit *ex post* soudem¹⁷³, a dále možnost renegociace smlouvy. Obě tyto možnosti – jak uplatnění odpovědnosti ze smlouvy u soudu, tak následná nová úprava smluvních podmínek stranami činí nepotřebnými mnoho ustanovení, kterými smluvní vztah explicitně řeší úplná smlouva. Neúplné smlouvy dále (e) určité eventuality neupravují, neboť tyto jsou bez jakékoli relevance k jejich objektu. Konečně neúplnost může být zapříčiněna (f) oportunistickou strategií jedné ze stran, typicky snahou udržet si výhodu asymetričnosti informace a jejím zamlčováním.

Pokud dojde k situaci významné pro plnění smlouvy, na kterou ovšem smlouva nepamatuje, bývá tento stav označován jako mezera (*gap*) ve smlouvě. Takováto mezera může být „vyplněna“ jednak dodatečným vyjednáváním o adekvátním smluvním pravidlu mezi stranami, jednak soudem jeho rozhodnutím (*judicial gaps-filling*), a soud může mimo to též aplikovat existující dispozitivní normu (či případně

¹⁷³ Autorem této myšlenky je Steven Shavell. Viz Shavell (1980).

obchodní zvyklost¹⁷⁴). V případě soudního rozhodnutí přemostujícího mezeru ve smlouvě bude vlastně soud usilovat o to zjistit, jaké ustanovení by obsahovala v daném případě úplná smlouva, přičemž skutečnou smlouvu zde chápeme jako vlastně fragment této hypotetické úplné smlouvy. K tomu ovšem může soud dojít dvěma způsoby. Prvním je „rekonstrukce“ takového ustanovení soudem s významnějším zřetelem k materiálním okolnostem dosavadního vztahu mezi stranami a úpravě jejich poměrů podle vodítek, jež poskytují funkce úplné smlouvy¹⁷⁵. Funkce smlouvy a jejich význam v rozhodování soudce o neúplné smlouvě, která je právě v potřebném ustanovení zabezpečujícím tyto funkce mezerovitá, byly předmětem analýzy v předcházející kapitole týkající se úplných smluv.

Druhým způsobem, kterým může soud postupovat a který bude předmětem našeho zájmu v následující odrážce, je dovození podmínek (úplné smlouvy) výkladem¹⁷⁶ ustanovení stávající smlouvy neúplné. Opět se bude jednat o „odkrývání“ úplné smlouvy, neboť soud usiluje o vyvození *ex ante* společné vůle stran, tedy o nalezení pravidla, které by bylo z pohledu stran v době formování smlouvy Pareto-efektivní (a tedy bylo obsaženo v odpovídající úplné smlouvě). Rozhodujícím rozdílem oproti předchozímu způsobu vyplňování mezer v úplné smlouvě (spíše teoretickému) je větší důraz na zjištění Pareto-efektivního řešení (tedy skutečné vůle stran), interpret bude oproti soudci schematicky maximalizujícímu společenské bohatství více vycházet

¹⁷⁴ Významné je, že dispozitivní norma stanovená platným právem i zvyklost (vzniklá spontánně) jsou vůči smlouvě a rozhodování o ní vnějšími faktory, na smlouvě nezávislémi (tehdy nebudou-li vyloučeny smluvním ujednáním).

¹⁷⁵ Je možná dobré připomenout, že takové rozhodnutí nedělá (téměř žádný) soudce vědomou aplikací těchto principů na základě znalostí L&E. Soudní rozhodnutí bude naopak výsledkem aplikace čistě právního přístupu, pramenů a metodologie. Jedním z klíčových zjištění ekonomické analýzy práva pak je právě fakt, že i takovéto v otázce ekonomické efektivity nezáměrné rozhodnutí bude ekonomicky (alespoň v Kaldor-Hicksovském smyslu) efektivní. Naopak záměrné používání doktrín L&E v rozhodovací praxi soudů by mohlo být nepraktické (tam, kde by bylo možné, neboť ekonomická analýza práva pracuje s mnoha proměnnými, jejichž spolehlivé zjištění a kvantifikace může být ve skutečnosti problematické) a zároveň by vyžadovalo relativně vysokou erudici v ekonomii, jinak by totiž hrozilo absurdními výstupy – jak ostatně sám R.Posner poukázal kritikou takového rozhodnutí, ve kterém se soudce dosti nešťastně snažil vědomě aplikovat principy L&E. Viz Posner (1979).

¹⁷⁶ V této práci používám (i vzhledem k terminologii anglicky psaných prací) pojmy „výklad“ a „interpretace“ v kontextu dotváření neúplných smluv soudem jako synonyma.

ze samotné smlouvy a bude tedy brát do úvahy značné množství dalších faktorů, které též formovaly vůli stran směřující k Pareto-efektivní smlouvě¹⁷⁷. Významnou otázkou interpretace smluv je z hlediska ekonomické analýzy především vhodná míra formalismu (výkladu přidržujícího se více doslovně znění smlouvy) či naopak méně formálního přístupu soudu k interpretaci (zahrnující např. více kontextuálních úvah).

Úplné smlouvy nevyžadovaly v podstatě žádnou právní úpravu, neboť v nich bylo pamatováno na veškeré eventuality nejistých budoucích událostí a zároveň provedená alokace rizik (vzájemných práv a povinností v těchto eventualitách) byla vzájemně nejvýhodnější možná. Smluvní strany nebyly zatíženy transakčními náklady při vzniku smlouvy ani jejich kognitivní schopnosti nebyly nijak omezeny. Skuteční kontrahenti budou ovšem v právě opačném postavení, transakční (z velké části informační) náklady budou zcela jistě nenulové a kognitivní dispozice stran nebudou neomezené. Právo zde pak vypomáhá stanovením norem, které následně strany sledují coby incentive svého jednání.

Normy donucující (kogentní)¹⁷⁸, byť představují z hlediska ekonomické analýzy nesmírně zajímavé ale též rozsáhlé téma, by v rámci pojednání o neúplných smlouvách nebylo zcela praktické blíže zkoumat, neboť tyto normy vesměs sledují též určité cíle (*policy goals*) odlišné od efektivnosti¹⁷⁹, jejich účelem není vesměs aproximovat úplnou smlouvu¹⁸⁰ a často právě naopak vynucují řešení určitých situací odlišné od výsledků, k nimž by strany došly případným vyjednáváním. Lze je proto z hlediska ekonomického

¹⁷⁷ O faktu, že efektivnost se ve smluvních podmínkách skrývá často zcela neprvoplánově a že efektivní alokace rizika (tj. odpovědnost) je ve smlouvě často provedena velmi různorodým a dokonce v různých byť podobných případech velmi rozdílným způsobem svědčí (i v ohledu na otázku interpretace smluv) např. existence přepravních podmínek INCOTERMS, jejichž existence a smysl by byly pouze schematickou analýzou podle funkcí úplné smlouvy patrně nevysvětlitelné.

¹⁷⁸ Na tomto místě kogentními a dispozitivními normami smluvního práva míním v úzkém smyslu pouze ty normy, které se bezprostředně dotýkají formování, obsahu a výkladu smluv (vesměs ustanovení práva závazkového).

¹⁷⁹ Srov. Calabresiho nezczizitelné „schéma“ subjektivních práv. Nutno ovšem říci, že regulace smluv (resp. nutnost takové regulace) prostřednictvím kogentních norem není vesměs teoretiky L&E přijímána s nadšením, přinejmenším jde-li o smlouvy mezi podnikateli, srov. Schwarz a Scott (2003), především str. 609 násl.

¹⁸⁰ Naopak i úplná smlouva se musí pohybovat v mezích stanovených donucujícími právními normami.

přístupu k smluvnímu právu analyzovat spíše případ od případu a nalezení nějaké jejich jednotící ekonomické funkce (jiné než postihuje konstatování, že nevyhnutelně usměrňují aktivity lidí) by bylo složité¹⁸¹. Naopak se v další odrážce zaměřím na normy dispozitivní (*default rules*), neboť tyto se při kontraktaci stávají vodítky smluvním stranám, které vyjednávají *okolo* těchto pravidel chování, a jejich existence šetří náklady jak při vyjednávání, tak při zaplňování mezer ve smlouvách. Zároveň je kladena otázka, jak by měly dispozitivní normy vypadat a jaké chování stran by vlastně měly podněcovat (zvláště má-li být nahrazení dispozitivního pravidla vlastním ujednáním stran spíše výjimečné, nebo je-li naopak žádoucí).

¹⁸¹ V ekonomické, resp. L&E literatuře se lze celkem často setkat s názorem, že kogentní normy vesměs usilují o to řešit problém externalit, tedy dopadů soukromých transakcí na třetí osoby na těchto transakcích nezúčastněných (third-party effects). To je zjištění z několika důvodů pro účely konkrétní analýzy problematické; jednak – mluvíme-li zde o kogentních normách *smluvního práva* – není vůbec jisté, že určitý efekt, který má smlouva pro třetí osoby stojící vně smluvního vztahu je negativní nebo pozitivní, se značnou pravděpodobností bude v nejrozličnějších kontextech jak pozitivní, tak negativní (např. kartelová smlouva může mít též pozitivní externí efekty – např. v případě ropného kartelu utlumení růstu spalování ropných produktů a nižší zátěž životního prostředí coby důsledek – jinak pro spotřebitele nepříznivých – vyšších kartelových cen, nebo použijí-li jiný příklad – cenový kartel výrobců zemědělských produktů může zamezit poklesu cen a plýtvání – onoho typického vylévání mléka nebo zaorávání obilí, jež se při nízkých cenách nevyplatí ani sklízet; absolutní neplatnost dohod omezujících nebo vylučujících soutěž tak může být též značně neefektivní z hlediska ekonomie blahobytu). Jednak případné externality, které nebudou trhem – tzn. v rámci jiných dobrovolných transakcí – internalizovány (Coasův teorém), budou začasť výhodněji řešeny systémem přímé redistribuce (Pigoviánská daň), který opět v závislosti na konkrétních podmínkách dosti možná lépe předejde ztrátám efektivity (přidrží-li se jednoho již použitého příkladu s trhem ropy a snahou o snížení zátěže životního prostředí, lze předpokládat, že efektivněji bude tohoto cíle dosaženo např. prostřednictvím dovozního cla na ropné látky nebo spotřební daní z pohonných hmot než kupř. omezením maximálního fyzického objemu daných látek, jenž může být předmětem kupní smlouvy).

Kogentní zákazy a příkazy v smluvním právu je tedy naléhavěji nutné zkoumat *in concreto* v určitých kontextech, neboť ať již je jejich účelem dosahovat nějaké míry redistribuce, případně vyrovnávat nějakou (chce se říci, že často domnělou) formu tržního selhání, případně jiné – např. kognitivní – disproporce ve smluvních vztazích, nebo je tímto účelem něco zcela jiného (např. snaha o posilování národních tradic, nenávisť k určitému etniku ad.), vhodnost či efektivnost těchto právních pravidel bude oproti dispozitivním normám kritičtěji determinována specifickými podmínkami vnějšího světa, ve kterých se budou realizovat.

V závěru této kapitoly věnované neúplným smlouvám se konečně věnuji dalším možným mechanismům, jež v realitě nahrazují komplexní a všezahrnující úpravu vzájemných práv a povinností stran z hypotetické úplné smlouvy a které vytvářejí rámec endogenního (vůči směnným vztahům) vynucování smluvních práv a povinností. Předně se jedná o tradičně uváděnou (a též často ohledně míry svého významu zpochybňovanou) problematiku vynucování smluv mechanismem společenské *reputace*, která může nečestným (oportunistickým) jednáním utrpět a svému nositeli, jednajícímu v rozporu se smlouvami, tak pro futuro zvyšovat transakční náklady vyjednávání. Dalším případem, kdy určitý vnitřní extra-legální systém nahrazuje funkce úplné smlouvy, jsou *dlouhodobé smluvní vztahy*. Tato problematika je zkoumána především teorií her, která analyzuje delší čas trvající smlouvy, resp. v delším časovém úseku pravidelně opakované plnění mezi totožnými stranami, jako tzv. nekonečné hry (hry s nekonečným počtem opakování). Významné je, že v takovýchto smluvních vztazích („hrách“) převáží obvykle kooperativní strategie nad oportunistickým jednáním (a to i bez existence takové společenské instituce jako je *reputace*). Konečně se zaměřím na obdobný přístup vycházející z behaviourální ekonomie a sociologie, jenž spatřuje jeden ze základních způsobů uskutečňování smluvních vztahů v *recipročním chování* (strategii) a který přístup teorie her doplňuje o určitá empirická pozorování a strukturální úvahy.

2.3.1 Interpretace smluv

Výklad právně relevantních ustanovení smlouvy je z hlediska ekonomické analýzy práva obdobně jako většina dalších nástrojů a struktur smluvního práva otázkou transakčních nákladů.

„Cílem systému, metodologie, či doktríny interpretace smluvních podmínek je minimalizovat transakční náklady ztěžující smlouvu, které jsou obecně chápány jako překážky úsilí o dobrovolný přesun vzácných zdrojů k jejich nejlepšímu využití.“¹⁸²

Právní pravidlo, které dovodí soud interpretací smlouvy, je v podstatě substitutem smluvního ustanovení explicitně podrobně uvedeného v úplné smlouvě. Zatímco ovšem skutečně dohodnuté pravidlo zapracované do textu smlouvy, postihující

¹⁸² Posner (2004), str. 3.

určitý kontext výslovně a jednoznačně řešící případnou nejistou budoucí událost, je zdrojem nemalých nákladů, které v každém případě vznikají a některá ze stran je musí nést, pravidlo, které je výsledkem soudního výkladu smlouvy na základě jiných (obecněji formulovaných) smluvních ustanovení, přináší významné transakční náklady jen v případě, že ho je potřeba. Kdy bude určité vymezení práv a povinností stran smlouvy zapracováno do textu a kdy naopak bude jeho určení ponecháno na případném incidentním dovození interpretací? Pozdější *ex post* interpretativní role soudu bude přirozeně upřednostněna právě tehdy, když náklady na zapracování detailního pravidla do textu smlouvy budou vyšší než náklady spojené s negociací obecných povinností stran a na jejich základě určením konkrétního právního řešení situace prostřednictvím soudního řízení vážené pravděpodobností, že nastane situace, jíž by takové pravidlo řešilo. Nutno bude ale také uvažovat náklady, které by způsobila chybná interpretace, vážené pravděpodobností, že se soud při výkladu dopustí omylu.

Mimo tohoto hlediska (tj. jakéhosi jakoby racionálního rozhodnutí stran, zda-li zahrnout určité ustanovení do smlouvy, nebo se spolehnout na pozdější interpretaci) nutno ovšem zmínit problém jazyka smlouvy, zvláště vykazuje-li tento jazyk určité odchylky od obecně přijímaných významů slov, nebo je-li formulace nepřesná nebo víceznačná. V takových případech je ovšem role soudu vlastně stejná – určit význam slov, tak aby vzniklý spor byl vyřešen dle výkladem dovozeného *ex ante* Pareto-efektivního pravidla.

Zatím jsem za cíl soudu při interpretování smlouvy považoval nalezení pravidla, jež naplňuje *ex ante* efektivitu, jež stojí v základech každé smlouvy, takové snažení soudu ale může samo o sobě přinést značné transakční náklady. Jak uvádí Richard Posner, soud může ale postupovat vícero způsoby:

„1. Předně se může snažit jistit, co strany skutečně zamýšlely; tedy předpokládat, že otázku, jež je předmětem interpretace, již během vyjednávání o smlouvě vlastně rozřešily, pouze nalezené řešení jasně neformulovaly.

2. Soud může zvolit ekonomicky efektivní řešení s předpokladem, že to je pravděpodobně to, co strany zamýšlely, nebo by byly zamýšlely, kdyby o daném problému přemýšlely.

3. *Může též přistupovat k věci tak, že rozhodnutí v prospěch jedné či druhé strany je stejně možné, s tím že následně aplikuje nějaké [arbitrární] pravidlo, aby se 'věci rozhybaly'. ...*

4. *Lze též zkombinovat možnosti ad 1. a ad 3. a předstírat, že písemná smlouva vždy zahrnuje úplné ujednání stran a že nemá být uvažováno s jakýmkoli jiným důkazem o významu smlouvy, než s textem samotným. ...*¹⁸³

První pravidlo¹⁸⁴ odpovídá právě dosud uvažované snaze soudu po tom, zjistit dobrovolnou vůli stran *ex ante*, tedy s jistotou *ex ante* Pareto-efektivní určení vzájemných práv a povinností, jak R.Posner uvádí přináší takové řešení zároveň nejvyšší výhody (ideálně stejnou efektivitu jako analogická úplná smlouva) i nejvyšší náklady, neboť robustní zjištění ohledně minulé vůle stran bude relativně velmi náročné.

V případě přístupu soudu zaměřeného na efektivnost (ad 2.) bude situace podobná, s tím rozdílem, že jak náklady, tak přínosy této metody budou nižší – náklady dokazování a učinění takového rozhodnutí budou sníženy, protože soud bude ve svých úvahách veden nikoli nejistými tvrzeními stran, ale textem smlouvy, spolehlivě zjištěnými fakty a obecnými poznatky o ekonomických funkcích smlouvy. Přínosy (tzn. přírůstky společenského bohatství) při takovémto postupu soudu budou ovšem též nižší, a to z důvodu, že strany mohou zamýšlet jiný účel (delimitaci smluvního vztahu), než který bude soud zkoumat instrumentáři ekonomie blahobytu.

Rozhodnutí orientující se na arbitrární stanovení pravidla (ad 3.) bude podle Posnera výsledek nejnepříznivější. V podstatě lze tuto metodu považovat za optimistickou aplikaci poznatků o Coasově teorému – tj. „nějak“ alokovat subjektivní právo a důvěřovat následnému vyjednávání mezi stranami, které takové i chybně přisouzené subjektivní právo efektivně realokuje. Tak by tomu samozřejmě bylo, kdyby byla následná vyjednávání zatížena jen nepatrnými (či nulovými) transakčními náklady, ve skutečném světě ale taková rozhodovací praxe může tlakem na růst transakčních nákladů¹⁸⁵ vést k neefektivním výsledkům a plýtvání.

¹⁸³ Posner (2004), str. 13.

¹⁸⁴ Srov. ObčZ § 35 odst. 2 a 3.

¹⁸⁵ A to spíše v kontrakčním stádiu, protože strany se budou snažit vytvořit smlouvu úplnější – v „rovnici“ jejich uvažování totiž vzrostou možné újmy určité smlouvou neřešené situace

Obdobné neduhy zatěžují též poslední, čtvrtou možnost – tedy textualistický, formalistický výklad smluv. Posner¹⁸⁶ se domnívá, že větší důraz na formalismus a růst jeho popularity mezi akademickou obcí v USA souvisí s tím, že čím dál více akademiků ztrácí kontakt s praxí ať již přímo v právu či v businessu.

Posner tedy – v souladu se svojí koncepcí soudu imitujícího trh – považuje za nejlepší možnost spolehlivého nalezení odpovědi na otázku, jaká byla (či by byla) vůle stran smlouvy při formování smlouvy, přičemž možnost ad 2. považuje za *second best* variantu, která ve skutečném světě bude často minimalizovat náklady důslednějších interpretačních postupů dle možnosti ad 1. Nutno však říci, že argumenty nechybějí ani – Posnerem vzpomínaným – autorům, kteří vyzdvihují přednosti textualistického přístupu (ad 4. v Posnerově dělení).

Zmíním zde práci Schwarze a Scotta (2003)¹⁸⁷, kteří na formálním modelu demonstrují, že v případě smlouvy mezi profesionály (mezi podnikateli, tzv. business-to-business, či „B2B“ smlouvy) budou často strany preferovat formalistický výklad textu smlouvy.

Je možné dovést vícero důvodů, proč by mohli smluvní partneři-profesionálové preferovat doslovný výklad smlouvy před možností, aby se soud pokusil nalézt či dovést jejich úmysly, případně je nahradit vlastní úvahou o ekonomickém účelu a efektivitě dané transakce – jedním je minimalizace nákladů dokazování v soudním řízení, dalším pak možnost vyšší předvídatelnosti výsledku řízení. Strany takové („B2B“) smlouvy budou obdobných smluv uzavírat v průběhu času celou řadu

o pravděpodobnosti vážené snížení *ex ante* přínosů smlouvy právě vlivem chybného rozhodnutí soudu a vyplatí se tudíž vynaložit na předejití takovým případům větší úsilí a více prostředků. Následné vyjednávání se často neuskuteční, protože výše transakčních nákladů bude prohibitivní.

¹⁸⁶ Který v USA sám působí jako mnohaletý soudce federálního odvolacího soudu pro sedmý distrikt (7th Circuit).

¹⁸⁷ K dalším významným proponentům tohoto přístupu patří např. Lisa Bernstein, která na empirických studiích z nejrůznějších podnikatelských prostředí (nejznámější je její studie New Yorkských židovských obchodníků s diamanty), ve kterých se udržují dlouhodobé obchodní vztahy, ukazuje, že smluvní partneři zde často preferují soukromé mechanismy řešení sporů (private adjudication) u různých profesních „tribunálů“, přičemž způsob, kterým taková quasi-soudní tělesa postupují, je většinou *formalističtější*, než by byl postup soudního orgánu daného státu (vesměs USA) postupujícího podle pozitivně-právní úpravy ve srovnatelné věci. Viz Scott (2004), str. 503.

a dlouhodobě užívaný text, který reaguje na časté či méně časté, avšak závažné, události, se kterými se tito profesionálové v daném odvětví setkávají, bude většinu takových situací řešit způsobem, který skutečně odpovídá vůli těchto stran¹⁸⁸. Naopak v neprospěch soudu hovoří velmi vysoké informační náklady a navíc časová prodleva mezi vznikem sporu a soudním rozhodnutím, která představuje náklady pro strany – které je možno při formálnější interpretaci smlouvy (doslovným dodržáním jejich ustanovení) snížit tím, že výsledek sporu lze snadněji anticipovat. Mimoto, lze v takovém prostředí (u smluvních partnerů s obdobnou, ekonomickou velikostí determinovanou, vyjednávací pozicí) reálněji uvažovat o případném řešení stavu nastoleného chybným rozhodnutím soudu následným coasovským vyjednáváním (např. již z toho důvodu, že takoví smluvní partneři budou mít vybudovány propracované „vyjednávací kanály“).

Ve všech dosud uvedených možných postupech interpretace smlouvy byl skryt předpoklad, že výkladový mód (tedy buď interpretaci vycházející hlavně ze zjišťování *ex ante* vůle stran nebo naopak výklad formalisticky se zakládající na textu nutně neúplné smlouvy) určuje subjekt, který výklad smlouvy provádí (soud). Katz (2003) ovšem nabízí jiné řešení – tedy zahrnutí ustanovení o preferovaném způsobu výkladu do smlouvy samotnými stranami. Opět se ovšem o silné tvrzení jedná jen v ohledu na „profesionální“ kontrahenty. Katz dovozuje, že volba jednoho způsobu interpretace závisí na specifických určité konkrétní transakce, především na: (1) přímých transakčních nákladech, (2) snaze o minimalizaci rizika prostřednictvím volby adekvátního výkladového pravidla, (3) způsobu, jakým určitý postup soudu ovlivní *ex ante* incentivy jednání stran při plnění smlouvy (zde je skryta i otázka předpokládané výše *ex post* nákladů renegociace), (4) nebezpečí vydírání (tj. problém specifických investic

¹⁸⁸ Opět se zde setkáváme se zákonem velkých čísel. Takovéto pro určitá hospodářská odvětví typické smlouvy pak představují konsensuální syntézu informací nabytých díky zákonu velkých čísel, jenž svědčí každému profesionálnímu účastníku smluvních vztahů v daném odvětví. Výhoda zákona velkých čísel v určitém odvětví naopak neprospívá soudu, který řeší sice velké množství věcí, ovšem z různých odvětví (jež mají každé svébytné podmínky, které determinují efektivní alokaci rizik, a tedy vymezení smluvních práv a povinností). Podobně zákon velkých čísel bude mít též minimální vliv na jednotlivce smluvně si obstarávajícího své vlastní záležitosti (tedy především v pozici spotřebitele).

a důvěry, angl. *reliance incentives*), (5) nebezpečí tzv. dobývání renty (*rent-seeking*)¹⁸⁹, které je vyšší tam, kde soud provádí interpretaci na širší bázi, než jen ze samotného textu smlouvy, (6) nákladech zastoupení (*agency cost*)¹⁹⁰ a (7) potřebě a ceně likvidity a případně dalších ke kontraktu komplementárních služeb.¹⁹¹ Výsledná volba určitého interpretačního postupu pak bude stát na vyvážení vlivu těchto hledisek, kdy obvykle pro vyššími náklady hrozící podmínky smlouvy bude upřednostňován doslovnější výklad.¹⁹² Je ovšem pravděpodobné, že v situaci, kdy je volba mezi módy výkladu závislá na celé řadě charakteristik konkrétního případu, jsou smluvní strany v podstatně výhodnějším postavení než soud (či dokonce zákonodárce) k tomu určit, jaký výklad povede k efektivnímu vyřešení sporu.

2.3.2 Problematika dispozičních norem

Oblastí, které je v Law & Economics tradičně věnována značná pozornost, je problematika dispozičních norem¹⁹³ (*default rules*). Značný důraz, který je na otázku dispozičních norem kladen, je v nápadném nepoměru především ve srovnání s rolí interpretace smluv, kterou se většina klasických učebnic L&E vůbec nezabývá¹⁹⁴. Není

¹⁸⁹ Jde o jednání stran, které je zaměřeno na získání „renty“, tedy zisku přesahujícího určitou běžnou úroveň, a sice vynakládáním prostředků na ovlivnění politického nebo podobného mocenskou silou působícího procesu (např. jednáním soudu). Problémem *rent-seeking* je, že vynaložené prostředky jsou čistou ztrátou, nikoli produktivní investicí, neboť nevytváří žádné budoucí ekonomické hodnoty, nýbrž působí jen na redistribuci zdrojů. Náklady dobývání renty (jde o koncept z oblasti *Public Choice*, tedy zkoumání politiky ekonomickou metodou) mají typicky podobu úplatků. Krom toho ale může jít např. o lobbování, či v případě soudního sporu extenzivního dokazování, pořizování nepodstatných znaleckých posudků atd.

¹⁹⁰ Nejedná se pouze o cenu samotného zastupování (odměnu zástupce), ale hlavně o náklady, které přinášejí případné oportunistické jednání zástupce a morální hazard, který působí při nakládání se zástupci nepatřícími hodnotami.

¹⁹¹ Katz (2004), str. 524 a násl.

¹⁹² V příloze č.2 této práce prezentuji tabulku, srovnávající varianty výkladu podle uvedených kritérií (1) až (7). Tabulka je převzata z Katz (2004), str. 536.

¹⁹³ Dispoziční normou zde ekonomická analýza práva rozumí normu, která vlastní pravidlo chování stanoví, ovšem pouze subsidiárně k vlastním projevům vůle svých adresátů, viz. Gerloch (2004), str. 54.

¹⁹⁴ Sice nikoli tak klasickou, ale přeci jen čestnou výjimkou mezi monografiemi je Schäfer (2004), nicméně i on zařazuje interpretační roli soudu při řešení neúplnosti smluv spíše jako jistou reziduální

přítom zohledňován fakt, že interpretace bude významným tématem i ve vztahu k řešení mezerovitosti smluv pomocí dispozitivních právních pravidel. Z toho důvodu považuji za vhodnější zvolené zařazení textu týkajícího se otázek interpretace před nástin přístupů ekonomické analýzy práva k roli dispozitivních norem.

Základní poznatek o významu dispozitivních právních pravidel vztahujících se k právům a povinnostem stran smlouvy se ve své logice neodchyluje od již několikrát řečeného – dispozitivní úprava smluvních vztahů šetří transakční náklady¹⁹⁵. Je to mu tak proto, že existence široké platformy dispozitivních norem smluvního práva umožňuje do smlouvy zahrnout (a náklady na vyjednávání vynaložit pro) pouze ten okruh budoucích (předvídatelných) nejistých stavů světa, pro který platí, že v konkrétním případě určité takové nepříznivé budoucí události náklady na její výslovnou úpravu ve smlouvě nepřesáhnou rizikem jejího vzniku vážené újmy, jež by způsobila, a to s vyloučením těch budoucích nejistých stavů světa, které souladně s vůlí stran řeší určitá dispozitivní norma (jež nebude tudíž muset být nahrazena smluvním ujednáním). Transakční náklady bude pak dispozitivní úprava šetřit též při rozhodování soudu, neboť tento nebude muset provádět náročnější (jak z hlediska nutných informací, tak schopností a času soudce) a tedy nákladnější formy *gaps-filling* popsané v předcházejících výkladech. Soud jednoduše mezery ve smlouvě vyplní adekvátní dispozitivní normou, jako by šlo o ustanovení úplné smlouvy. Předpokladem stojícím v základech takového postupu je, že – nebyla-li dispozitivní norma nahrazena výslovným smluvním ujednáním – strany s vymezením svých práv a povinností, tak jak je činí dispozitivní úprava, souhlasí stejně, jako kdyby šlo o projev jejich vlastní vůle.

Je evidentní, že způsob, kterým bude dispozitivní pravidlo změněno ujednáním stran má mnoho společného s mechanismem Coasova teorému: sama dispozitivní norma představuje výchozí vymezení práv a povinností, tedy určitou předpokládanou alokaci zdrojů. Situace konstituovaná samotným dispozitivním pravidlem chování ovšem může vytvářet neefektivní vymezení práv a povinností – změnou tohoto vymezení lze tedy zvýšit užitek alespoň jedné strany a nesnížit (či alespoň plně kompenzovat) užitek smluvní strany druhé (Paretovské zlepšení). Pokud jsou transakční

kategorii, ke které je nutno se uchýlit, nepostačuje-li právě explikativní potenciál teorie dispozitivních pravidel.

¹⁹⁵ Schäfer (2004), str.299.

náklady zanedbatelné, lze předpokládat, že případná z hlediska efektivity (v daném konkrétním kontextu) inferiorní dispozitivní úprava smluvního vztahu bude nahrazena Pareto-efektivní úpravou ve smlouvě mechanismem coasovského vyjednávání „okolo“ tohoto pravidla¹⁹⁶. Je zde již patrné možné nebezpečí – pokud transakční náklady zanedbatelné nebudou (tj. bude-li např. nákladná komunikace mezi stranami, nebo se budou strany nacházet v postavení bilaterálního vyjednávacího monopolu)¹⁹⁷, je možné, že dispozitivní norma, která by měla být nahrazena, může naopak způsobovat nemalé neefektivnosti a zatěžovat případně obě strany významnými náklady.

Jak upozorňují Schwarz a Scott (2003) neefektivní výsledky přinášejí i mnohá dispozitivní pravidla jako taková. Je tomu tak tehdy, hrozí-li případné nenahrazení dispozitivní úpravy a její potenciální aplikace soudem většími ztrátami než by tomu bylo v případě neexistence takové právní úpravy. Bez existence takového dispozitivního pravidla by formování smlouvy bylo zatíženo nižšími transakčními náklady, neboť strany by určitý okruh nejistých budoucích událostí nechaly bez příslušného výslovného ustanovení, avšak dispozitivní pravidlo, které stanovil zákonodárce, zvyšuje – při stejné pravděpodobnosti, že dojde k dané nepříznivé události – možné škodlivé následky (např. zcela opačnou alokací rizika, než by v dané situaci strany preferovaly). Takové neefektivní dispozitivní pravidlo pak zvyšuje úroveň transakčních nákladů, jež jsou strany ochotny nést, aby se jeho účinkům vyhnuly. Tyto náklady však budou skutečně vynaloženými prostředky a neefektivnost dispozitivní úpravy tak povede k plýtvání zdroji, a tudíž k snížení společenského blahobytu.

¹⁹⁶ Vyjednávání „okolo“ pravidla se vztahuje k faktu, že Pareto-suboptimální pravidlo bude patrně pro jednoho účastníka vyjednávání výhodnější než pro druhého, tento první účastník pak původní dispozitivní pravidlo využívá k posílení své vyjednávací pozice – pokud by vyjednávání nevedlo k výsledku, je oproti druhému účastníku v ještě relativně výhodnější pozici (jde o jakýsi přístup „při nejhorším lepší vrabec v hrsti, nežli holub na střeše“). Nutno ovšem dodat, že předpokladem úspěchu vyjednávání a nahrazení dispozitivní normy je, že taková změna bude Paretovským zlepšením, tedy že bude výhodnější pro obě strany.

¹⁹⁷ Myslitelná je ovšem též situace, kdy transakční náklady vyjednávání o nahrazení dispozitivní normy budou ovlivněny především výší informačních nákladů vynakládaných na to zjistit, co je obsahem daného dispozitivního pravidla. Půjde vesměs o případy složitých právních úprav, nejasných ustanovení, nebo matoucí podvojně úpravy významných právních institutů jako je tomu v mnoha případech v českém soukromém právu.

Tvorba dispozitivních právních norem bude tedy značně významná a zároveň nelehká, předně nelze z uvedených důvodů přisvědčit názoru, že případnou neefektivnost („nevhodnost“ v této normě obsažené úpravy vztahů) dispozitivní normy není nutno považovat za nebezpečí pro efektivní realizaci smluvně-právních vztahů, neboť smluvní strany mohou neefektivní dispozitivní úpravou nabízené pravidlo vždy vyjednáváním vyloučit ve prospěch pravidla smluvního. Jak bylo uvedeno, dispozitivní normy, které v konkrétních podmínkách nereprezentují stranami preferované pravidlo, mohou v kontextu nenulových transakčních nákladů vést k výsledkům neefektivním.

Specifický pohled na otázku, jaký účel by měly dispozitivní normy sledovat nabízí Ayres a Gertner (1989)¹⁹⁸ ve svém již klasickém článku. Podle nich je jedním z hlavních důvodů neúplnosti smluv oportunní strategické jednání stran v průběhu kontraktace, kdy strany se snaží vyzískat z transakce co nejvíce prostřednictvím uchování si výhody asymetrické informace. Právo by pak podle Ayrese a Gertnera (1989) mělo (v některých adekvátních případech) stanovovat jakési „donucující dispozitivní normy“ (*penalty defaults*). Jedná se o taková vymezení vzájemných práv a povinností stran v situaci, ve které hrozí nebezpečí, že jedna strana se bude snažit využít ve svůj prospěch informační převahu (asymetrickou informaci), které je pro tuto stranu právě díky znalosti relevantních informací (jež druhé straně známy nejsou) nevýhodné a informační výhodu tak „trestá“ nevýhodným postavením ve smluvním vztahu. Neboť se ovšem jedná o normu dispozitivní, představuje nevýhodnost jejího dispozitivně stanoveného postavení pro stranu, která využívá zatajených informací incentiv vyjednávat okolo tohoto – pro ni nevýhodného výchozího pravidla – a nutí ji tyto informace druhé straně odkrýt. Opět i zde bude použití takovýchto dispozitivních norem omezeno pravděpodobnou úrovní transakčních nákladů, již budou strany čelit a která podmiňuje uskutečnění vyjednávání o odlišné úpravě smluvního vztahu.

2.3.3 Reputace, dlouhé období a reciprocita

Většina závazků ze smluv obvykle zaniká svým splněním a není třeba se obracet na formální právní mechanismy o určení a poskytnutí autority smluvním ustanovením a jejich následné mocenské vynucení. V případě úplné smlouvy by to nebylo ani praktické, neboť jakýkoli možný budoucí spor je *ex ante* vyřešen a jeho řešení je

¹⁹⁸ In Parisi a Posner (2002).

výslovně pojato do textu smlouvy – soud by rozhodl podle jejího znění a strana, která by odmítala splnění povinností ze smlouvy by tak oproti jejich dobrovolnému splnění byla jen navíc zatížena náklady soudního řízení (které by z definice úplné smlouvy nutně jen potvrdilo řešení sporu, jež by se ze smlouvy dalo již předtím vyčíst). Stejně tak v případě smlouvy neúplné bude dle smlouvy dobrovolně plněno vždy tehdy, bude-li to v době plnění smlouvy pro obě strany výhodné, tedy bude-li smlouva též *ex post* Pareto-efektivní. Případný konflikt, který vznikne ze změny podmínek, jež ovlivňují efektivnost smlouvy, v době po jejím uzavření, ovšem taktéž nemusí vždy být nutně řešen formou soudního sporu, a přesto může být efektivně vyřešen. Již několikrát jsem zmínil možnost renegociace – tedy v podstatě novace závazkového vztahu – která zcela analogicky formování původní smlouvy povede též k řešení *ex ante* efektivnímu. Níže uvádím odlišné koncepce ekonomických mechanismů, které mohou vést k podobným výsledkům jako působení formálního platného práva a jeho dodržování vynucujících institucí. V míře větší než v ostatních částech této práce je nutné si uvědomit, že institut smlouvy není zdaleka výlučně právním konstruktem¹⁹⁹, naopak, že spočívá na velmi významných základech ekonomických a sociologických²⁰⁰.

Předně jde o reputaci, která pro aktéry nejrůznějších trhů představuje kapitál, do jehož získání je nutné investovat (např. vzdáním se zisků z oportunistického chování). Tento kapitál pak přináší vyšší míru zisku z každé následující transakce a naopak jeho ztráta bude přinášet budoucí ztráty často výrazně přesahující zisk z pověst ohrožujícího jednání (ztráta reputace coby produktivního kapitálu, je tedy sankcí, jíž tržní prostředí odrazuje od nepřijatelného jednání). Reputace je nepochybně významnou komponentou působení v určitém vymezeném segmentu trhu, o čemž svědčí váha přikládání péstování a ochraně „dobrého jména“ či *goodwillu* obchodních společností (přičemž se též jedná o penězi ocenitelné hodnoty).

¹⁹⁹ Např. význačný stoupenec právního realismu S.Macaulay (1977) upozorňuje, že ryze právní pojetí smlouvy neodpovídá empirickému obrazu směnných vztahů.

²⁰⁰ Nemohu si odpustit komentář, že tam, kde bude právní věda hovořit o „sociologickém pozadí“ nebo „sociologických důvodech“ atp., půjde často vesměs o problematiku, jejíž zkoumání bude doménou stejně tak ekonomické analýzy jako sociologie.

Nelze však očekávat, že samotná reputace²⁰¹ bude z hlediska dodržování a plnění smluv dosahovat obdobných výsledků jako pozitivní právo a soudní systém. Jak uvádí Shavell (2003), bude tomu tak zejména ze dvou důvodů: (1) soudy mohou při svém rozhodování nesrovnatelně lépe cílit své informační náklady a konkrétní případy řešit s úvahou beroucí v potaz konkrétní okolnosti; podobné cílenosti a adekvátnosti rozhodnutí jedinečným podmínkám v prostoru a čase nelze prostřednictvím reputace coby jediného vodítka dosáhnout. Toto je určitý behaviourální aspekt – rozhodování se na základě „dobré pověsti“ je příliš „hrubé“ a nutně se dopouštějící generalizací, které přitom nemusí být pro dané rozhodnutí zdaleka relevantní. Důvodem je také, že způsob získávání informací o potenciálním smluvním partnerovi je poměrně náročný (nákladný), zvláště srovnáme-li jej s efektivností cenového mechanismu. A dále (2) incentivy, jež poskytuje reputace, nemusí být mnohdy dostatečně silné. Zvláště půjde o případy, kdy se subjekt – potenciální smluvní strana bude pohybovat v prostředí mnoha různorodých trhů, přičemž realizované transakce na těchto jednotlivých trzích budou co do objemu malé, typicky půjde o situaci běžného spotřebitele. V případě tohoto druhého důvodu půjde též o problém kognitivní, tedy nakolik bude jedna strana schopna zjistit a adekvátně vyhodnotit informace o reputaci druhého kontrahenta. Z uvedeného lze usoudit, že

„... ačkoli reputace může pomoci vynucovat smlouvy, půjde obecně o nedokonalý substitut soudní moci a to z důvodu, že je to obvykle substitut jak příliš povrchní tak i méně efektivní. Nicméně, reputace je často levnějším prostředkem vynucování smluv. V mnoha situacích budou náklady soudního sporu skutečně natolik vysoké, že žalovat o plnění nebude mít smysl, a jediné reputace bude vytvářet tlak na splnění kontraktu.“²⁰²

Přístupem, který je oproti zkoumání reputace, tedy charakteru jednotlivých aktérů trhu, zaměřen na povahu vztahu mezi nimi je teorie her²⁰³. Vztah, který teorie her

²⁰¹ Šířeji lze hovořit o dalších společenských mechanismech tlaku na jednotlivce jako je veřejné mínění, společenská ostrakizace, či řečeno terminologií marketingu *word-of-mouth* (tedy „šuška“).

²⁰² Shavell (2003), kapitola 13, str. 22.

²⁰³ Teorie her je rozsáhlým – dnes již – oborem na pomezí ekonomie a matematiky, jehož předobrazem byla práce J.v.Neumanna a O.Morgensterna z období konce druhé světové války *The Theory of Games*

zkoumá (nazývá jej „hrou“), je situace směny, kdy je každý „hráč“ postaven před volbu, zda-li se chovat kooperativně (tedy čestně) nebo naopak nekooperativně (tedy oportunisticky). Nekooperativní strategie zahrnuje pak celou řadu možných oportunistických jednání – např. vydírání (*hold-up*), rozhodování, zda vyjavit či nikoli asymetrickou informaci, či v případě smluv, kdy jsou druhé straně svěřovány k opatrování určité hodnoty, problém nákladů zastoupení (*agency costs*). Základním modelem, ze kterého teorie her vychází je tzv. výplatní matice situace označované jako věžňovo dilema, které při nekooperativní matici ústí do Pareto-suboptimální tzv. Nashovy rovnováhy²⁰⁴. Podmínky věžňovo dilematu budou obdobné při jednorázové

and Economic Behavior. Jádrem teorie her je zkoumání strategií, tedy jednání a tvorbu rozhodnutí, které bere v potaz taktéž reaktivní strategii ostatních subjektů. Více např. Varian (1995), str. 480 násl.

²⁰⁴ Věžňovo dilema je následující modelová situace: dva lupiči se dostávají do vazby a každý je držen odděleně. Vyšetřovatel pak každému z nich nabídne možnost se přiznat, přičemž s přiznáním je spojen podstatně menší trest. Přitom ale trest jednoho lupiče nezávisí jen na jeho vlastním přiznání, ale také na jednání jeho komplice – ten, kdo se nepřizná, zatímco jeho společník ano, bude potrestán podstatně tvrději. Případ kdy se nepřizná ani jeden z lupičů poskytuje nejnižší *celkový trest*. Situace, kdy se přiznají oba lupiči pak každému z nich přivodí trest ve výši mezi variantou, ve které se přizná pouze jeden, a variantou, kdy se nepřizná žádný, přičemž ale součet – tj. *celkový trest* je *nejvyšší*. Situaci znázorňuje následující klasická výplatní matice (hodnoty v matici mohou být samozřejmě voleny i jinak):

		Lupič 1	
		Nepřiznat	Přiznat
Lupič 2	Nepřiznat	1rok/1rok	10let/3měsíce
	Přiznat	3měsíce/10let	6let/6let

Je zřejmé, že nejvýhodnější by pro oba lupiče bylo volit kooperativní strategii – tedy nepřiznávat nic (v kooperaci jim ale dosti brání fakt, že jsou oba drženi odděleně), nakonec se patrně oba přiznají a „hra“ skončí s výsledkem znázorněným v pravém dolním políčku – tedy s trestem, který je celkově zcela nejvyšší. Pravé dolní políčko bude tzv. Nashovou rovnováhou (ve které nemá žádná ze stran důvod měnit učiněné rozhodnutí, srov. výklad u Variana (1995), str. 482 násl., zvláště pak str. 485), která bude neefektivní z hlediska Paretovské efektivnosti (to je ovšem pravidlem specificky právě u věžňovo dilematu, jinak Nashova rovnováha obecně Pareto-efektivní být může) a dokonce nejméně efektivní ze všech možných variant z hlediska Kaldor-Hicksovského kritéria.

Je

transakci, u níž není uvažováno s případným opakováním, obě strany budou mít určitou motivaci zamlčovat informace, vyhýbat se vlastnímu plnění atd. Výsledkem by ovšem při neexistenci jakéhokoli vnějšího donucovacího aparátu byla nižší efektivnost celé transakce, resp. celého systému smluvní svobody.

I při neexistenci vnějších prostředků donucení ovšem bude odlišná situace dlouhodobých smluvních vztahů, či často mezi týmiž stranami opakovaných transakcí. Zde bude totiž možné sledovat strategii kooperativní a především k jejímu dodržování druhou stranu autonomně nutit. Klíčem je strategie „jak ty mně, tak já tobě“ (*tit-for-tat strategy*). Hrozbou „odvety“ hrozí bránící se strana posunutím smluvního vztahu pro jedno „kolo hry“ do neefektivní Nashovy rovnováhy a tedy snížením zisku i té strany, která se (předpokládajíc dodržování smlouvy druhou stranou) oportunisticky pokusila zvýšit svůj zisk na úkor druhé strany nad úroveň při kooperativní strategii (byť by celkový zisk obou v součtu klesl). Pokud mají strany před sebou vyhlídku na dlouhodobý smluvní vztah, je lze očekávat, že převládne kooperativní strategie, neboť soustavným oportunismem by se porušující strana připravovala o významnou část možných zisků z kooperace (spolupráce sevyplácí).

Vztahy, ve kterých strany nijak konkrétně nepočítají s ukončením, lze modelovat formou tzv. nekonečných her (her s nekonečným počtem opakování). Odlišný bude případ „hry“, která uvažuje jen s omezeným počtem opakování. V takové hře je možné očekávat nekooperativní strategii minimálně v jejím posledním opakování (nenásleduje žádné další „kolo“, ve kterém by se bylo možno obávat odvety). Je ovšem možné, že strany budou toto porušení smlouvy v posledním opakování (např. při posledním plnění) očekávat – tj. budou se obávat výsledku neefektivní Nashovy rovnováhy a proto zvolí strategii nekooperovat již v předcházejícím „kole“. To ovšem platí zjevně pro každé další (dřívější) opakování hry, u které je předem znám počet opakování – výsledkem pak je nekooperace a nepříznivé Nashovo equilibrium již v prvním „kole“ hry²⁰⁵.

Celkově lze zhodnotit, že čím je smluvní vztah stálejší a delší, tím je spolupráce stran více vnitřním faktorem tohoto vztahu a méně výsledkem existence hrozby právní sankce či zásahu soudu – čili, že

²⁰⁵ Pozoruhodný je výsledek empirických zjišťování i experimentů, který uvádějí Dixit a Nalebuff, že obvykle lze v několika prvních opakováních konečné hry pozorovat kooperativní strategii, byť je počet opakování předem hráčům znám.

„...neformální ujednání se stávají důležitějšími než formální dohody tehdy, když je očekáváno, že smluvní vztah bude trvat dlouhou dobu. ... Jakýkoli dlouhodobý mezilidský vztah, ať již v podnikání nebo v osobním životě, se pravděpodobně nebude přísně řídit [právními] pravidly.“²⁰⁶

S kooperativní strategií typu „jak ty mně, tak já tobě“ souvisí problematika širšího fenoménu, který lze označit jako *reciprocita*. Zatímco teorie her dává přesvědčivé důkazy o pravděpodobném kooperativním jednání lidí pouze v dlouhém období, reálné (nejen) tržní vztahy bývají ve skutečnosti kooperativní často i v krátkém období, či dokonce při jednorázových transakcích, přičemž zdaleka ne vždy je možno tuto tendenci ke spolupráci přičítat mechanismům, jimiž pozitivní právo a praxe soudů čelí opačnému sklonu k oportunistu.

Jak již bylo naznačeno, kooperace je zřetelně výhodná pro celek společnosti, zatímco před jednotlivcem stojí též možnost zvýšit svůj okamžitý zisk (užitek) na úkor ostatních *černým pasažérstvím*²⁰⁷. V případě směnných vztahů ovšem často tato možnost škodlivého oportunistického jednání zůstane pouze možností a nebude využita. Důvodem je patrně samotná konsensuální povaha směnných vztahů a pravděpodobně též řada „rituálů“, signálů a dalších společenských institutů, které usnadňují tvorbu úsudků a očekávání ohledně konkrétních smluvních partnerů²⁰⁸. Z hlediska ekonomie

²⁰⁶ Cooter a Ulen (1988), str. 243.

²⁰⁷ Černé pasažérství (free-riding) je spjato s tzv. kolektivní akcí, tedy jednáním vícero členů určité společnosti (spíše nepřichází v úvahu v případě pouze dvoustranných smluv, neboť tam je důsledkem nekooperace to, že se smlouva nanaplní), kdy určitá část jejích členů se vyhýbá nesení nákladů či povinností, které systém přináší, a využívá pouze jeho výhod. Klasickým příkladem bývá neplatič daní, který benefituje z užívání daňově financovaných veřejných statků. V ohledu na problematiku smluv a smluvní svobody je černým pasažérem ten, kdo využívá důvěry lidí v reciproční povahu smluv, aniž by sám do tohoto systému svou kooperací přispíval (je to tedy z hlediska celku ten, který se v rámci byť i dvoustranné smlouvy chová oportunisticky). V případě vícestranných smluv je pro černé pasažérství typický příklad kartelové dohody, v jejímž rámci mají strany silnou motivaci se dohodnutými omezeními neřídit právě tehdy, pokud její ostatní účastníci své závazky z dohody dodrží (kartely jsou tudíž obvykle značně nestabilní a pokud sklon k černému pasažérství převládne, končí kartel v Nashově rovnováze obdobně věžňovu dilematu). Srov. např. Hardin (2003).

²⁰⁸ Scott (2003) za svého druhu způsob „testování“ potenciálního smluvního partnera označuje některé neurčité smlouvy (zvláště o smlouvě budoucí), které nejsou soudně vynutitelné a jsou-li poté i přesto hladce plněny, jedná se již pro smluvní partnery o pozitivní informaci o charakteru druhé smluvní strany.

shrnuje výsledky mnoha experimentálních zkoumání recipročního lidského jednání Scott (2004) takto:

„1. Mnoho lidí jedná recipročním způsobem, který se odchyluje od čistě sobeckého chování. Reciprocita znamená, že jedinci reagují kooperativně na velkorysost a naopak trestají nekooperativní jednání.

2. Jedinci oplácí velkorysost a trestají sobeckost dokonce v interakcích s úplnými cizinci, a dokonce tehdy, když jsou takové reakce pro ně nákladné a nevedou k žádným současným ani budoucím materiálním výhodám.

3. Pozorovaná preference pro reciprocitu je heterogenní. Někteří lidé projevují reciproční chování, ale jiní jsou sobečtí. ... [P]oddíl recipročně férových subjektů je ve společnostech konstantní a pohybuje se mezi 40 až 60 procenty.“²⁰⁹

Scott (2004) zároveň upozorňuje, že v popsané situaci, když sobecký člověk neví, je-li jeho smluvní partner spíše sobec nebo se spíše bude chovat recipročně, vyplatí se i jemu samému jednat recipročně. Ve světě, kde je reciproční jednání zastoupeno heterogenně v uvedeném experimentálně zjištěném poměru, nelze očekávat, že se bude „sobecké“ chování oproti recipročnímu systematicky vyplácet, naopak povede s poměrně vysokou pravděpodobností k nepříznivým výstupům charakteru vězňových dilemat (naopak v případě, že by osamoceny sobecky jednající jedinec stál proti homogenní recipročně jednající společnosti, vyplatilo by se mu v jednorázových transakcích uplatňovat nekooperativní strategii – být černým pasažérem²¹⁰). Toto zjištění ovšem vede Scotta (2004) k úvaze, že obsáhlá a detailní regulace smluvních vztahů formálním právem a případně „agresivní“ soudní *gaps-filling*²¹¹ může tuto zvláštní behaviourální rovnováhu vychýlit, v podstatě vytěsňovat tendence

²⁰⁹ Scott (2004), str. 383.

²¹⁰ Charakter pozorovatelného jednání (zda-li bude převážně sobecké či kooperativní) se tedy zdá být funkcí okolního ekonomického prostředí. Ibid, str. 383 supra pozn.37.

²¹¹ Jedná se o výhradu podobnou odmítání interpretace smluv zaměřené na náročné zjišťování *ex ante* vůle stran, případně na uplatňování standardů efektivnosti (rekonstrukci mezerovitých ustanovení podle funkcí smlouvy), viz výše.

k recipročnímu chování a paradoxně napomáhat širšímu uplatňování nekooperativních strategií²¹².

2.4 *Pacta non sunt semper servanda*

Dispozitivní normy a výkladové postupy mohou pomoci „rekonstruovat“ příslušné části hypotetické úplné smlouvy v okamžiku, kdy se ukáže jejich potřeba a skutečná smlouva na *ex post* nastalý, ale *ex ante* nejistý stav světa nepamatuje. Změna vnějších podmínek ovšem nemusí ani překročit ve smlouvě zachycenou alokaci jednotlivých rizik, aby vzniklo nebezpečí neefektivnosti. Změna určitých podmínek totiž může způsobit, že ve smlouvě stanovené využití zdrojů se stane neefektivním, tedy že dojednaná směna již nemá za důsledek přesunutí vzácných zdrojů do neefektivnějších využití, nýbrž určitou suboptimální alokaci těchto zdrojů. Přitom se ovšem ještě nejedná o nemožnost plnění, pouze o jeho ekonomickou neefektivnost, tedy též případ, který kupř. český ObchZ v § 356, odst. 2 výslovně vylučuje jako možný důvod zmaření účelu smlouvy²¹³.

Obecně lze uvažovat především dva případy takové změny podmínek, která učiní porušení smlouvy z hlediska ekonomie blahobytu *žádoucí*²¹⁴: na straně kupujícího

²¹² Ibid, str.388.

²¹³ Zmaření účelu smlouvy je jinak institutem, který efektivnostnímu pojetí smlouvy relativně dobře odpovídá; pro diskuzi blízké americké doktríny *commercial impracticability*, ale též významu dodatečné nemožnosti plnění srov. Cooter a Ulen (1988), str. 281 až 288. Inspirativní též de lege ferenda je v tomto kontextu analýza německé doktríny *Geschäftsgrundlage* u Schäfera (2005), str. 303.

²¹⁴ Barton (1972). Provokativnost, či nesmyslnost tohoto tvrzení Law & Economics z hlediska práva ovšem nemusí být taková, jak by se na první pohled mohlo zdát (jak ostatně naznačuje existence reálných institutů práva odpovědnosti za škodu – ekonomická analýza zde neusiluje o nic jiného než o destigmatizaci škůdce, když vyzdvihuje pozitivní funkci realokace prostředků, jejichž efektivní využití je v době plnění smlouvy jiné, než v době jejího uzavírání). Schäfer (2004), str. 320, k – v názvu této subkapitoly parafrázované – právní maximě *pacta sunt servanda* jinak uvádí:

„*Toto [úřloví] neznamena nic více než to, že povinného má smlouva zavazovat natolik, aby v případě jejího porušení mohl oprávněný usilovat o určitý právní prostředek nápravy.*“

Srov. též citát Olivera Holmese, uvádím podle Shavella (2006), str. 2:

„*Povinnost dodržovat smlouvu znamená, že musíte zaplatit náhradu škody, pokud ji porušíte – a nic více, ... přestože takový přístup poněkud zapáchá těm, kdo považují za vhodné zakomponovat do práva tolik etiky, kolik jen jde.*“

to bude situace, kdy náklady na daný statek (tzn. cena statku, též při zohlednění nákladů příležitosti, tj. třeba možnosti výrazně výhodnějšího pořízení statku) převýší jeho ekonomický přínos; na straně prodávajícího je to zcela analogicky situace, kdy náklady na dodání statku (tj. výrobní náklady nebo náklady příležitosti, např. při možnosti daný produkt prodat výrazně výhodněji) převýší jeho smlouvenou cenu. Pokud nepřichází v úvahu renegociace smluvních podmínek (ceny) je v zájmu společnosti (z hlediska maximalizace jejího bohatství, tj. především neplýtvání zdroji), aby strana nesoucí vzniklé zvýšené náklady takovou smlouvu porušila a následně provedla efektivní alokaci zdrojů (původně vázaných smlouvou pro méně efektivní účel). Právo pak musí zajistit takovou náhradu poškozené straně smlouvy, aby ani této nebyla porušením smlouvy způsobena újma. Jedná se v podstatě o to, dosáhnout skutečnou kompenzací stavu co nejbližšího ideálu Paretovského principu. Přitom ani neprovedení kompenzace (náhrady škody) by nemuselo znamenat úbytek efektivnosti ve smyslu Kaldor-Hickovského standardu. Nicméně taková praxe (permanentní nekompenzované porušování smluv) by vedla ke zcela neúměrnému zvyšování transakčních nákladů na toto ve své podstatě oportunní – byť zde z hlediska efektivnosti žádoucí – chování stran (strany by musely vynakládat prostředky na náročné zajištění smluv, perlustraci smluvních partnerů a maximální urychlení celé směny) a v souvislosti s tím by vlastně institut smlouvy jako takový ztratil opodstatnění²¹⁵, neboť jakákoli změna stavu světa (ať už by pro ni ve smlouvě bylo či nebylo výslovně alokováno riziko) by vedla k porušení smlouvy některou stranou²¹⁶.

Efektivní porušení smlouvy se od oportunistického porušení odlišuje právě existencí kompenzace. Pokud je totiž porušení smlouvy efektivní pro porušující stranu *i při* započítání kompenzace jako nákladu tohoto porušení, je porušení smlouvy velmi

²¹⁵ Opět je zde vidět, nakolik problematické Kaldor-Hicksovo kompenzační kritérium je.

²¹⁶ Lze si však představit situaci, kdy strana vůči které by byla smlouva porušena zahájí s druhou stranou Coasovské vyjednávání a je-li výše nekompenzované ztráty vyšší než újma způsobená změnou podmínek, pro kterou druhá strana smlouvu porušuje, strany se dohodnou na uhrazení původní újmy stranou, která by jinak byla odstoupením poškozena (kompenzace by se tedy pohybovala obráceně než v případě povinnosti skutečné náhrady škody porušující stranou – porušující strana by se zde snažila pouze minimalizovat již nevyhnutelné ztráty, tedy neefektivnost). Z důvodů objasněných u Coasova terému ale takové vyjednávání vůbec nemusí nastat, nehledě na klíčové nebezpečí oportunistického porušení smlouvy a vysoké náklady vyjednávání v podmínkách bilaterálního monopolu.

pravděpodobně Paretovským zlepšením. Jako vymezení vůči úplné smlouvě lze uvést, že čím více bude režim a forma kompenzace (náhrady škody z porušení smluvní povinnosti) odpovídat testu Paretova principu, tím bude dokonalejším substitutem úplné smlouvy²¹⁷. Výše a způsob náhrady škody způsobené druhé straně porušením smluvní povinnosti bude tedy zcela klíčovou otázkou.

2.4.1 Náhrada škody a její určení

Forma, kterou reaguje právo na vzniklou škodu – tedy způsob její nápravy či kompenzace – je v L&E literatuře patrně jedním z nejčastěji a zároveň nejdéle diskutovaných témat²¹⁸. Jedním z důsledků je ovšem též fakt, že tato analýza se v naprosté většině vztahuje k anglo-americkému systému právních prostředků nápravy (*legal remedies*) a je vybudována na jeho logice, kterou nelze zcela bez dalšího komplexně přejmout pro analýzu systému kontinentálního (českého). V této pasáži se tedy nejdříve pokusím velmi zhruba načrtnout americký systém *remedies for breach of contract* (prostředků nápravy porušení smluvní povinnosti) a letmo jej srovnat s českým systémem náhrady škody, následně uvedu typický ekonomický rozbor jednotlivých modalit náhrady škody a konečně i pár poznámek ke kritice teorie efektivního porušení smlouvy.

Anglo-americký systém (nadále již hovořím jen o náhradě škody v USA, neboť k němu se vztahuje drtivá většina analýzy) nápravy porušení smluv se dělí na nástroje *common law* a nástroje ekvitní²¹⁹. Ekvitní nástroje představují příkazy soudu povinnému, aby něco konal (*specific performance*), či aby se něčeho zdržel (*injunction*)²²⁰, jsou tedy zaměřeny na vynucení konkrétních smluvních povinností, nikoli na poskytnutí náhradní peněžní kompenzace. Typickým ekvitním nástrojem je ve vztahu ke smlouvám *specific performance*, který nařizuje provedení reálného plnění podle smlouvy (jako takový se používá jen ve smlouvách týkajících se nemovitostí).

²¹⁷ Shavell (1980).

²¹⁸ Za zakladatelské lze považovat práce Bartona (1972, přetištěno in Posner a Parisi, 2002), Goetze a Scotta (1980, přetištěno in Posner a Parisi, 2002) a zvláště pak Shavella (1980, 1984).

²¹⁹ Boháček (2007), str. 295 násl.

²²⁰ Problematika *injunction* (resp. obecněji ekvitních vůči *common law* nástrojů právní nápravy) je detailněji rozebrána v analytické části v souvislosti s Posnerovým rozhodnutím ve věci *Walgreen v. Sara Creek*.

Z hlediska efektivního porušení smlouvy se jedná o nástroj v konkrétních případech s velkou pravděpodobností neefektivní a vedoucí k suboptimálnímu užití zdrojů (zvláště pak v podmínkách vysokých transakčních nákladů, které neumožňují případnou dodatečnou korekci stavu nastoleného udělením *specific performance* renegociací). Jedná se o nástroj, který je blízký častému způsobu rozhodnutí kontinentálních soudů, které začasť ukládají i ve vztahu k plnění smluvních povinností konkrétní povinnosti vedoucí k (pravděpodobně nikoli efektivnímu²²¹) plnění²²². *Specific performance* vlastně všude tam, kde je jej užíváno vylučuje jakékoli porušení (byť v uvedeném smyslu efektivní) jako formu alokace vzácných zdrojů²²³.

Prostředkem nápravy, který poskytuje *common law*, je peněžní náhrada škody (*damages*)²²⁴. A to buď ve formě *compensatory damages*, jejíž účel je reparační

²²¹ Je třeba si uvědomit, že – jak bylo již ostatně uvedeno – nedostatek společenské efektivnosti bude vesměs samým *důvodem* porušení smluvní povinnosti.

²²² Např. Shavell (2006), str. 26, uvádí:

„[n]ěkterí například prosazovali, že by používání *specific performance* mělo být rozšířeno mimo jiné z morálních důvodů. Zaznamenaníhodný příklad takového smýšlení je přístup k plnění smluv ležící v základech úpravy německého občanského zákoníku, podle kterého je metoda *specific performance* obecným právním prostředkem nápravy.“

²²³ Srov. Friedman (2000), str. 163.

²²⁴ Náhradu škody jinak než kompenzací v penězích *common law* nezná. Lze uvést, že v ČR možná náhrada škody uvedením v předešlý stav je srovnatelná s peněžní náhradou a tedy v obdobných případech efektivní jen tehdy (nedojde-li k dohodě s povinným), je-li převoditelná na peněžní plnění (lze-li danou službu či zboží získat na trhu) a takto zjištěná částka odpovídá adekvátně stanovené náhradě škody v penězích. V každém jiném případě bude nepeněžní náhrada nevyhnutelně vždy výsledkem neudržitelné interpersonální komparace užiteků třetí stranou (soudem). Možnost náhrady škody uvedením v předešlý stav, jen pokud o to poškozený požádá (a je-li to možné a účelné; je správné, že Občanský zákoník umožňuje soudu odmítnout nařídit poškozeným navržené uvedení v předešlý stav s odkazem na účelnost, § 442 odst. 2 ObčZ) na jednu stranu mírně snižuje nevyhnutelnost interpersonálního srovnávání užitku, na straně druhé vytváří nebezpečí oportunistického jednání poškozeného. Z tohoto hlediska se zdá být přístup připravované rekonstrukce českého občanského práva v § 2812 odst.1 vládního návrhu, která právě naopak preferuje uvedení v předchozí stav a teprve subsidiárně (není-li naturální restituce možná, nebo pokud o to poškozený požádá), poměrně nepřesvědčivý. Jako důvod pro upřednostnění náhrady naturální před peněžní uvádí důvodová zpráva k navrhovanému zákoníku „znevýhodnění poškozeného“ při přednostním přiznávání restituce relativní. To ovšem není výtkou, která by měla směřovat proti hrazení

(kompenzace újmy), anebo *punitive damages*, která bývá stanovena obvykle násobkem skutečné škody a má zároveň funkci sankční a týká se jen určitých závažnějších případů porušení práva²²⁵ (*punitive damages* se dotýká spíše oblasti civilních deliktů – *torts*, a i tehdy, jsou-li přiznány za porušení smlouvy, se vyžaduje toto porušení jistou kvalifikovanou formou, mající již znaky *tort* deliktu²²⁶).

Zájem ekonomické analýzy práva se však ve většině soustředí především na kompenzační náhradu škody (*compensatory damages*), která může nabývat zásadně tří možných podob – *expectation damages*, *reliance damages* a případně *liquidated damages*. Měřítko *expectation damages* se soustředí na očekávaný přínos ze smlouvy a usiluje o to, aby strana, která smlouvu neporušila, byla ve stejné ekonomické pozici, jako kdyby k porušení smluvních povinností vůbec nedošlo²²⁷ a smluvní závazky by byly splněny. *Reliance damages* naopak sleduje cíl dosáhnout pro poškozeného stejné pozice, jako kdyby smlouva (jíž se porušení povinností týká) nebyla vůbec uzavřena²²⁸. Nalézt pro tyto dvě kategorie *compensation damages* paralelu v českém právu je dosti delikátní, neboť jejich rozlišování spočívá na odlišném rozboru hospodářské pozice

náhrady škody v penězích jako takové, nýbrž proti její obvykle soudy přiznávané výši a omezené možnosti soudu o konkrétní výši rozhodnout (např. uložit náhradu škody ve výši ceny obnovy).

²²⁵ Srov. Kühn (2007e) a Boháček (2007), str.298. V souvislosti se sankční povahou *punitive damages* lze upozornit na Calabresiho schémata subjektivních práv: zatímco kompenzace je typickým atributem odpovědnostního schématu, *punitive damages* chrání spíše subjektivní práva ve schématu vlastnickém.

²²⁶ Posner ve svém rozhodnutí ve věci *Zapata Hermanos Sucesores, S.A., v. Hearthside Baking Company, Inc., d/b/a Maurice Lenell Cooky Company*, 313 F.3d 385, 2002 (7th Circuit), dostupném na www.projectposner.org, (zřejmě jako *obiter dictum*) uvádí:

„Je pravda, že v současnosti udělují občas soudy common law *punitive damages* za porušení smlouvy ve zlé víře. Ale mimo oblast pojišťovacího práva, kde odmítnutí likvidovat pojistnou událost je již dlouho možno trestat udělením práva na *punitive damages* pojištěnému [vůči pojišťovně], musí žalobce prokázat, že porušení smlouvy zahrnovalo deliktní jednání (*tortious misconduct*), jako nátlak (*duress*), úskok (*fraud*) nebo porušení fiduciární povinnosti (*abuse of fiduciary duty*).“

²²⁷ Boháček (2007), str. 296 a 297 uvádí, že tento typ kompenzace zahrnuje ztrátu hodnoty plnění v důsledku porušení smlouvy, související škody (např. náklady obstarání zboží od náhradního dodavatele), následné škody (především ušlý zisk) a to s odečtením nákladů, jež poškozený v důsledku porušení smlouvy nevyvaložil (ale pro uzavření transakce by za normálních okolností vynaložit musel).

²²⁸ *Ibid*, str. 297, *reliance damages* zahrnují náklady na přípravu plnění a náklady odmítnuté alternativní obchodní příležitosti.

poškozeného před a po protiprávním jednání druhé strany, ke kterému bude český soud přistupovat formou zjišťování skutečné škody a ušlého zisku²²⁹, přičemž udělí náhradu za újmy obou typů takto skutečně zjištěné. Celková výše náhrady škody podle českého práva se tak bude odvíjet spíše od rozsahu (a úspěšnosti) konkrétního dokazování stran než od dalších navazujících úvah soudu²³⁰. Nelze apriorně jednoznačně říci, ke kterému *common law* kritériu se bude výše českým soudem přiznané náhrady škody spíše blížit²³¹ – jen je v obecné rovině lze odhadnout, že pokud v celkové přiznané náhradě škody relativně převládne částka stanovená na základě tvrzeného ušlého zisku, půjde o výsledek spíše bližší kritériu *expectation damages*. Poslední typ kompenzace - *liquidated damages* je konečně analogický českému institutu smluvní pokuty.

Zda-li bude k určení kompenzace vhodné to či ono kritérium, bude záležet jednak na charakteru transakčních nákladů v daném místě a čase, jednak na incentivu, kterého je potřeba pro optimální chování stran z hlediska míry (specifických) investic do smluvního vztahu. Pokud budou transakční náklady nižší, bude možno začlenit do smlouvy určení smluvní pokuty (*liquidated damages*). Smluvní pokuta je podobně jako jakékoli jiné konsensuální ujednání *ex ante* Pareto-efektivní – pokud je pak tedy vzhledem k především informačním nákladům a nákladům vyjednávání možné stanovení smluvní pokuty do smlouvy pojmout, je třeba ji považovat za nejvhodnější (nejefektivnější) formu nápravy porušení smluvní povinnosti. Zároveň poskytuje předem stanovená smluvní pokuta jasnou informaci o efektivní úrovni důvěry (specifických investic), kterou je možno do smluvního vztahu bez nebezpečí vložit

²²⁹ Ušlý zisk bývá definován jako ušlý majetkový prospěch spočívající v nenastalém zvětšení (rozmožení) majetku poškozeného, které bylo možno – kdyby nebylo škodné události – důvodně očekávat s ohledem na pravidelný běh věcí. Skutečná škoda pak podle převládající judikatury spočívá ve snížení majetkového stavu poškozeného v důsledku škodné události a eventuálně hodnoty potřebné k uvedení věci do předešlého stavu. Srov. stanovisko Nejvyššího soudu ČSSR Cpj 87/70, publikované pod č.55 ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek, ročník 1971.

²³⁰ Odlišné od prostého součtu zjištěných škod. Moderační právo soudu podle § 450 ObčZ sleduje zřejmě více určité redistribuční cíle než ekonomickou efektivnost náhrady škody.

²³¹ V tomto ohledu by bylo možné provést zajímavý empirický výzkum, který by se spíše než absolutní výší náhrad (které budou v anglo-americkém prostředí samozřejmě neporovnatelně vyšší) zabýval jejich strukturou (tzn. komponentami celkové částky a poměrem náhrad škody přiznávaných v typově obdobných případech).

(investovat). Zajímavé je, že *common law* zakazuje výši smluvní pokuty, která má již evidentně sankční funkci (tzv. *penal damages*), z hlediska (především Posnerem tvrzené) efektivnosti *common law* jde o pravidlo, které vylučuje smluvní ustanovení, která by bránila porušení smlouvy za jakýchkoli okolností²³² a vynucovala tak i neefektivní plnění.

Kritérium *expectation damages* poskytuje adekvátní incentiv straně, která je v pozici potenciálně porušit smlouvu, porušit ji pouze v okamžiku, kdy by plnění smlouvy vyústilo v čistou ztrátu blahobytu (v Kaldor-Hicksovském smyslu). Tedy právě tehdy, pokud je v takové pozici, že může smlouvu porušit, realokovat zdroje původně určené k plnění porušené smlouvy, kompenzovat reálně druhou stranu (*expectation damages*) a být přitom v lepší pozici (na vyšší úrovni blahobytu) než, kdyby původní smlouva byla dodržena. *Expectation damages* (resp. soudu přenechané určení výše náhrady škody obecně) je druhým nejlepším řešením tehdy, vylučuje-li úroveň transakčních nákladů rozumné stanovení smluvní pokuty *ex ante* (s tím, že tato forma kompenzace naopak přináší vyšší transakční náklady následné litigace). Na druhou stranu tím, že na základě měřítka očekávaného prospěchu z transakce může být druhé smluvní straně v podstatě jedno, jestli protistrana smlouvu dodrží nebo poruší, může *expectation damages* vyústit v excesivní a neefektivní úroveň důvěry v transakci (a tedy příliš vysoké specifické investice, které pokud dojde k porušení smlouvy budou čistou ztrátou, neboť jejich následná kompenzace je již jen redistribučním přesunem prostředků; *expectation damages* zvyšují ochotu stran investovat do smluvního vztahu i nad úroveň nezbytně nutnou). Proto je nezbytné nahrazovat pouze takovou škodu (ušlý zisk), která je rozumně předvídatelná²³³.

Stanovování náhrady škody podle kvantitativního měřítka *reliance damages* bývá obecně v L&E literatuře považováno oproti *expectation damages* za inferiorní, neboť mimo jiné nahrazuje poškozenému jen menší část újmy (čímž nemusí být zaručeno porušení smlouvy jen tehdy, je-li výsledkem vyšší úroveň blahobytu, tj. je-li

²³² Srov. moderační právo soudu podle § 301 ObchZ.

²³³ Jak píše Cooter a Ulen (1988), str. 309, incentive k obezřetnosti (*precaution*) a důvěře ve smluvní vztah (*reliance*) se vzájemně potlačují. Je proto nutno volit jakýsi kompromis na půdorysu *expectation damages* s korekcí (rozumnost) pro kontrolu úrovně specifických investic.

porušení povinnosti efektivní²³⁴. Friedman (2000), str. 166, ovšem namítá, že porušení smlouvy není jediným „rozhraním“ (*margin*), na kterém by měla být efektivnost posuzována. Uplatňování *reliance damages* totiž dává stranám incentiv k rozhodnutí o efektivním uzavření smlouvy s tím, že každá strana musí ohledně své případné odpovědnosti za škodu kalkulovat jen s pravděpodobností, že sama smlouvu poruší.

„Ohledně rozhodnutí, zda smlouvu [se mnou] podepsat, je vším, co musíte zjistit to, jestli je pro vás uzavření smlouvy výhodné, pokud ji já neporuším.“²³⁵

Pokud druhá strana smlouvy skutečně smlouvu poruší, je poškozené straně v režimu *reliance damages* přiznána náhrada škody, která odpovídá jí samotnou již vynaloženým prostředkům. Smlouvu strany tedy podepíše jen tehdy, je-li výsledkem smlouvy nárůst blahobytu při každé straně známé pravděpodobnosti, že ona sama smlouvu poruší (a bude tedy muset hradit *reliance damages*). Problémem ovšem je, že i toto kritérium určení rozsahu kompenzace vede k neefektivní úrovni důvěry (opět se zde strana, která je potenciálním poškozeným, rozhoduje, jakoby žádné nebezpečí porušení smlouvy neexistovalo). Jediným způsobem určení náhrady škody, který poskytuje *ex ante* incentiv k efektivní úrovni investic do smluvního vztahu (efektivní důvěře), tak zůstává smluvní pokuta²³⁶.

Kritika přístupu spojujícího náhradu škody s efektivním porušením smlouvy se jednoznačně odvíjí od odmítnutí Kaldor-Hicksovského kritéria a interpersonální porovnatelnosti užitek. Pokud neuvažujeme výhradně případy v penězích vyjádřených nákladů, ale připustíme-li (což bude nutně potřeba zvláště, bude-li jednou stranou smlouvy spotřebitel), že újma přivozená porušením smlouvy se dotýká též užitku

²³⁴ Srov. Schäfer (2004), str. 329.

²³⁵ Friedman (2000), str. 166.

²³⁶ Jak ale, *ibid*, dále Friedman upozorňuje, rozhodnutí, zda-li je v konkrétních podmínkách vhodnější stanovení smluvní pokuty stranami nebo užití rozumnou mírou investic adjustovaného kritéria *expectation damages*, je záležitostí empirickou:

„... smluvní pokuta musí být stanovena předem, když je smlouva uzavírána. Soud určující výši náhrady škody po nastalém porušení smlouvy má k dispozici dodatečné informace o skutečném rozsahu škody. Proto bude-li smluvní pokuta lepší či horší než ostatní alternativy, závisí z části na tom, jak vážný je problém s neefektivní mírou důvěry, z části na tom, jak úspěšně může být škoda předvídána dopředu, a z části na tom, nakolik jsou soudy schopny škodu zjistit poté, co v důsledku porušení smluvní povinnosti nastane.“

jednotlivce (který je na rozdíl od peněžních nákladů nekvantifikovatelný a zásadně interpersonálně neporovnatelný²³⁷), o kterém ovšem můžeme bez dalšího korektně činit ekonomické soudy vlastně pouze v případě dobrovolné směny *ex ante* (ta je nutně zvýšením užítku – blahobytu obou kontrahentů), pak se zpátky dostáváme ke Coasově teorému a požadavku nikoli jen přibližné Pareto-efektivity. Pro dosažení efektivního stavu bude takový přístup vyžadovat, aby se na podmínkách poskytnutí kompenzace (některé formy *damages*) obě strany smlouvy dobrovolně dohodly. To je ovšem požadavek *ex post* renegociace smlouvy a již nelze hovořit o jejím jednostranném (efektivním) porušení²³⁸. Tato kritika ovšem skrývá určité – snad již patrné – slabiny. Jednak neefektivní alokaci zdrojů brání tímto přístupem dovozované přísné vymáhání smluvních povinností jen při relativně nízkých úrovních transakčních nákladů, jednak v případě trvání smluvních vztahů po delší časové období může vést k velmi nákladným neustále dalším renegociacím smluv.

Porušení smlouvy je sice často morálně odsuzovaným ovšem nepochybně významným způsobem zajišťování efektivního využívání omezených zdrojů při jejich vynakládání v měnících se a neustále nejistých budoucích stavech světa (ale konečně i hrozba morálního odsudku a ztráty části kapitálu – dobrého jména či reputace – je patrně mechanismem, který stanovuje určitý minimální standard toho, o kolik musí celkový blahobyt z nové alokace zdrojů prostřednictvím porušení smlouvy vzrůst, aby k porušení smlouvy došlo²³⁹).

²³⁷ Srov. výklad u Kaldor-Hicksovského kritéria v obecné části této práce.

²³⁸ Obdobně „subjektivistická“ kritika doktríny efektivního porušení smlouvy u Schäfera (2004), str.329.

²³⁹ Srov. Shavell (2006).

3 Judikatura a interpretace (Analytická část)

Ekonomická analýza práva by nikdy nedosáhla (alespoň v USA) svého postavení v hlavním proudu teorie práva, kdyby zůstala předmětem pouze akademického diskurzu. Reálný vliv L&E na právní život je úzce spjat s akceptací a aplikací (alespoň některých) jejích postupů a východisek ze strany soudů. Takový přístup převážně soudů *common law*²⁴⁰ (samozřejmě nikoli bezvýjimečný) k přijetí určitých s ekonomickými argumenty pracujících postupů souvisí do určité míry s konceptuální povahou²⁴¹ rozhodování v *common law* obecně – jak ostatně naznačuje Posnerova teorie soudů – napodobovateli tržních mechanismů alokace tam, kde skutečné realizaci tržní transakce brání podmínky vysokých transakčních nákladů.

Omezíme-li se na srovnání mezi USA a kontinentální Evropou, nelze naprosto zpochybnit úplnou převahu ekonomické analýzy práva na americké straně Atlantiku nejen v teorii, ale i v judikatuře. Mezi současnými i někdejšími americkými soudci (především na úrovni federálních odvolacích soudů) nalezneme mnoho v ekonomické

²⁴⁰ V celé této práci rozumím pod termínem *common law*, spíše než jeho precizní vymezení na historickém pozadí, zjednodušeně takový systém práva, který je vytvářen soudcovským rozhodováním. Takové pojetí je ostatně v souladu s přístupem Posnerovým (1993), str.247.

²⁴¹ Ibid. Posner míní konceptuální povahou *common law* to, že soudce v tomto systému pracuje s normou v podobě určité koncepce (ne zcela závislé na jejím konkrétním vyjádření) namísto normy přesně zachycené v podobě normativního textu zákona (z něž je nutno koncepci teprve dovodit interpretací). K otázce argumentace v obou systémech pak Posner (1993), str. 249, dodává:

„V případě rozhodovaném na základě common law činíme politický či etický soud, ... při rozhodování na základě zákona pak soud interpretační... Není jasné, který je složitější; není dokonce jasné ani to, nakolik se v praxi liší. A v obou případech, jakmile dostatečně zjistíme normativní koncepci, pokračujeme užitím logické argumentace ve snaze o aplikaci koncepce na konkrétní fakta. V obou systémech tedy existuje potřeba formalismu (v neutrálním smyslu coby logické argumentace); a to pravděpodobně v podobné míře, která v obou případech nemusí být velká.“

To, že zde Posner nemíní v první řadě rozdíl mezi anglo-americkým a kontinentálním právním systémem, ale mezi rozhodováním (amerického) soudce v oboru práva vytvářeného precedenty (*common law*) oproti rozhodování (i téhož soudce) podle zákona (*statutory law*), například v oblasti antitrustu (který je v USA jedním z ekonomickou analýzou práva nejstudovanějších právních odvětví), ukazuje, že mnohdy namítaná nevhodnost L&E pro studium struktur kontinentálního práva je spíše fikcí.

analýze práva zvučných jmen od zmíněného Learned Handa²⁴² či Guida Calabresiho (působícího na též soudu), Richarda Posnera a Franka Easterbrooka²⁴³ po do amerického Nejvyššího soudu prezidentem Reaganem (neúspěšně) nominovaného Roberta Borka²⁴⁴.

Ekonomické vzdělání a schopnost ekonomické a sociologické²⁴⁵ analýzy jsou v USA výrazněji vyžadovány, jak naznačuje klasický citát soudce amerického Nejvyššího soudu Louise D. Brandeise, který se stal již téměř povinným mottem L&E literatury:

„Nelze se vyhnout závěru, že právník, který nestudoval ekonomii a sociologii, je na nejlepší cestě stát se veřejným škůdcem (public enemy).“²⁴⁶

Přístup evropských soudů k ekonomické analýze je v podstatě chladný, spíše s výjimkou oblasti soutěžního (především kartelového) práva, ve kterém se v posledním desetiletí výrazně projevil příklon orgánů Evropských společenství k „*more economic approach*“²⁴⁷. I v tomto ohledu se však použití ekonomie ve většině případů omezuje spíše na mechanické (znalecké²⁴⁸) hodnocení konkrétní tržní situace soutěžitele, spíše

²⁴² Viz diskuze *Learned Hand Formula* výše. Learned Hand působil v Odvolacím soudu pro druhý obvod (*Second Circuit*) a ač jej nelze jednoduše zařadit mezi teoretiky L&E (které bylo v té době spíše ještě před zrodem), jeho vliv v této oblasti (např. i díky jeho rozhodování v antitrustových věcech) je dodnes nesporný.

²⁴³ Oba z Odvolacího soudu pro sedmý obvod (*Seventh Circuit*).

²⁴⁴ Mezi lety 1982 až 1988 soudce Odvolacího soudu pro *District of Columbia*.

²⁴⁵ Vzhledem k pozadí tohoto požadavku, který lze vysledovat zpětně k T.Veblenovi, je zde možné pod „sociologii“ do značné míry rozumět též institucionální ekonomii.

²⁴⁶ Citát (zde spíše parafrázovaný, tak jak je uváděn v nespočetných pracích nejen z oblasti L&E) pochází z Brandeisova článku z roku 1916 *The Living Law* (dostupné na www.cardozolawreview.com, sekce De.Novo Articles), kde se ovšem jedná opět o citaci a sice jistého Charlese R.Hendersona z Chicagské Univerzity.

²⁴⁷ K tomu došlo po silné kritice praktického rozhodování Komise ES ze strany Soudního dvora a Soudu prvního stupně, viz např. rozsudek ve věci *Schneider Electric v. Commission*, T-310/01 a následně T-351/03, nebo *General Electric v. Commission*, T-210/01.

²⁴⁸ Srov. rozhodnutí *Impala v. Commission*, T-464/04, ve kterém Soud prvního stupně reflektuje problém „souboje posudků“, často se soustředících toliko na zdánlivě sofistikovanou ekonomickou kvantitativní analýzu, avšak využívajících nejasných dat, mlhavých metod a poskytujících při bližším pohledu zmatečné výsledky.

než na otázky samotného soutěžního práva. V případě soukromého práva je pak ekonomická analýza (pokud vůbec) zcela marginálním doktrinárním přístupem.

Používání ekonomické analýzy, ať již v samém soudním rozhodování nebo při odborné reflexi judikatury, by ovšem nemělo být toliko módním trendem; je tedy zásadní otázkou – na kterou tato práce nabízí kladnou odpověď – zda-li začlenění L&E do právního diskurzu přináší určitou dodatečnou kvalitu soudního rozhodování. Podle mého názoru by tímto přínosem mělo být zpřehlednění interpretační fáze soudního rozhodování (pro vnějšího příjemce či pozorovatele stejně jako pro rozhodujícího soudce samého) a v důsledku pak zvýšení vnitřní konzistence právního řádu²⁴⁹.

Na druhé straně obnáší vliv ekonomické analýzy na judikaturu též některá úskalí. Určitým rizikem je²⁵⁰ povrchnost a schematismus, který hrozí, pokud by soudci, jejichž primárním objektem studia je platná právní úprava, do svých rozhodnutí pouze rétoricky zakomponovali ekonomickou terminologii, avšak bez provedení jakékoli smysluplné ekonomické analýzy (ať již z důvodu neúplného pochopení či nedostatku znalosti ekonomické teorie, nebo dokonce s určitými instrumentálními motivy). Ekonomická analýza (resp. její předstírání) by tak byla v lepším případě zbytečnou. Ovšem i tehdy je možné poukázat na potenciální přednost takového chybného užití (či zneužití) ekonomické logiky, a tou je právě možnost relativně snazšího odhalení této případné chyby v argumentaci.

Významnou soudní institucí, která se vlivu Law & Economics nebránila a na jejíž půdě ekonomická argumentace (stejně jako citace publikací předních autorů v oboru od Posnera po Borka²⁵¹) do značné míry zapustila kořeny, je Nejvyšší soud USA. Co se týče smluvního práva, uvádí Shell (1993), že

²⁴⁹ Konzistencí právního řádu zde míním schopnost právního mechanismu v různém místě a čase generovat efektivní (či spravedlivý) výstup, tedy problematiku širší než „vnitřní souladnost práva“, jak jí rozumí Knapp (1995), str. 67.

²⁵⁰ Viz již uváděný článek Posnera (1979).

²⁵¹ Především v oboru antimonopolního práva je velmi často americkým Nejvyšším soudem citována jeho kniha *The Antitrust Paradox* (1978). Příklad ochrany hospodářské soutěže zde již po několikáté uvádím jako obor práva, ve kterém je lze pozorovat vliv L&E, přičemž bych ale velmi nerad dával vzniknout dojmu, že je v tomto ohledu (v USA či jinde) oborem jediným. Jako příkladu jej užívám spíše proto, že vliv určité extra-legální doktríny na oblast práva soutěžního (kartelového, antitrustu) nebývá obvykle zpochybňován ani těmi americkými právními vědci, kteří jinak ekonomickou analýzu práva odmítají,

„ani critical legal studies, ani neoklasický realistický přístup ke smlouvám neměly podstatný vliv na moderní Nejvyšší soud USA.“^{252, 253}

Shell (1993) dále uvádí, že americký Nejvyšší soud s přechodem pod svého nového předsedu Rehnquista²⁵⁴ opustil též libertariánský přístup ke smlouvám a jeho případná pozdější rétorika nesoucí se v tomto směru pouze maskuje jinak rozhodující perspektivu Law & Economics²⁵⁵.

a vesměs ani právníky v kontinentálních právních kulturách (viz též *more economic approach* výše), zároveň byl patrně prvním oborem práva, který byl ekonomickou analýzou práva zkoumán a ve kterém získala L&E takřka neotřesitelné postavení. V tomto oboru práva je totiž nesporné, že do značné míry vychází z neoklasických ekonomických modelů nedokonalé konkurence a různé přístupy (typicky přístup tzv. teorie průmyslové organizace či harvardské školy v Evropě, dříve harvardská, nyní s převahou chicagská škola – která je právě spojena s mainstreamovým L&E – ovládající pojetí antimonopolního práva v USA, s německým právem pak spojovaný tzv. ordoliberalismus) bývají též v právní literatuře často uváděny. V jiných oblastech práva by naopak bylo podstatně problematičtější zmínit obecně, resp. ilustrativně uvést (bez konkretizace u různých soudů, autorů nebo konkrétních doktrín) vliv L&E na judikaturu a její reflexi odbornou právníkou veřejností.

²⁵² Shell (1993), str. 503.

²⁵³ *Critical Legal Studies* (CLS) a neoklasický realismus představují dominantní doktrinální právní školy v USA ve dvacátém století. Realistický model smluvního práva (ibid, str. 496 a 503)

„je charakterizován pragmatickým mixem pravidel (rules) a otevřených standardů (open-ended standards). Daná pravidla poskytují základní pevná vodítka pro provádění transakcí a otevřenější standardy umožňují široce aplikovaným etickým normám a kontextuálním okolnostem případu ovlivňovat a vstupovat do regulace smluv.“

CLS, které pak představuje progresivistický program, upřednostňuje

„ve smluvním právu pravidla, od kterých se nelze odchýlit (immutable), coby paternalistický nástroj redistribuce bohatství, nastavení vztahů mezi různými sociálními skupinami a rekonstrukce společnosti v podobě proklamovaného sociálního ideálu spravedlnosti.“

Srov. též příslušné kapitoly u Hillmana (1998).

²⁵⁴ Předsedal Nejvyššímu soudu USA mezi lety 1986 až 2005.

²⁵⁵ Ibid, str. 504. Za zásadní rozdíl mezi libertariánem a L&E pak Shell (1993) považuje jejich základní hlediska, kterými jsou efektivita v případě ekonomické analýzy práva a smluvní autonomie u libertariánů (vzhledem k rozdílným obsahům pojmu „liberalismus“ v evropském a americkém kontextu lze patrně hovořit o liberálním přístupu v evropském smyslu).

Přitom ale Shell (1993) podrobuje adopci L&E přístupu americkým Nejvyšším soudem nesmlouvavé kritice²⁵⁶. Shledává pět slabých míst užívání ekonomické analýzy práva jako dominantní analyticko-názorové školy v judikatuře Nejvyššího soudu USA, přičemž lze tyto jeho výhrady zobecnit²⁵⁷ a rozumět jimi kritiku L&E aplikující judikatury vůbec²⁵⁸: (1) rozhodnutí jsou údajně někdy „jako z jiného světa“ a připomínají spíše abstraktní myšlenková cvičení ve formální ekonomické logice (Shell poukazuje na nerealističnost modelů a jejich předpokladů); (2) argumentace efektivitou má volbou určitého situačního rámce analýzy zamlžovat skutečné úmysly Nejvyššího soudu ohledně uspořádání určitých vztahů (*policy choices*); (3) Nejvyšší soud údajně podceňuje význam tradičních institutů smluvního práva (*notice and consent*) a výsledkem je hodnotově nikoli neutrální redistribuce zdrojů (neodpovídající vůli stran); (4) efektivnostní přístup nemá prý umožňovat ochranu nezcizitelných práv; (5) v ohledu na požadavek efektivního fungování justičního systému hrozí podle Shella nebezpečí, že efektivnost chápaná jako hospodárnost a nepřetížení soudů žalobním nápadem může upozadit skutečnou funkci soudnictví (poskytování přístupu ke spravedlnosti).

Tyto uvedené argumenty jsou nepochybně závažné, ale buďto směřují spíše než proti ekonomické analýze práva jako takové proti způsobu, jakým s ní Nejvyšší soud USA údajně zachází (například výhrada ad (4) předpokládá ignorování Calabresioho kategorizace schémat subjektivních práv, tedy jeden z klíčových prvků „katedrály“ L&E analýzy²⁵⁹), nebo proti institucionálním charakteristikám soudního systému (ad (5)), případně představují tradiční výhrady proti užití ekonomie jako takové (ad (1)),

²⁵⁶ Která je ale paradoxně do značné míry kritikou v duchu L&E. Příkladem toho (a též jako dokreslení zcela odlišně vnímaného postavení L&E v oboru práva soutěžního) je, že autor (ibid, supra pozn. č. 507) uvádí, že rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věcech týkajících se smluv, ve kterých Nejvyšší soud užívá ekonomické argumentace, jsou svou chabou propracovaností (autor tím míní především nerealistické předpoklady analýzy) v ostrém kontrastu k jeho antitrustové judikatuře. Podle Shella se jedná o „záhadu“, kterou vysvětluje tím, že soudci usilovněji rozvažují antimonopolní rozhodnutí, ve kterých jde o více (*cases with higher stakes*).

²⁵⁷ V závěru svého článku tak ostatně činí i sám Shell (1993), str.528.

²⁵⁸ Pro obdobnou (avšak poněkud méně uspořádanou) kritiku Posnerova rozhodování viz Shapiro (2006), str. 123 a násl.

²⁵⁹ Srov. kapitolu 1.2.3.

příčemž ale problém takové kritiky je černobílé vidění možností ekonomické analýzy (tj. argumentace je buď možná výhradně na podkladě L&E nebo je L&E pro právní rozhodování zcela irelevantní), a nepřipouští možnost, že ekonomická analýza je pro určité problémy a určité fáze argumentace více či naopak méně vhodná. Zásadnější jsou pak výhrady sub (2), tj. nastavení rámce prováděné analýzy, a (3), redistribuce bohatství přičítající se racionálním očekáváním stran (ohledně výstupů aplikace práva). Námitka první je v podstatě požadavkem dobré a dostatečně sofistikované analytické práce soudu a do jisté míry se tak shoduje s hrozbou plynoucí z povrchní aplikace ekonomické analýzy práva, kterou jsem zmiňoval v úvodu této části. Jediným způsobem, jak riziku účelové (nebo chybné) ekonomické úvahy čelit je dostatečná erudice a odpovědnost soudců a v rozhodující míře pak silná a vlivná diskuze judikatury odbornou veřejností²⁶⁰.

Kritika v bodu (3) vnitřně v podstatě odmítá myšlenku stojící v základech L&E, že právo sleduje cíl efektivní alokace zdrojů, a předpokládá situaci, ve které ekonomická analýza práva v rozhodování amerického Nejvyššího soudu vlastně vede k rozhodnutí mimo intence práva a vytváří tak vlastní normativní systém, který je na platném právu nezávislý a jehož výstupy nejsou a nemohou být právními subjekty anticipovány. Pokud by tomu tak skutečně bylo, ekonomická analýza práva by byla skutečně škodlivou ideologií. Lze ale poznamenat, že pokud by tomu tak skutečně mělo být, neměla by být logika L&E ani s to poskytovat smysluplná vysvětlení reálných právních institutů (resp. způsobu, jakým ovlivňují jednání lidí), což rozhodně nelze obecně tvrdit. Do značné míry zde bude záležet na kvalitě aplikované ekonomické teorie a jejích prediktivních (resp. vysvětlujících) možností ohledně lidského jednání; nutné je si přitom uvědomit, že ekonomie není systémem s konečnou, danou platností, ale vědním oborem procházejícím neustálým vývojem, precizací a někdy dokonce změnami svého paradigmatu. Námitka ad (3) tak opět směřuje spíše proti libovůli či dokonce zvlí v rozhodování soudů. Takovouto výhradu ale nelze přičítat aplikaci L&E,

²⁶⁰ Lze též poznamenat, že neefektivní pravidlo, které by takto soudy dlouhodobě a konzistentně vynucovaly (což samo o sobě bude spíše ojedinělé), by bylo, užíjeme-li evolučně-ekonomického přístupu, pravděpodobně postupně nahrazováno potenciálními recipienty soudních rozhodnutí efektivnějšími alternativami, od změny jurisdikce, přes vyhýbání se jednání, které by následně vedlo k nutnosti riziku takového rozhodnutí čelit, až po různé formy nátlaku na soudy směřující ke změně této praxe.

jehož cílem je naprostý opak. Ekonomická analýza nenabízí soudům instrumentarium libovolné interpretace a účelové argumentace, naopak jim klade další soubor hledisek (vedle normativního celku pozitivního práva, právních principů a hodnot), který libovůli v rozhodování omezuje a úvahy soudce určitým způsobem usměřňuje.

V dalších kapitolách této části se zbývám rozbořem judikatury. V bezprostředně následující kapitole představím rozhodnutí R.Posnera z roku 1992 a pokusím se ukázat jeho pregnantní (a explicitní) ekonomickou analýzu v klasickém případě dotýkajícím se problematiky efektivního porušení smlouvy. Následně v kapitole věnované kontinentálnímu právu (po krátkém úvodu) provádím ve dvou subkapitolách vlastní analýzu několika rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR.

3.1 Project Posner: Walgreen Company v. Sara Creek

Richard Posner je určitě v jistém smyslu doyenem celého Law & Economics hnutí a to již od 70. let. Od roku 1981 je zároveň při svém významném akademickém působení na právnické fakultě Chicagské univerzity soudcem amerického federálního Odvolacího soudu pro sedmý obvod (*Seventh Circuit*). Poměrně nedávno vznikla také volně přístupná on-line databáze jeho rozhodnutí z let 1981 až 2006 pořízená v rámci Programu pro Law & Technology právnické fakulty Columbiiské univerzity²⁶¹, dostupná na webové adrese www.projectposner.org²⁶².

Z nepřehledného množství Posnerových rozhodnutí dostupných na ProjectPosner (jinde v této práci cituji např. Posnerovo rozhodnutí ve věci *Zapata Hermanos*) jsem pro předestření (možná spíše než rozbor) ekonomické analýzy jako součásti soudcovského rozhodnutí vybral rozsudek ve věci *Walgreen Company v. Sara Creek, and Phar-*

²⁶¹ *Program on Law & Technology at Columbia Law School*. Na stránkách ProjectPosner uvádí jeho autoři Tim Wu a Stuart Sierra jako své motivy, pro vytvoření této databáze: jinak obtížnou dostupnost Posnerových rozhodnutí (oproti jeho knihám a článkům), obzvláštní myšlenkovou kvalitu jeho rozhodnutí, nemalý význam těchto rozhodnutí pro vývoj soudobého amerického *common law* a konečně fakt, že některá jeho rozhodnutí jsou zábavná.

²⁶² Mimo této internetové stránky věnované Posnerovi jako soudci lze upozornit také na jeho pravidelně aktualizovaný blog, který píše společně s nositelem „Nobelovy ceny“ za ekonomii G.Beckerem (www.becker-posner-blog.com).

*Mor*²⁶³. Důvodů pro tuto volbu je hned několik – jednak se v tomto rozsudku Posner zabývá klíčovou problematikou efektivního porušení smlouvy, která byla nastíněna též v předcházející části této práce, přičemž Posnerem prováděná analýza je skutečně detailní, dále se jedná o rozhodnutí byť nikoli nové, tak ani nikterak dávno²⁶⁴, naopak stále relevantní. Konečně je v tomto rozhodnutí diskutována vhodnost náhrady škody (*damages*) oproti ekvitním právním nástrojům (*injunction*), tedy přímým příkazům, resp. zde zákazům, určitého chování (ve smyslu uložení splnění smluvních povinností oproti sekundární povinnosti k náhradě škody), což je otázka nepochybně zajímavá *cum grano salis* též pro české případně obecně kontinentální právo. Toto rozhodnutí je totiž mimo jiné právě zajímavým příkladem situace, ve které takovýto přímý příkaz či zákaz bude i z ekonomického hlediska vhodnější (praktičtější) než incentiv v podobě peněžní náhrady.

Skutkové okolnosti případu jsou následující: společnost Walgreen dlouhodobě (od roku 1951) provozovala lékárnu v nákupním středisku Southgate v Milwaukee, které patřilo společnosti Sara Creek, a to na základě nájemní smlouvy mezi těmito společnostmi. Nájemní smlouva relevantní pro spor byla podepsána v roce 1971 na dalších 30 let a 6 měsíců, přičemž obsahovala (stejně jako předchozí smlouva) ustanovení, ve kterém se pronajímatel (Sara Creek) zavazoval, že nepronajme žádné prodejní prostory v nákupním středisku Southgate jinému nájemci k provozování lékárny. Podobné ustanovení je v nájemních smlouvách mezi obchodními domy a jednotlivými prodejci běžné. V roce 1990 v reakci na hospodářské problémy jiného svého nájemce, který pro Sara Creek představoval nejvýznamnějšího smluvního partnera (*anchor tenant*), rozhodla společnost Sara Creek o pronájmu části prodejní plochy po tomto nájemci řetězci Phar-Mor, provozujícímu prodejny s výrazně zlevněným zbožím („*deep discount*“ *store*), jejichž součástí byly též velké lékárny (v Southgate se mělo jednat o lékárnu stejného rozsahu jako byla lékárna Walgreen, navíc v její těsné blízkosti), a toto své rozhodnutí oznámila společnosti Walgreen.

²⁶³ *Walgreen Company v. Sara Creek Property Company Beta, B.V., a/k/a Sara Creek Beta, and Phar-Mor Corporation*, 966 F.2d 273 (7th Circuit 1992).

²⁶⁴ Např. Shapiro (2006) sice zásadně Posnerovo počínání v roli soudce kritizuje, ale ač byl anglický originál jeho knihy uveřejněn v roce 2005, nejnovější Posnerovo rozhodnutí, jež ve své kritice jmenovitě uvádí, pochází z roku 1986.

Walgreen následně zažalovala²⁶⁵ společnosti Sara Creek i Phar-Mor pro porušení smlouvy a požádala o *injunction*²⁶⁶, které by společnosti Sara Creek zakázalo pronajmout dané prostory právě Phar-Moru.

Soud v prvním stupni rozhodl o porušení smlouvy a společnosti Walgreen skutečně udělil vůči Sara Creek *injunction*²⁶⁷ zakazující jí po zbývající dobu trvání Walgreenova nájmu pronajmout své prostory v Southgate Phar-Moru. Sara Creek a Phar-Mor v řízení namítaly, že nebylo prokázáno, že primární prostředek právní nápravy – náhrada škody – by nebylo lze s dostatečnou jistotou co do adekvátní výše určit a nejsou tedy dány podmínky pro radikálnější ekvitní zásah ve formě záповědi²⁶⁸. Náhradu škody by tyto společnosti přitom byly Walgreenu ochotny (v určité výši) zaplatit, tento však v řízení požadoval zásadně vyslovení uvedeného zákazu s odůvodněním, že stanovení adekvátní výše náhrady škody by bylo příliš náročné, ne-li nemožné. Sara Creek a Phar-Mor se následně odvolaly k federálnímu Odvolacímu soudu (Posnerovu *7th Circuit*).

Sara Creek se dále v odvolání vyjádřila, že v daném případě sice došlo z její strany k porušení smlouvy s Walgreenem, avšak jedná se podle ní o porušení efektivní, které má potenciál zvýšit obecný blahobyt tím, že spotřebitelé budou profitovat z nabídky levnějších léků Phar-Moru a tento přínos převyší individuální ztrátu (tj. škodu, kterou je Sara Creek společně s Phar-Morem ochotna uhradit) na straně lékárny Walgreen vyplývající ze zvýšené konkurence²⁶⁹. Odvolatelka uvedla jako možné

²⁶⁵ V daném případě byla založena *diversity jurisdiction* podmiňující příslušnost federálních soudů, z textu rozsudku se však nic bližšího o státech původu jednotlivých aktérů nedozvídáme.

²⁶⁶ Dále též „ekvitní záповěď“. Pro terminologii srov. Boháček (2007), str. 301.

²⁶⁷ Jednalo se o tzv. *permanent injunction*, které má obvykle již formu rozsudku (oproti *temporary injunction*, které je možno přirovnat k českému předběžnému opatření podle § 76 občanského soudního řádu, č. 99/1963 Sb., především pak dle odst. 1 písm. e), f)).

²⁶⁸ Rozhodnutí, zda-li (standardně) přisoudit náhradu škody, nebo (alternativně) udělit některé ekvitní opatření (příkaz/zákaz) záleží na soudci. Rozhodnucím hlediskem by měla být adekvátnost a proporcionalita těchto prostředků nápravy v konkrétním případě, přičemž břemeno tvrzení a břemeno důkazní ohledně nedostatečnosti peněžní náhrady škody (která je jinak předpokládaným, základním typem *legal remedy*) nese žalobce.

²⁶⁹ Ohledně „efektivního porušení smlouvy“ odkazovala Sara Creek na množství dřívějších rozhodnutí, mimo jinými též Posnerovy rozsudky *Patton v. Mid-Continent Systems, Inc.*, 841 F.2 742 (7th Circuit

způsoby (přibližného) určení výše náhrady škody jednak stanovení současné hodnoty ztracených budoucích zisků, případně určení rozdílu hodnoty pronájmu (*leasehold*) ve stavu bez a s případnou konkurencí Phar-Moru.

Posner uvozuje své rozhodnutí úvahou představující v podstatě analýzu nákladů a výnosů (*cost-benefit analysis*) substituování náhrady škody udělením *injunction*, přičemž ve prospěch takové substituce a tedy potvrzení napadeného prvoinstančního rozhodnutí uvádí:

„[poskytnutí záповědního příkazu namísto přiznání náhrady škody] jednak přesouvá břemeno určení nákladů jednání žalovaného ze soudu na strany sporu. Pokud je pravdou, že případná náhrada škody by byla nižší než přínos pronajmutí druhé lékárny v nákupním středisku, pak musí také existovat cena překonávající rozdělení práv stanovené záповědí, při které na tom budou obě strany posléze lépe. Efektem udělení záповědního příkazu tedy je nahrazení náročného procesu forezního zjišťování faktů méně nákladným mechanismem soukromého vyjednávání. Za další pak z premis našeho tržního systému, též ale empiricky, vyplývá, že ceny a náklady mohou být podstatně přesněji určeny trhem než veřejnou mocí. 'Válka znalců' je méně spolehlivou metodou určení skutečných Walgreenových nákladů způsobených intenzivnější soutěží, než vyjednávání mezi Walgreenem a Sarou Creek o ceně, kterou by Walgreen považoval za adekvátní kompenzaci za tuto silnější konkurenci.“

Za povšimnutí jistě stojí způsob, jakým Posner o náhradě škody uvažuje – jako o částce, která aproximuje *cenu*, již by bylo dosaženo případným coasovským vyjednáváním. To je ostatně v plném souladu s Posnerovou teorií soudů coby napodobitelů trhu tam, kde skutečnému tržnímu vyjednávání brání vysoké transakční náklady (*market mimicing function*).

Na druhé straně zvažuje pak Posner v úvahu přicházející náklady ekvitního řešení²⁷⁰:

„Dodržování mnoha záповědních příkazů vyžaduje stálou kontrolu soudu, což je nákladné ... Některé jsou pak problematické neboť uvalují náklady na třetí

1988) *a Northern Indiana Public Service Co. v. Carbon County Coal Co.*, 799 F.2d 265 (7th Circuit 1986).

²⁷⁰ Odkazy na judikaturu vypouštím.

strany. ... Méně zřejmé náklady poskytnutí injunccion vznikají v situaci, kterou ekonomové označují za 'bilaterální monopol', ve které mohou dvě strany jednat pouze jedna s druhou – jde tedy o typickou situaci, kterou ekvitní záповěď vytváří. ... Walgreen může 'prodat' své ze záповědi plynoucí subjektivní právo pouze společnosti Sara Creek a Sara Creek může 'koupit' Walgreenovo vzdání se tohoto subjektivního práva pouze od společnosti Walgreen.“

Dále uvádí Posner (i s odkazem na Coasův (1960) článek) příklad vyjednávání bilaterálního monopolu a používá přitom pro účel této demonstrace záměrně zvolené hypotetické hodnoty. Nepochybně mu zde jde o názornost nutně stručného nastínění dané úvahy, přitom lze hádat, že takový postup (ilustrace konkrétní úvahy na smyšlené situaci, navíc s uvedením konkrétních hypotetických částek) by zvláště českým soudům byl nejspíše značně vzdálen. Zároveň ovšem možno uznat případnou kritiku (která by ale vyvěrala především z rozdílných stylů psaní soudních rozhodnutí v daných právních kulturách), že se v podobných případech Posner odchyluje od úzkého cíle rozhodnutí v jednotlivém případě (typičtějšího pro kontinentální právo) ve prospěch širšího „didaktického“ obsahu textu rozhodnutí²⁷¹.

Co se týče intenzity zdroje neefektivně spotřebovávajícího vyjednávání mezi stranami dvoustranného monopolu, zmiňuje Posner jako možný motiv neústupnosti ve vyjednávání snahu jedné strany o to vydobýt si pověst „tvrdého“ obchodníka a obecně pak vyšší částky, která je ve hře.

Náklady a výnosy náhrady škody jsou pak podle Posnera jakýmsi zrcadlem analýzy provedené v případě záповědního příkazu:

„Poskytnutí náhrady škody zabraňuje nákladnému následnému dohledu soudu nad dodržováním povinností stanovených záповědí, dopadím na třetí osoby a stejně tak i nákladům vyjednávání v bilaterálním monopolu. Přináší však

²⁷¹ Srov. Kühn, Bobek a Polčák (2006), str. 20:

„... soudy systému common law často ve svých odůvodněních polemizují o hypotetických situacích a činí z nich určité právní závěry... Činí tak nikoliv proto, že by chtěly expandovat princip, který v daném rozhodnutí aplikují, ale spíše v zájmu ujasnění jejich rozhodnutí tím, že jej dávají do širšího kontextu. Je ovšem jasné, že ... byt' jde v daném kontextu o normativní větu, nemůže tvořit ratio decidendi.“

Otázkou pak je, zda-li se Posner ještě drží ve v *common law* obvyklých intencích „květnatosti“ stylu rozhodnutí, nebo je i jako soudce „příliš profesorský“.

vlastní náklady. Na jedné straně v podobě snížené přesnosti určení výše náhrady, na druhé pak výdaje stran při přípravě a předkládání důkazů a také čas soudu strávený tímto dokazováním.“

Pro případ, že by uvedené schéma poměrování nákladů a přínosů stanovení povinnosti ke kompenzaci oproti vyslovení přímého zákazu určitého chování vedlo k ambivalentním výsledkům, je třeba podle Posnera uložit povinnost k náhradě škody, naopak pro udělení *injunction* musí být dána jeho zřejmá výhodnost ve srovnání s *damages*.

Ačkoli v prvostupňovém rozhodnutí ve věci *Walgreen v. Sara Creek* neprováděl soudce takto explicitní analýzu nákladů a výnosů (což i podle Posnera ani nemusel), Posner dospívá k závěru, že daný skutkový stav a možnost udělení různých prostředků nápravy (remedies) zhodnotil správně. Především Posner dospívá k závěru, že určení výše náhrady škody soudem by v tomto případě bylo značně problematické.

„Nájem měl v daném případě trvat ještě dalších deset let. Společnost Walgreen by tedy musela odhadnout své příjmy z prodejů, stejně jako své náklady v příštích deseti letech, dále dovodit dopad konkurence Phar-Moru na tyto ukazatele a konečně diskontovat tento dopad na současnou hodnotu. Všechny tyto kroky s výjimkou posledního by byly zahaleny nejistotou.“

Posner zdůrazňuje velkou nepřesnost odhadování budoucích hospodářských charakteristik na takto dlouhé období dopředu. Přitom ale generálně nevylučuje možnost určení náhrady škody touto metodou (expertním ekonometrickým odhadem), ovšem spíše se zdůvodněním, že alespoň přibližná, „hrubá“ (*crude*) náprava porušení práva je obecně lepší než žádná. Spíše jako ilustraci charakteristik amerického odvolacího řízení pak lze zmínit též to, že Sara Creek namítala, že lze srovnat situaci jiných nákupních center, ve kterých existují lékárny Walgreen a Phar-Mor vedle sebe, což Posner sice neodmítá, ale uvádí, že odvolací soud se zde nemůže přit s názorem prvostupňového soudce, že situace v těchto obchodních domech a v Southgate byla neporovnatelná.

K otázce, zda-li ekvitní záповěď v daném případě nezpůsobuje významnější negativní externalitu (nekompenzovaný dopad na třetí osoby), která by měla být zohledněna ve prospěch rozhodnutí o náhradě škody, Posner dodává, že patrně nikoli. Ti, kterých se může zákaz otevření nové lékárny Phar-Mor negativně dotknout –

především společnost Phar-Mor sama, a také její potenciální zákazníci v Southgate – mohou podle Posnera prostřednictvím participace Phar-Moru na vyjednávání o částce, za kterou by byl Walgreen ochoten vzdát se svého práva z ekvitní záповědi (tj. coasovské vyjednávání), působit na *ex post* efektivní alokaci zdrojů prostřednictvím záповědi případně neefektivně alokovaných, a potenciální negativní externalitu tak internalizovat.

Stejně tak v případě nebezpečí „nekonečného“ nákladného vyjednávání v bilaterálním monopolu poukazuje Posner na to, že rozhodující újma plynoucí z neúspěchu vyjednávání vůbec, kterou může být v určitých případech dokonce hospodářský zánik jedné strany vyjednávání, v daném případě patrně nehrozí, neboť takové nebezpečí pro sebe Sara Creek v možnosti, že Phar-Mor skutečně nakonec v Southgate svůj obchod nebude moci umístit, podle všeho nespátřuje. K tomu lze doplnit, že vzhledem k pravděpodobné existenci s Phar-Morem srovnatelných zájemců o pronájem prodejních prostor v Southgate tíží Saru Creek patrně dosti vysoké náklady (druhé nejlepší) příležitosti, které zásadně snižují její „prostor“²⁷² pro rentu dobývající nákladné vyjednávání o v případě přímého zákazu náhradu škody nahrazující (a zákaz – *injunction* tak překonávající) ceně realokace.

3.2 Kontinentální právo aneb není formalismus jako formalismus

Velmi častým – ne-li nejčastějším – argumentem proti použitelnosti a významu ekonomické analýzy práva mimo oblast *common law* je zdůraznění charakteru kontinentální právní kultury a omezené možnosti evropského soudce rozhodovat na základě vlastní úvahy, tedy vlastně odchylovat se od výslovného znění textu určitého formálního pramene práva ve prospěch argumentů mimoprávních, kterými mohou být různé filosofické, etické a další úvahy a nepochybně také ekonomická logika či dokonce přímo L&E²⁷³. Necítím se povolán a nehodlám se zabývat podstatou rozdílů

²⁷² Srov. obecnou část této práce.

²⁷³ Lze ale ocitovat – i v ohledu na dále zmiňovanou roli teleologického výkladu – nález českého Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 21/96 (vyhlášený pod č. 63/1997 Sb.):

„Soud není absolutně vázán doslovným zněním zákonného ustanovení, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit v případě, kdy to vyžaduje ze závažných důvodů účel zákona, historie jeho vzniku,

v argumentaci kontinentálních a anglo-amerických soudů (byť některé již byly v předcházejícím textu naznačeny), tedy ani tím, nakolik je ono srovnání soudcovského rozhodování v obou právních kulturách stojící v základech uvedené výhrady věcně oprávněné²⁷⁴. Rozhodně se ovšem domnívám, že takto odůvodněné odmítání ekonomické analýzy práva není zcela korektní. Pokud pomineme jednoduché právní případy, které nutno řešit (a které též jen lze řešit) formálním výkladem (resp. prostou mechanickou subsumpcí) konkrétního, daný případ postihujícího ustanovení zákona²⁷⁵ (či jiného pramene práva ve formálním smyslu), nelze se vyhnout právě použití jiných než formálně právních argumentů přinejmenším na úrovni toho, co Kühn (2007d) označuje za *interpretační formalitu*²⁷⁶. P.Kuhn (2007) pak²⁷⁷ za nejvhodnější prostředek začlenění mimoprávních argumentů do interpretace práva považuje teleologický výklad práva, který zároveň do značné míry ztotožňuje s (minimálně „intuitivní“) ekonomickou analýzou práva, tedy se standardy efektivnosti a hospodárnosti.

Mimoprávní argumentace není zdaleka záležitostí, jež by byla kontinentálnímu (a českému) soudci cizí, nebo mu dokonce byla zapovězena²⁷⁸. A to nejen v interpretační fázi rozhodování s účinky v konkrétním případě (*inter partes*), ale též tehdy překlenuje-li soud svou interpretační mezeru v právu a právo tak svým rozhodnutím dotváří, nebo zvláště tehdy, když některý z vyšších soudů svým rozhodnutím stanovuje pravidlo s normativní silou. Ač je judikatura v kontinentálním

systematická souvislost nebo některý z principů, jež mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku. Je nutno se přitom vyvarovat libovůle; rozhodnutí soudu se musí zakládat na racionální argumentaci.“

²⁷⁴ Lze odkázat např. na Kühn, Bobek a Polčák (2006), v dané otázce především na úvodní teoretickou část.

²⁷⁵ Kühn (2008).

²⁷⁶ Jedná se o formalismus při interpretaci právních pramenů. Domnívám se, že vzhledem k tomu, že většinou v právu půjde o interpretaci s různou mírou formalismu (tedy nikoli opět jen o interpretaci formální či neformální), lze hovořit o míře použití mimoprávních argumentů v interpretační formalitě.

²⁷⁷ V reakci na Kühna (2007a, 2007b).

²⁷⁸ Též nikoli zapovězena, ovšem již mnohem více cizí bude kontinentálnímu (resp. českému) soudci argumentace vycházející z ekonomické analýzy práva (tedy ve formě vědomé aplikace principů a poznatků L&E). K důvodům, které mají v tomto hlubší kořeny a souvisejí (jak již bylo krátce poznamenáno v úvodní části této práce) i se situací kontinentální juristické akademie, viz Dau-Schmidt (2005).

právu svou povahou přeci jen odlišná od anglo-amerického práva precedenčního²⁷⁹, lze jistě judikaturu českých soudů²⁸⁰ poměřovat stejnými postupy a měřítky ekonomické analýzy, kterých při rozboru rozhodnutí soudů (nejen) *common law* využívají teoretici L&E v USA (resp. dnes samozřejmě již zdaleka nejen tam), což se ostatně i u nás v posledních letech stává záležitostí nikoli tak exotickou²⁸¹.

Dotváření práva stejně jako pouze rozhodování v individuálním případě se může vyznačovat nejrůznější úrovní (a typy) formalismu²⁸². Ten se stává problematickým tehdy, měla-li být užita spíše úvaha založená na mimoprávních poznacích, nebo (či zvláště) tehdy je-li formálně právní závěr v rozporu s případnou odůvodněnou argumentací mimoprávní, která je zároveň souladná s účelem práva (jímž je, jak se L&E snaží dokázat a jak bylo předestřeno v obecné části této práce – nikoli sice vždy výlučně – ale často hlavně a vždy alespoň z části ekonomická efektivnost).

V následujících dvou subkapitolách se zabývám dvěma okruhy rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR (dále jen NS ČR) a pokouším se naznačit, jak v ekonomické logice odůvodněně nebo neodůvodněně bylo užito formálního výkladu zákona. V každém z těchto dvou okruhů rozhodnutí vycházím z jednoho rozhodnutí publikovaného v oficiální sbírce a analyzuji na ně navazující recentní judikaturu NS ČR (uveřejněnou na www.nsoud.cz), které se též dostalo určité veřejné pozornosti. V prvním případě tří rozhodnutí z oblasti tzv. předsmulvné odpovědnosti (*culpa in contrahendo*) užil NS ČR ustanovení zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku o obecné prevenční povinnosti (§ 415) a obecné odpovědnosti za škodu (§ 420) k formulování východisek předsmulvné odpovědnosti v českém právu a vytvořil tak velmi pravděpodobně efektivní normu chování do kontraktace vstupujících subjektů. Oproti tomu v druhé skupině rozebíraných rozsudků NS ČR z oblasti odpovědnosti za nemajetkovou újmu dle § 11 násl. ObčZ způsobenou provozem vozidla se NS ČR

²⁷⁹ Kühn, Bobek a Polčák (2006), např. str. 25 a násl.

²⁸⁰ Je-li dostupná.

²⁸¹ Přesto se dosud jedná především o prostředí právnických blogů a internetových fór (Jiné právo, leblog.cz).

²⁸² Srov. též rozbor problematiky interpretace v kapitole věnované neúplným smlouvám a také přílohu č.2 k této práci..

dopustil alespoň v jednom případě nepochybně nekonzistentnosti rozhodování, co se ekonomické logiky týče²⁸³.

Tyto vybrané a dále analyzované okruhy problémů se patrně na první (právní) pohled problematiky smluv týkají spíše okrajově. Předmětem této práce je však z Law & Economics vycházející analýza smluv, a v každém případě se hodlám držet tématu smluv – ovšem nazíraných prismatem této analýzy – ostatně zkoumání norem a právních struktur, třebaš zdánlivě nesouvisejících s určitým právním institutem, majících však významný vliv na jeho (ekonomickou) realizaci v realitě, je jednou z nejvýznamnějších možností, které L&E nabízí²⁸⁴.

3.2.1 Aplikace: Předmluvní odpovědnost

Již bylo několikrát zmíněno, že na právní úpravě rozsahu odpovědnosti stran smlouvy záleží rozsah jejich důvěry v sílu daných smluvních závazků a tedy míra, ve které jsou strany ochotny do smluvního vztahu investovat (míra důvěry, *efficient reliance*). V širším kontextu se jedná též o problém specifických investic, tj. investic do uskutečnění cíle smlouvy, které jsou v očekávané míře návratné resp. užitek nesoucí jen v konkrétním smluvním vztahu. Takovéto investování stran do uskutečnění smlouvy je v určité (efektivní) míře žádoucí a jeho zajištění je jedním ze základních účelů institutu smlouvy. V případě nevynutitelnosti závazků by ochota investovat do dosažení nejistého cíle smluvní kooperace byla patrně nízká a též efektivní kooperace by se tudíž značně komplikovala a stávala se nákladnější²⁸⁵. Zároveň je ale nutno opětovně upozornit na problém s určením rozsahu této odpovědnosti tak, aby jako incentiv nevedla k naopak přemrštěné důvěře a následně k investicím příliš vysokým – neopatrným a tedy neefektivním (oportunismus, resp. problém morálního hazardu).

V kapitole věnované efektivnímu porušení smlouvy jsem se věnoval možným způsobům určení náhrady škody z odpovědnosti za porušení smlouvy. Je ovšem

²⁸³ Domnívám se však, že problematičnost rozhodnutí 30 Cdo 999/2007 (věc *Hyundai*) je dána taktéž v rovině právního posouzení odlišných skutkových stavů.

²⁸⁴ S omezením již citovaným požadavkem dostatečně diferencované analýzy, který vyslovuje Basedow (2006), str. 59 a 60.

²⁸⁵ Např. snahou stran naprosto minimalizovat časové období, po které trvá vztah dlužníka a věřitele, úsilím uskutečňovat směnu jen „z ruky do ruky“, případně negociací maximálního zajištění smlouvy (což by samo bylo nesnadnější a nákladnější než v případě se spolehlivě vynutitelnými smlouvami).

otázkou, jak se postavit k problematice investic do kooperace (smluvního vztahu) ve fázích předcházejících samotnému vzniku smlouvy. Řeč je o tzv. předmluvní odpovědnosti (*culpa in contrahendo*) a lze tvrdit, že pro L&E analýzu jejích funkcí budou v mnoha ohledech platit závěry platné pro odpovědnost za porušení smlouvy již uzavřené.

Efektivnost takové odpovědnosti se zdá být pravděpodobná²⁸⁶, neboť nasměrovává strany vyjednávání k rychlejší a zároveň odpovědnější kontraktaci, čímž jsou snižovány transakční náklady, lépe alokováno riziko a v případě adekvátní struktury této odpovědnosti též předcházeno morálnímu hazardu. Důvodem toho je jasnější (*ex ante* deklarované) vymezení odpovědnosti a možnost vynakládat určité výdaje (investice) již před uzavřením samotné smlouvy, přičemž v případě následného neuzavření smlouvy způsobeného druhou stranou má strana náklady vynakládající právo na jejich (alespoň částečnou) úhradu (což zase působí na úváživější jednání druhé strany – do jejího rozhodování vstupují i náklady, které v průběhu vyjednávání nese výhradně druhá strana). Důležitou otázkou pak bude právě vymezení rozsahu této odpovědnosti tak, aby její stanovení naopak nevedlo k příliš vysoké míře důvěry ve spolehlivost investic do předpokládané smlouvy a tedy k oportunistickému jednání investujících stran.

Předmluvní odpovědnost (konkrétně ve formě *culpa in contrahendo*, jež pracuje s odpovědností za zavinění) je institutem typickým zvláště v německy mluvících zemích²⁸⁷. V anglo-americké oblasti se bude jednat o tzv. *precontractual reliance*²⁸⁸. Ještě v roce 2002 mohl J.Salač psát, že

²⁸⁶ Srov. Bebchuk a Ben-Shahar (2001).

²⁸⁷ Salač (2002) uvádí jako autora koncepce tohoto institutu R.Jehringa. Za předpoklady odpovědnosti *culpa in contrahendo* v německém právu Salač označuje (str. 414) vztah důvěry obdobný vztahu smluvních stran, zaviněné porušení povinnosti jednat v dobré víře a neexistenci jiné formy odpovědnosti, která by na daný případ dopadala. V ohledu na odpovědnost za ukončení jednání o smlouvě dodává dále, že:

„[J]ednání musí být přerušeno bez legitimního důvodu a vůči druhé smluvní straně musí být porušena povinnost jednat v dobré víře, pokud v ní byla vzbuzena důvěra, že smlouva bude s jistotou uzavřena.“

²⁸⁸ Vychází se obvykle z obecného požadavku dobré víry. Srov. Posnerovo rozhodnutí ve věci *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, 96 F.3d 275 (7th Circ., 1996).

„[v] české doktríně ani judikatuře se problematika odpovědnosti *culpa in contrahendo* nedisktuje, příp. se lze v praxi setkat s názory, že odpovědnost z *culpa in contrahendo* v českém právu neexistuje.“²⁸⁹

Od té doby se však přímo této problematice věnoval (doposud) ve třech svých rozhodnutích NS ČR a jednoznačně dovodil existenci předsmělní odpovědnosti též v českém právu²⁹⁰.

Výchozím rozhodnutím je rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 11.10. 2006, sp. zn. 29 Odo 1166/2004²⁹¹ (dále uvádím též jako rozsudek ve věci „*Banka HB*“). V tomto případě se skutkově jednalo o situaci, kdy žalovaná společnost kontaktovala žalobkyni (banku) s žádostí o poskytnutí úvěru²⁹², žalobkyně pak několik měsíců zpracovávala smluvní podklady a dokumentaci (přičemž žalovaná se těchto přípravných prací aktivně účastnila s upřesňujícími připomínkami), následně k uzavření smlouvy o úvěru z vůle žalované nedošlo a banka se nedočkala ani uhrazení požadovaných přibližně 700 tis. Kč, vyúčtovaných jako její náklady na přípravu podkladů k uzavření samé smlouvy o úvěru. Případnou odpovědnost žalované bylo lze podle NS ČR dovozovat z obecné prevenční povinnosti § 415 ObčZ, a to při splnění předpokladů obecné odpovědnosti za škodu podle § 420 ObčZ, tedy včetně zde presumovaného zavinění.

Pro odpovědnost *culpa in contrahendo* lze určit dva z hlediska ekonomické analýzy efektivního investování do důvěry rozhodující problémy: jednak (i) stanovení podmínek, za kterých se tato odpovědnost uplatní, především určení časového okamžiku ve vyjednávání o smlouvě, od kdy již lze hovořit o případném přerušení jednání jako zakládajícím tuto odpovědnost (to je specifickým problémem předsmělní odpovědnosti, u které jen těžko lze zcela jednoznačně určit počátek a míru závaznosti jednání vyjednávajících stran); a za druhé (ii) efektivní rozsah náhrady škody.

²⁸⁹ Salač (2002), str. 417.

²⁹⁰ Krom toho explicitně zavádí institut předsmělní odpovědnosti navrhovaný nový občanský zákoník (§ 1587 a 1588 vládního návrhu). Rozhodující je omezení náhrady škody na nejvýše „ztrátu z neuzavřené smlouvy v obdobných případech“; nepochybně bude zajímavé sledovat, co budou tímto omezením soudy konkrétně rozumět a v jaké výši budou náhradu škody z *culpa in contrahendo* obvykle přiznávat.

²⁹¹ Publikovaného v Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod č. 8/2007, rozhodnutí č.82, str. 776.

²⁹² Ve výši téměř 150 mil. Kč.

S prvním (i) problémem se NS ČR v citovaném rozhodnutí vyrovnal stanovením tohoto testu:

„... [NS ČR] pokládá za první předpoklad odpovědnosti skutečnost, že konkrétní osoby zahájily jednání o uzavření určité smlouvy, přičemž tato jednání dospěla do stadia, kdy jedna ze stran kontraktačního procesu byla v důsledku chování druhé potencionální smluvní strany v dobré víře, že předpokládaná smlouva bude uzavřena. Dalším nezbytným předpokladem je, že k ukončení jednání o uzavření smlouvy druhá strana přistoupila, aniž k tomu měla legitimní důvod.“

Jedná se o standard nechávající celkem široké pole úvahy aplikujícímu soudu, což je v daném případě pochopitelné a lze to považovat za přednost – rozhodující význam pro chování lidí (tj. incentiv, kterým tato norma bude působit) má již sám fakt, že NS ČR vyslovil existenci institutu předsmuvní odpovědnosti založené na zavinění. Jisté problémy (z hlediska efektivního výsledku dalších rozhodnutí) může snad působit výklad sousloví „legitimní důvod“, tedy jaké všechny důvody budou za legitimní považovány. Ovšem vzhledem k předpokládané existenci zavinění (kdy škůdce prokazuje jeho nedostatek) v ustanovení § 420 ObčZ (které se tedy do jisté míry blíží odpovědnosti objektivní s možností liberace) je toto interpretační riziko poněkud nižší.

S problémem druhým (ii) naložil NS ČR ve věci *Banka HB* podle mého názoru o něco méně jednoznačným způsobem, když omezil rozsah náhrady škody jen na „nikoli obvyklé provozní náklady“:

„... [NS ČR] akcentuje, že potencionálním smluvním partnerům ... zpravidla vznikají náklady, jejichž povaha a výše závisí na typu předpokládané smlouvy, s jejichž vynaložením musí počítat bez ohledu na to, zda zamýšlená smlouva bude nakonec uzavřena či nikoli. Vynaložení těchto „obvyklých“ provozních nákladů přitom za odškodnitelnou majetkovou újmu ve smyslu ustanovení § 420 obč. zák. považovat nelze. Oproti tomu v případě vynaložení nákladů, které nelze považovat za - pro uzavření smlouvy konkrétního typu - běžné (obvyklé), a jejichž potřeba vyvstala v důsledku specifických požadavků druhé strany, nelze vyloučit možnost jejich posouzení jako škody podle výše odkazovaného ustanovení.“

Přitom z této formulace vyplývá, že by se odpovědnost *culpa in contrahendo* v českém právu neměla vztahovat na náklady související s (i třeba nikoli v dobré víře) druhou stranou vyvolaným jednáním o uzavření smlouvy, pokud takové náklady

obvykle souvisí s přípravou uzavření smlouvy daného typu, naopak by měla být omezena jen na náklady vyvolané specifickými (neobvyklými) požadavky druhé strany. Přitom z hlediska nákladů příležitosti, tj. jedné ze složek transakčních nákladů, je možné za dostatečně specifický považovat již samotný (akceptovaný) požadavek druhé strany k zahájení jednání (specifičnost pak spočívá právě v tom, že je vyjednávání vztaženo právě na konkrétní druhou stranu a první strana musí v daném čase rezignovat na vyjednávání s jinými potenciálními smluvními partnery).

Tento požadavek navíc činí do značné míry nepotřebným první (i) test, neboť náklady zcela nestandardních, specifických požadavků druhé strany budou patrně první stranou vynakládány (tj. budou investovány do budoucího vztahu) teprve v okamžiku, kdy bude první strana již v dobré víře předpokládat uzavření smlouvy. Požadavek neobvyklosti nákladů tedy s největších pravděpodobností (nechtěně) míří na stejný, případně samému uzavření smlouvy ještě bližší časový okamžik jako podmínka dobré víry a důvodného očekávání uzavření smlouvy.

Navíc není jisté, co je míněno touto obvyklostí – mnoho lidí bude uzavírat v právní praxi jinak obvyklé smlouvy jen velmi neobvykle, jen jednou, nanejvýše párkrát za život (viz třeba v závěru této podkapitoly uváděný rozsudek 25 Cdo 127/2007), při vyloučení takových (v podobných případech obvyklých, pro konkrétní strany však nezvyklých) nákladů stran by institut *culpa in contrahendo* do značné míry ztratil použitelnost. Jinak by tomu bylo v případě, že by se za obvyklé náklady považovaly náklady, které v takových (pro ni běžných) situacích daná strana obvykle očekává. Šlo by pak vesměs o případy stran – „profesionálů“ (např. podnikatelů) v oboru činnosti, se kterou je běžně spojeno uzavírání takovýchto typů smluv. Omezení předšmluvní odpovědnosti na neobvyklé náklady by pak bylo vlastně alokací rizika neuzavření smlouvy straně, které svědčí zákon velkých čísel (Calabresiho *deep-pocket approach*), což lze nejspíše považovat za řešení efektivní. O podobný vztah mezi stranami jde ostatně i v případě řešeném ve věci *Banka HB* (náhradu škody z předšmluvní odpovědnosti zde požadovala banka po potenciálním klientovi) a NS ČR též v souladu s takovým přístupem usoudil, že nárok na náhradu nákladů vynaložených žalabkyní v souvislosti s přípravou uzavření (v jejím oboru podnikání obvyklou) smlouvou o úvěru jí nepřísluší.

Co se ovšem týče abstrahované právní věty rozsudku ve věci *Banka HB* citované v dalších dvou rozebíraných rozhodnutích, objevuje se v ní pouze uvedení testu ad (i) a nikoli podmínka neobvyklosti vynaložených nákladů ad (ii). Pokud se bude následující rozhodovací praxe držet tohoto testu (i) a případný rozsah náhrady škody omezený na náklady nad úroveň obvyklých provozních nákladů bude aplikovat jen v případě žalobců obvykle dané smlouvy uzavírajících, bude výsledkem aplikace rozhodnutím 29 Odo 1166/2004 (*Banka HB*) stanoveného pravidla *culpa in contrahendo* efektivnější alokace zdrojů (investovaných do vyjednávání o smlouvách) než je tomu doposud bez tohoto pravidla.

Velmi zajímavý a nikoli jednoduchý případ byl řešen rozsudkem Nejvyššího soudu ČR ze dne 25.9. 2007, sp. zn. 29 Odo 1335/2005 (dále též jen rozsudek ve věci „*spekulace s akciemi*“), který ukazuje na nebezpečí přemrštěné míry důvěry (*excessive reliance*) v uzavření smlouvy (v tomto případě ale zřejmě vyplývající i z jiných faktorů, než z pouhého spoléhání se na závaznost jednání směřujících k uzavření smlouvy) a problém morálního hazardu.

Skutkový stav v rozhodnutí ve věci *spekulace s akciemi* byl velmi zjednodušeně následující: žalovaná měla vyhlásit obchodní veřejnou soutěž o nejvýhodnější návrh na uzavření smlouvy o převodu téměř půl milionu kusů akcií jisté společnosti, žalobkyně učinila návrh s kupní cenou 0,16 Kč za jednu akcii a žalovaná jí posléze sdělila, že tento návrh přijímá (a že jí bude kontaktovat ve věci uzavření kupní smlouvy). Následně však žalovaná žalobkyni vyrozuměla s tím, že ji uvedla v omyl a že má sdělení o přijetí návrhu považovat za neplatné. Žalobkyně ovšem mezitím již stačila uzavřít s další (třetí) společností kupní smlouvu, kterou jí jako prodávající uvedené akcie převáděla a to za cenu 2,20 Kč za akcii a zároveň se zavazovala k zaplacení smluvní pokuty jak za každý den prodlení se splněním závazku ve výši 0,3% z celkové kupní ceny, tak ve výši celé kupní ceny v případě prodlení trvajících 15 dní. Když žalovaná nemohla třetí společnosti poskytnout smluvené plnění (akcie) odstoupila tato třetí společnost od smlouvy s žalobkyní a zároveň jí žádala o uhrazení částky sestávající ze zaplacených smluvních pokut (o více než milion korun přesahující žalobkyní původně žalované nabízenou kupní cenu za předmětné akcie, která jen mírně přesahovala 75tis. Kč), čímž žalobkyni měla spolu s ušlým ziskem (ve výši rozdílů uvedených kupních cen) vzniknout škoda.

Vzhledem k tomu, že podmínky údajné obchodní veřejné soutěže se v zásadní míře odchylovaly od vymezení tohoto způsobu uzavření smlouvy v ObchZ²⁹³, dovodil NS ČR neurčitost a tedy neplatnost daného projevu vůle žalované, protože ani případná kupní smlouva mezi žalobkyní a žalovanou nemohla vzniknout. Podle Nejvyššího soudu ale takový závěr nemění nic na možné odpovědnosti žalované *culpa in contrahendo*²⁹⁴.

Zůstává ovšem otázka, v jakém rozsahu, pokud vůbec, by v takovém případě měla být náhrada škody z předmluvní odpovědnosti žalované stanovena. Lze usoudit, že v daném případě by náhrada škody z *culpa in contrahendo* žalobkyni příslušet neměla, resp. nejvýše v rozsahu nákladů, které vynaložila při přípravě smlouvy s žalovanou, což však vede k témuž výsledku.

Důvodem pro případné omezení náhrady škody jen na výdaje v souvislosti s vyjednáváním smlouvy žalované s žalobkyní, tj. náklady účasti žalobkyně v domnělé obchodní veřejné soutěži, je „nezřízená“ důvěra stran a značný morální hazard, který by vyplýval ze stanovení odpovědnosti jedné vyjednávající strany nejen za nepřekezení uzavření smlouvy, ale i za úspěch záměrů druhé strany závislých na uzavření této smlouvy²⁹⁵. Oportunní jednání (jednání s morálním hazardem) je v daném případě možno spatřovat ve sjednání značných (dokonce samo sjednané plnění přesahujících) smluvních pokut ve smlouvě, upravující následný prodej akcií žalobkyní. Pokud by měla být též za takové náklady druhé strany strana ukončující jednání o smlouvě

²⁹³ § 281 až § 288 ObchZ.

²⁹⁴ Přičemž v daném případě ale NS ČR dovolání žalobkyně zamítl a rozhodnutí odvolacího soudu potvrdil. Domnívám se mimo to, že určitou náhradu škody (kterou by musela samozřejmě prokázat) mohla žalobkyně žádat právě též z důvodu uvedeného v § 268 ObchZ (odpovědnost za způsobení neplatnosti právního úkonu), byť by se téměř s jistotou (i vzhledem k níže citované pasáži rozhodnutí) nejednalo o celou žalobkyní uplatňovanou škodu. Jde však o otázku odlišnou od zkoumané materie předmluvní odpovědnosti a tak se dále touto možností (případnou škodou z důvodu žalovanou způsobené neplatnosti jejích právních jednání) nezabývám.

²⁹⁵ V případě předmluvní odpovědnosti; jiným by byl případ záměrného jednání jedné strany proti dobrým mravům, tedy jednání nikoli oportunistické, ale strategicky sledující způsobení škody. Viz dále 25 Cdo 127/2007.

odpovědná z odpovědnosti *culpa in contrahendo*²⁹⁶, mohlo by to vést k nebezpečí většího rozšíření podobných, jen těžko za rozumné označitelných smluvních podmínek (např. jako zde sankcí), hrozících prostřednictvím předsmluvní odpovědnosti pak těm stranám, které existenci takových podmínek ve smlouvách druhé strany s třetími osobami mohou jen stěží ovlivnit. V důsledku by se opět zvyšovaly transakční náklady. Jak ostatně k tomuto NS ČR sám v rozsudku ve věci *spekulace s akciemi* uvedl (přílehlavě, ač tak zřejmě učinil nikoliv přímo v souvislosti s případnou předsmluvní odpovědností):

„Kvalifikovala-li sama dovolatelka úkony žalované nesprávně a na základě vlastní chybné kvalifikace na ně spoléhala natolik, že uzavřela smlouvu se třetí osobou ohledně plnění, které neměla smluvně zajištěno, a v této smlouvě přistoupila na sankce, jejichž výši lze stěží považovat za obvyklou, činila tak neoprávněně a toto její jednání nesoucí znaky značného podnikatelského rizika, nelze spravedlivě přičítat k tíži žalované.“

Ovšem důvodem, proč by neměla být žalobkyni přiznána žádná náhrada škody z titulu *culpa in contrahendo* (tedy ani náklady spojené s uzavíráním smlouvy), je charakter uzavírání smlouvy formou obchodí veřejné soutěže, jíž se žalobkyně domnívala, že se účastní. Situaci náhrady nákladů účasti v obchodní veřejné soutěži řeší § 284 odst. 3 ObchZ, který stanoví, že:

„Navrhovatelé mají nárok na náhradu nákladů s účastí na soutěži, jen když jim toto právo přiznávají podmínky soutěže.“

Závěry Bebchuka a Ben-Shahara (2001)²⁹⁷ potvrzují efektivnost takové normy. Pokud je totiž výzva k činění návrhů směřována vícero osobám a je jasné, že smlouva bude uzavřena jen s jednou z nich, je společensky žádoucí nižší míra důvěry (investic do vyjednávání) každého navrhovatele (snížená pravděpodobnost neúspěchu jeho návrhu). Tam, kde je třeba vyšší investice ze strany navrhovatelů, než odpovídá jejich

²⁹⁶ Navíc je těžké říci, zda-li by v takovémto případě bylo možné bez dalšího dovodit existenci příčinné souvislosti mezi jednáním žalované a škodou vzniklou žalobkyni (jako jedné z podmínek odpovědnosti podle § 420 ObčZ). Též by zde patrně nebyla dána předvídatelnost škody podle doktríny *Hadley v. Baxendale*, neboť žalobkyně jistě žalovanou neupozornila, že od ní nakoupené akcie hodlá obratem prodat za téměř čtrnáctinásobek s žalovanou sjednané kupní ceny.

²⁹⁷ Bebchuk a Ben-Shahar (2001), str. 450 a 451.

očekávanému prospěchu z případného přijetí právě jejich návrhu²⁹⁸, může dle cit. ustanovení vyhlášovatel navrhovatele motivovat slibem uhrazení nákladů jejich účasti v soutěži, přičemž *ex ante* (Pareto-)efektivnost takového slibu je dána jeho dobrovolností.

V případě obchodní veřejné soutěže podle ObchZ navíc dochází k uzavření smlouvy okamžikem dojití sdělení vyhlášovatele o přijetí návrhu osobě, jejíž návrh přijal²⁹⁹. Nevzniká zde tedy žádný časový úsek, ve kterém by jednal vyhlášovatel jen s jedním již vybraným navrhovatelem, a nevzniká tak tedy ani žádný prostor pro uplatnění odpovědnosti *culpa in contrahendo*. Žalobkyně tedy nemohla náhradu takových nákladů ani předpokládat (a v řízení ji ostatně ani nepožadovala).

Konečně třetí rozhodnutí – rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 2.9. 2008, sp. zn. 25 Cdo 127/2007 (dále též jen rozsudek ve věci „*spoluvlastníků nemovitosti*“) – se dotýká povšimnutí hodné otázky, má-li předmluvní odpovědnost předcházet jak neefektivní (příliš nízké, jakož i přemrštěné) úrovni důvěry ve zdar vyjednávání a uzavření smlouvy (a tomu odpovídajícímu rozhodování o specifických investicích do těchto vyjednávání), tak i strategickému jednání, usilujícímu o záměrné poškození druhé strany či třeba odvrácení její pozornosti a úsilí na dobu předstíraného jednání o smlouvě od jiné tržní příležitosti, tedy situaci, kdy strategicky jednající strana neměla od počátku vůbec v úmyslu smlouvu uzavřít.

Skutkové okolnosti rozhodnutí v kauze *spoluvlastníků nemovitosti* jsou tyto: žalovaná (v této věci) iniciovala původně řízení o zrušení a vypořádání podílového spoluvlastnictví k nemovitosti, načež vůči ostatním spoluvlastníkům učinila úkony směřující k mimosoudnímu vyřízení věci, přičemž pak následně odmítla dohodu o zrušení a vypořádání podílového spoluvlastnictví podepsat. Ostatním spoluvlastníkům (včetně žalobkyně) v té době již vznikly náklady mimo jiné na sjednání úvěru, právní zastoupení a ověření podpisů, o čemž musela mít žalovaná povědomí. Žalobkyně se domáhala úhrady těchto nákladů z důvodu tvrzené odpovědnosti za škodu způsobenou úmyslným jednáním proti dobrým mravům podle § 424 ObčZ.

²⁹⁸ Tedy pokud je potřeba vynaložit k účasti v soutěži částku vyšší než je očekávaný zisk navrhovatele z uzavření smlouvy s vyhlášovatelem vážený pravděpodobností, že to bude právě tento navrhovatel, se kterým bude smlouva uzavřena.

²⁹⁹ Srov. cit. rozsudek 29 Odo 1335/2005 ve věci *spekulace s akciemi*.

Domnívám se, že předsmmluvní odpovědnost (*culpa in contrahendo*) a odpovědnost za úmyslné ukončení vyjednávání o smlouvě (s cílem poškodit druhou stranu znehodnocením jejích, již do jednání investovaných prostředků), postihovaná již přímo ze zákona ustanovením § 424 ObčZ, by měly zůstat striktně odděleny, k čemuž, zdá se dochází též NS ČR ve věci *spoluvlastníků nemovitosti*³⁰⁰.

Incentiv, který by měl bránit oportunistu a škodlivému strategickému chování je dosti odlišný: v případě oportunistu (morálního hazardu) jde především o stanovení přijatelné míry daného chování (které je buď v nějaké míře nevyhnutelné, nebo dokonce žádoucí, např. v daném případě bude tímto chováním vynakládání prostředků na dosažení účelu smlouvy v době před jejím samotným uzavřením), v případě strategického jednání bude mnohem spíše cílem práva takovému chování úplně předejít. Důležitým rozdílem by zde tudíž měl být specifický režim odpovědnosti za úmyslné jednání proti dobrým mravům (kterým evidentně je též delší dobu ve zlé víře vedené jednání o uzavření smlouvy³⁰¹) a širší rozsah náhrady škody – zásadně by měla zahrnovat celou způsobenou škodu, tedy všechny výdaje, které byly druhou stranou vynaloženy a případně též ušlý zisk. Za nikoli nevýznamný lze považovat i zřejmý výraznější morální odsudek škodného jednání podle § 424.

V případě dovození existence odpovědnosti *culpa in contrahendo* vytvořil (či převzal a do českého práva začlenil) Nejvyšší soud ČR s největší pravděpodobností efektivnost zlepšující právní pravidlo. Je ovšem nutné v každém případě uvážlivě

³⁰⁰ Ustanovení obdobné § 424 ObčZ obsahuje i vládní návrh nového občanského zákoníku v § 2770. Přitom ale stanovuje ne zcela jasnou dodatečnou podmínku realizace této odpovědnosti (požadavek sledování způsobení škody jako hlavního cíle tehdy, vykonává-li škůdce své právo, věta za středníkem), což se – alespoň při zběžném pohledu – jeví být ne zcela praktické. Takováto dodatečná podmínka může totiž dosti omezovat možnost aplikace tohoto ustanovení, zvláště z důvodu pravděpodobně složitého dokazování toho, že způsobení škody bylo *hlavním cílem* jednání, které jinak bude alespoň zdánlivě po právu (právě v případě úmyslného ukončení jednání o uzavření smlouvy, neboť není-li smlouva uzavřena, je odstoupení od dalšího vyjednávání nepochybně právem kterékoli strany).

³⁰¹ Judikatura k § 424 ObčZ je relativně omezená (Salač, op. cit., ještě v roce 2002 dokonce uvádí, že není prakticky žádná), k otázce typů jednání, které lze podle tohoto ustanovení považovat za rozporné s dobrými mravy, je možné ocitovat např. rozsudek NS ČR sp. zn. 33 Odo 1213/2006:

„Mezi případy jednání spadající pod § 424 obč. zák. lze zařadit např. jednání vykazující znaky zákeřnosti, msty, bezohlednosti a nepřiměřené ziskuchtivosti.“

určovat rozsah náhrady škody z předšmluvní odpovědnosti tak, aby výsledkem rozhodnutí soudu nebylo zvýšení nebezpečí vyjednávání o smlouvách zatížené morálním hazardem. Stejně tak musí být rozlišováno mezi oportunním chováním v předšmluvním stádiu vyplývající z v otázce rozsahu odpovědnosti *culpa in contrahendo* chybně nastavených incentivů (podmínek realizace a adekvátním rozsahu kompenzační povinnosti) a strategickým poškozovacím jednáním, jemuž má právo předcházet a příslušný normativní incentiv tak musí od takového chování zcela odrazovat.

3.2.2 Aplikace: Alokace rizika

V předcházející subkapitole věnované předšmluvní odpovědnosti se postup ekonomické analýzy do značné míry držel právního strukturování problému. Vždy tomu ale tak být nemusí. Ekonomický přístup může někdy spatřovat transakci (směnu) též v jednání, ke kterému právo jako ke smluvnímu vztahu přistupovat nebude. L&E pak může transakční základ zkoumat též v odlišných závazkových vztazích (odpovědnostních) a dokonce v právních vztazích, na které právo vůbec nebude nahlížet jako na závazkové³⁰².

Zároveň je pravděpodobné, že ekonomická analýza práva bude v takových případech zkoumat často i normy, které jsou v systematice práva řazeny do odvětví, která jsou více či méně vzdálena úpravě smluv³⁰³. Analýza práva pak bude využívat ekonomického modelu smlouvy při hodnocení efektivnosti incentivů těchto jiných právních norem.

V této subkapitole bych se chtěl věnovat aplikaci rozsudkem Nejvyššího soudu ČR ze dne 29.4. 2004, sp. zn. 30 Cdo 814/2003³⁰⁴ vyložené odpovědnosti provozovatele vozidla za nemajetkovou újmu v dvou následných rozhodnutích NS ČR. Jednak v rozsudku Nejvyššího soudu ČR ze dne 31.1. 2006, sp. zn. 30 Cdo 1627/2005 (dále jen

³⁰² Výše jsem již uváděl příklad manželství; ještě výraznější je přístup různých směrů ekonomické analýzy – nejen práva, ale např. též politiky – které jako transakce (smlouvy) zkoumají též třeba určité aspekty chování voličů, byrokracie atp.

³⁰³ Srov. obsah pojmu „smluvní právo“, jak jej užívá ekonomická analýza práva, kapitola 2.1.

³⁰⁴ Publikovaný v Souboru civilních rozhodnutí a stanovisek Nejvyššího soudu pod č. C 2827, ročník 2004.

rozhodnutí ve věci „*služební cesta pro Č.P.a.s.*“), kde byl tento přístup patrně aplikován v souladu s efektivní alokací odpovědnosti za riziko, a dále v rozsudku Nejvyššího soudu ČR ze dne 29.9. 2008, sp. zn. 30 Cdo 999/2007 (dále též jen rozhodnutí ve věci „*Hyundai*“), kde naopak Nejvyšší soud s největší pravděpodobností podlehl při rozhodování formulační eleganci tohoto pravidla a aplikoval jej na z hlediska transakčních nákladů neporovnatelnou situaci způsobem neodpovídajícím efektivnímu řešení. Toto druhé rozhodnutí bylo zdrojem poměrně silné mediální kontroverze³⁰⁵; vedle toho upozorňuji též na s mými tvrzeními souladné (a rozhodnutím NS ČR zrušené) rozhodnutí odvolacího soudu.

Výklad aplikovatelnosti odpovědnosti za nemajetkovou újmu způsobenou provozem vozidla osobami, které žalovaná právnická osoba použila ke své činnosti byl Nejvyšším soudem ČR učiněn v publikovaném rozsudku 30 Cdo 814/2003 následovně:

„Ke vzniku občanskoprávních sankcí za nemajetkovou újmu způsobenou neoprávněným zásahem do osobnosti fyzické osoby podle § 13 o.z. musí být splněny tyto hmotněprávní předpoklady: a) existence zásahu, který je objektivně způsobilý vyvolat nemajetkovou újmu, spočívající buď v porušení, či jen v ohrožení osobnosti fyzické osoby v její fyzické a morální integritě, b) neoprávněnost (protiprávnost) tohoto zásahu a konečně c) existence příčinné souvislosti mezi zásahem a neoprávněností tohoto zásahu. Subjekty odpovědnými za takový zásah mohou být buď fyzické osoby nebo osoby právnické. V případě, že za zásah odpovídá právnická osoba, obecně se vychází z toho, že byl-li zásah do osobnosti způsoben někým, kdo byl použit právnickou osobou k realizaci činnosti této právnické osoby, postihují občanskoprávní sankce podle § 13 o.z. samotnou právnickou osobu, a to při analogickém užití ustanovení § 420 odst. 2 o.z. ve spojení s § 853 o.z. ...

³⁰⁵ Např. komentář B.Kratochvíla v Lidových novinách ze dne 22.4.2009. Ale vzhledem k poněkud zmatenému formulování problému v denním tisku bych zde odkázal spíše jen na glosu V.Vlka uveřejněnou v Lidových novinách (28.4.2009) a tiskového prohlášení NS ČR z 23.4.2009 ke kritickým komentářům citovaného rozhodnutí z (<http://www.nsoud.cz/zpravy.php?start=10&limit=5>). Přesto lze v mohutném odporu, které toto rozhodnutí vyvolalo (např. též na nejrůznějších diskuzních serverech) spatřovat ozvěnu disonance, která v hodnocení dané skutkové situace ze strany NS ČR toto rozhodnutí skutečně znehodnocuje.

...

Je nepochybné, že jako zvláštní skupinu případů zásahů do osobnostních práv fyzických osob je třeba vymezit ty, kdy k takovému zásahu dojde v souvislosti s provozem dopravních prostředků. Zde občanský zákoník, pokud v této souvislosti upravuje předpoklady náhrady škody, vymezuje odpovědnost provozovatele motorového vozidla jako případ zvláštní odpovědnosti za škodu (§ 427 násl. o.z.).

Je-li třeba připustit při určení odpovědné osoby za nemajetkovou újmu, již utrpěla na své osobnosti fyzická osoba, analogické užití § 420 odst. 2 o.z., neexistuje, podle názoru dovolacího soudu, argument, který by vylučoval analogické užití § 427 násl. o.z. při určení odpovědné osoby za zásah proti osobnosti fyzické osoby vyvolaný zvláštní povahou provozu dopravních prostředků.“

Pokud tedy v zvláštní úpravě ochrany osobnosti v ObčZ³⁰⁶ (i s ohledem na odkazovací ustanovení § 16 ObčZ) chybí úprava pro určení odpovědného subjektu v případě takového kvalifikovaného zásahu (újmy), jako je zásah provozem vozidla (jehož provozovatelem je právnická osoba), použije se analogicky ustanovení ObčZ upravující obecně tyto otázky pro účely odpovědnosti za škodu. Přitom za provozovatele vozidla je dle cit. rozhodnutí třeba považovat toho, kdo má trvalou možnost faktické a právní dispozice s vozidlem. Takovéto řešení je jistě opodstatněné a vychází důsledně ze zákona, je však třeba aplikovat takto analogií dovozené pravidlo jen v případech skutkově odpovídajících.

Nyní nastíním skutková zjištění dále rozebíraných rozsudků, ve kterých v obou případech zvolil NS ČR shodně aplikaci právě popsaného přístupu k odpovědnosti za nemajetkovou újmu způsobenou provozem vozidla.

V případě rozhodnutí ve věci *služební cesty pro Č.P.a.s.* (30 Cdo 1627/2005) bylo zjištěno, že první žalovaná byla zaměstnavatelkou druhé žalované (dále jen „zaměstnanec“³⁰⁷) a zároveň provozovatelem osobního vozidla. Tento zaměstnanec

³⁰⁶ § 11 až 16 ObčZ.

³⁰⁷ Druhou žalovanou nadále označuji jako „zaměstnanec“ žalované, neboť odvolací soud ve vztahu k ní rozhodl o meritu věci tak, že žalobu zamítl, přičemž dovolání co do tohoto výroku podáno nebylo.

žalované způsobil při výkonu činnosti pro žalovanou dopravní nehodu, následkem které zahynul manžel žalobkyně, čímž došlo k zásahu do jejích osobnostních práv.

V případě rozsudku 30 Cdo 999/2007 ve věci *Hyundai* byly skutkové okolnosti poněkud komplikovanější: dva novináři se zúčastnili prezentační akce, na které žalovaná (výrobce automobilů) předváděla nový model svého vozu. Součástí prezentace bylo zapůjčení vozidla (jehož provozovatelem byla žalovaná) ke zkušební jízdě. Oba novináři jeli společně v jednom zapůjčeném voze, přičemž ten z nich, který řídil, překročil při průjezdu zatáčkou značně povolenou (k projetí zatáčky bezpečnou) rychlost, v důsledku čehož došlo k nehodě, následkům které oba později podleli. Vedle faktu, že nebyla zjištěna žádná závada na vozidle, která by mohla nehodu způsobit, nutno zdůraznit zjištění soudu prvního stupně, s nímž se dovolací i odvolací soud ztotožnily, totiž že:

„[j]menovaní novináři byly žalovanou seznámeni s podmínkami, za jakých je vozidlo testováno, byli poučeni, že testování není na uzavřeném okruhu, ale v běžném provozu, zdůrazněna byla povinnost dodržovat dopravní předpisy, včetně rychlosti. Žalovaná firma nezpochybňovala svoji odpovědnost za škodu, kterou nechala likvidovat svojí pojišťovnou.“³⁰⁸

Pokusím se níže ukázat, že klíčem ke zjištění situace vhodné či nevhodné k aplikaci odpovědnosti provozovatele vozidla za nemajetkovou újmu způsobenou provozem tohoto vozidla osobami, které daná právnická osoba (provozovatel) při své činnosti použila, podle výkladu obsaženého v 30 Cdo 814/2003, je nalezení transakce stojící v základech dané situace (v případě *Hyundai*). K tomuto cíli by mělo napomáhat určení takových uskupení osob – protagonistů zkoumaného případu, která nastavením svých vnitřních vztahů (koordinace či kooperace) a charakteristikami transakčních nákladů dokáží lépe předcházet škodám způsobeným svými „členy“ a případně lépe

³⁰⁸ Likvidace škody je v tomto případě otázkou od náhrady nemateriální újmy dosti odlišnou, jednak zde jistě byla na straně žalované zákonem stanovena povinnost pojištění, jednak co do její vlastní škody prospíval žalované zákon velkými čísly (a nepochybně i levnější pojištění), nemluvě o dalších nákladech (např. na snížení reputace) případného vymáhání náhrady vlastní škody žalovanou.

absorbovat riziko (jde o aplikaci coasovských principů vzniku „firem“³⁰⁹, dále o těchto „uskupeních“ hovořím též jako o entitách internalizujících na trhu transakční náklady). Mezi těmito entitami půjde totiž o vzájemný směnný vztah, tedy svého druhu smlouvu, přičemž pro efektivní alokaci rizika a odpovědnosti nutno užít principů pro alokaci odpovědnosti a rizika (případně povinnosti pojištění)³¹⁰ ve smlouvách.

Nesouhlas z pozic práva může vyvolávat nakládání s náhradou nemajetkové újmy podle § 13 ObčZ pro účely analýzy jako s jakoukoli jinou kompenzací, včetně náhrady škody. Je to však pro účely L&E přístupu jednak nevyhnutelné, jednak ospravedlnitelné. Rozdíl mezi odpovědností za zásah proti osobnosti člověka a odpovědností za škodu lze dovést ovšem (analogicky právnímu přístupu) i v ekonomické analýze práva a sice zohledněním Calabresiho konceptu schémat subjektivních práv, přičemž v případě imateriální újmy půjde o porušení schémat nezcizitelných práv. Důsledkem je ovšem pouze odlišné stanovení výše náhrady oproti náhradě škody (odpovědnostní schéma subjektivních práv), přičemž náhrada nemajetkové újmy bude mít za účel od škodného jednání zcela odrazovat, tedy nastavit jeho kompenzační „cenu“ v prohibitivní výši. Naopak v otázce alokace této odpovědnosti z hlediska efektivního jednání adresátů právních norem bude problematika odpovědnosti za nemajetkovou újmu a za škodu spočívat na shodných argumentech (efektivní nesení rizika, předcházení škodám a případné pojištění).

V obou případech (jak rozhodnutí ve věci *Hyundai*, tak *služební cesty pro Č.P.a.s.*) aplikoval NS ČR výše ocitovaný výklad a za použití analogie určil za odpovědný subjekt žalovanou.

V případě *služební cesty pro Č.P.a.s.* NS ČR nejprve uvážil při užití analogie § 420 odst.2 ObčZ, že žalovaná v době, kdy došlo k usmrcení manžela žalobkyně, používala svého zaměstnance, který nehodu způsobil, k realizaci svých činností právnické osoby (přičemž řízení vozidla bylo v příčinné souvislosti s touto činností). Následně pak NS ČR analogicky podle § 427 ObčZ určil, že žalovaná jako provozovatel

³⁰⁹ Odkazují zde na Coasovo pojetí transakčních nákladů a *The Nature of the Firm*. V pojmech práva půjde pak často především o to, nakolik lze jednotlivé aktéry v dané transakci považovat či nikoli za osoby, kterých právnická osoba použila k realizaci své činnosti podle § 420 odst.2 ObčZ.

³¹⁰ Srov. pasáž věnovanou funkcím smlouvy (subkapitola 2.2.3).

vozidla odpovídá za (jejím zaměstnancem způsobený) zásah do osobnostních práv žalobkyně.

Ve věci *Hyundai* pak stanovení odpovědnosti právnické osoby podle § 420 odst.2 ObčZ *per analogiam* dle názoru Nejvyššího soudu bylo třeba aplikovat na žalovanou a oba poškozené (novináře). Soud tedy vyslovil (v první části svého argumentu), že žalovaná společnost jako pořadatel předváděcí akce použila oba novináře k realizaci své činnosti (či v doslovnější – a možno říci ilustrativnější – dikci zákona: újma byla způsobena žalovanou, neboť byla způsobena při její činnosti těmi, které k této činnosti použila). Určení odpovědnosti žalované analogickým použitím § 427 ObčZ bylo pak již obdobné případu shora.

Než přistoupím dále k samotné kritice tohoto rozhodnutí (*Hyundai*), doplním ještě několik informací o rozhodnutích předcházejících rozsudku dovolacího soudu, neboť obě, byť v zásadních směrech odlišná (a nejspíše v rozdílné míře po právní stránce správná), zaujala k dané věci přeci jen střízlivější přístup než NS ČR.

Soud prvního stupně sice dovedl za použití analogie § 427 ObčZ, že došlo k zásahu do osobnostních práv žalobců, avšak zároveň shledal podmínky liberace žalované analogickým použitím § 428 ObčZ³¹¹. Odvolací soud (Vrchní soud v Praze) odmítl analogické použití § 427 ObčZ (nikoli však § 420 odst.2) s poukazem na samostatnou a dostatečnou úpravu odpovědnosti za zásah do osobnostních práv (§ 11 a násl. ObčZ), přičemž konstatoval, že:

„Analogické použití ustanovení § 427 obč. zák. nelze aplikovat již proto, že s původcovstvím zásahu nemá nic společného a původcovství nelze dovozovat z prostého vlastnictví věci či jeho provozování. Původcem předmětného neoprávněného zásahu do osobnostních práv žalobců byl zcela jednoznačně a výlučně řidič J. H. Odpovědnost žalované za situace, kdy mezi pouhým vlastnictvím a provozováním vozu žalovanou a újmou, která žalobcům vznikla, není žádná příčinná souvislost, proto není dána.“

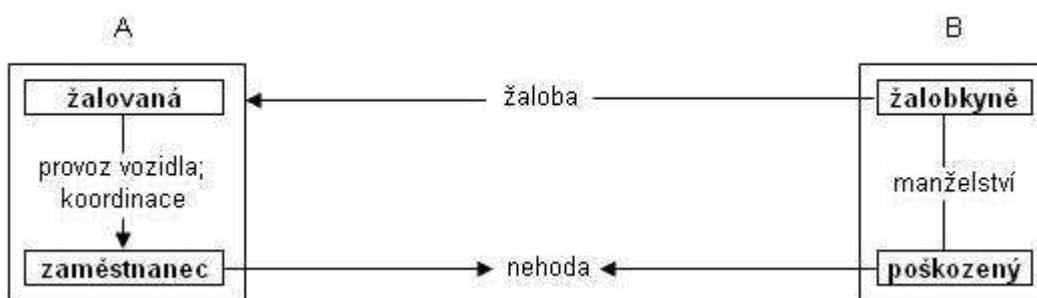
V rozhodnutích předcházejících dovolacímu rozhodnutí ve věci *Hyundai* tak oba nižší soudy (ač odlišným právním posouzením) vystavěly myšlenkovou strukturu svých

³¹¹ § 428 ObčZ, věta druhá:

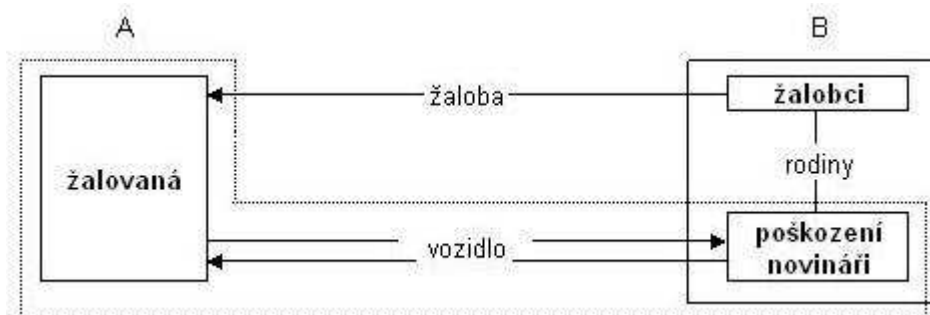
„Jinak se odpovědnosti [provozovatel vozidla] zprostí, jen jestliže prokáže, že škodě nemohlo být zabráněno ani při vynaložení veškerého úsilí, které lze požadovat.“

rozhodnutí na neopodstatněnosti nároků žalobců, což bylo dle mého názoru z hlediska logiky ekonomické analýzy práva odůvodněné. Určitou pomůckou pro orientaci v další analýze mohou být následující schémata (je třeba je chápat především jako zvýraznění rozdílů mezi skutkovými stavy v případě *služební cesty pro Č.P.a.s.* a v případě *Hyundai*, nikoli tedy jako v nějakém ohledu svazující vymezení rozsahu analýzy):

Skutkový stav v 30 Cdo 1627/2005 (*služební cesta pro Č.P.a.s.*):



A skutkový stav v 30 Cdo 999/2007 (*Hyundai*):



Velké rámečky označené v obou případech „A“ (u rozhodnutí ve věci *Hyundai* vyznačený tečkovaně) a „B“ představují entity internalizující transakční náklady. V prvním schématu (*služební cesta pro Č.P.a.s.*) představuje rámeček A zaměstnavatele (žalovanou) využívajícího ke své činnosti zaměstnance (původce nehody), internalizace jejich nákladů je dána vztahem nadřízenosti a podřízenosti (koordináční vztah). Riziko je zde alokováno zaměstnavateli³¹², když zaměstnavatel využívá zaměstnance ke své činnosti (analogické použití § 420 odst.2 ObčZ). Rámeček B v tomto případě

³¹² Jedná se o charakteristickou vlastnost pracovněprávních smluv. Důvodem je jednak opět zákon velkých čísel (většina zaměstnavatelů bude mít množství zaměstnanců, naopak většina zaměstnanců bude pracovat pro jediného zaměstnavatele), jednak odlišné charakteristiky přístupu k riziku u zaměstnavatele (podnikatele) a zaměstnance.

představuje sféru nezcizitelného schématu práv, kde žalobkyně je legitimována k požadavku kompenzace za porušení těchto svých práv (nižší transakční náklady charakterizující tuto oblast se týkají především zjištění nemateriální újmy a jejího uplatnění u soudu).

V případě schématu skutkového stavu z rozhodnutí *Hyundai* lze entity internalizující v dané situaci transakční náklady (ze stejných důvodů jako u *služební cesty pro Č.P.a.s.*) ve shodě s rozhodnutím NS ČR jednoduše určit jen co do obsahu rámečku B – tedy poškozené společně s žalobci. Když se ale zaměříme na definování druhé strany případu (pasivně legitimované k náhradě nemateriální újmy), vyniká v postupu NS ČR dosti zásadní rozpor. Ve svém rozsudku NS ČR vlastně tvrdí, že je nutno konstruovat „škůdce“ jako transakčně nákladovou entitu v tečkovaném rámečku A, tedy jako žalovanou společně s poškozenými, kteří zde tedy mají vystupovat v dvojediné roli těch, kteří zároveň jsou původci i objekty zásahu. Z hlediska žalobců jsou tedy poškození součástí jejich transakčně-nákladové sféry nezcizitelných práv (rámeček B), zároveň mají být analogií podle § 420 odst.2 ObčZ začlenění do transakční náklady internalizující „firmy“ žalobkyně, jsou tudíž účastni jak nákladové entity, která odpovídá za zásah do osobnostních práv žalobců, tak transakčně nákladové entity, která má právo na náhradu újmy z tohoto zásahu vzniklé³¹³.

Tímto pojetím se též ztotožňuje postavení poškozených vůči žalované v případě *Hyundai* s postavením zaměstnance vůči jeho zaměstnavateli v případě *služební cesty pro Č.P.a.s.*. Tak tomu však není³¹⁴. Tvrzení, že to byla v případě skutkových skutečností relevantních pro rozhodnutí *Hyundai* výhradně žalovaná, kdo poskytnutím vozidla „použil“ poškozené při své činnosti pomíjí fakt, že poškození zároveň patrně konali činnost pro další subjekt (transakčně nákladovou entitu) odlišný od žalované³¹⁵.

³¹³ Srovnáno s rozsudkem ve věci *služební cesty pro Č.P.a.s.* tak zde v osobách poškozených novinářů vlastně splývají zaměstnanec žalované s usmrceným manželem žalobkyně.

³¹⁴ Srov. formulace „faktická a právní dispozice s vozidlem“. Předpokládá se zde, že žalovaná měla prostřednictvím poškozených novinářů faktickou dispozici s vozidlem i během probíhající zkušební jízdy. Tak by tomu mohlo být např. v případě, že by si žalovaná k provedení zkušební jízdy tyto novináře najala, to však z vylíčení skutkového stavu v cit. rozhodnutí nikterak nevyplývá.

³¹⁵ A s největší pravděpodobností i od svých rodin (v tomto ohledu slouží výše prezentovaná schémata skutečně spíše jen srovnání s rozhodnutím ve věci *služební cesty pro Č.P.a.s.*, které svými skutkovými

(svého zaměstnavatele nebo „sami pro sebe“, pokud žurnalistickou činnost vykonávali samostatně jako podnikatelé), vůči němuž byli ve skutečném vztahu koordinace. Vztah mezi tímto dalším subjektem a žalovanou je pak třeba posuzovat jako kooperativní transakci mezi dvěma rozdílnými, transakční náklady internalizujícími entitami, tedy jako *smlouvu* se stranami v přibližně stejném postavení, jejímž předmětem bylo přenechání faktické dispozice s vozidlem.

Pokud nelze prostřednictvím analogického použití § 420 odst. 2 v případě *Hyundai* jednoznačně určit odpovědnost žalované za zásah, který zde svou činností způsobili výhradně poškození (přinejmenším není jasné, že v daném případě vykonávali činnost *pro* žalovanou a kdo měl tedy v daný okamžik faktickou možnost nakládání s vozidlem), zůstává jako argument pro odpovědnost žalované výhradně značně formalisticky pojaté analogické použití ustanovení § 427 ObčZ, tedy, jak uvedl odvolací soud, sám fakt prostého vlastnictví určité věci (vozu).

Zbývá obecnější otázka funkce odpovědnosti za zásah do osobnostních práv. Relutární náhrada nemajetkové újmy kompenzuje zásah do schématu nezcizitelných subjektivních práv, zároveň by ale měla co nejúčinněji působit k předcházení těmto zásahům (tedy vytvářet k tomu odpovídající incentiv). Pokud odpovědnost stíhá stranu, která má podstatně vyšší transakční náklady působení na potenciální původce zásahu (zde je takovou stranou žalovaná automobilka³¹⁶), musí být případná náhrada újmy stanovena relativně vysoko (ve výši přesahující tyto výraznější transakční náklady). Naopak stranou, které by měla být tato odpovědnost alokována je ta, která má nejnižší úroveň těchto transakčních nákladů (na předcházení hrozícím zásahům). Tou bude zpravidla ten, kdo bude vůči potenciálním škůdcům (kteří v rozhodnutí ve věci *Hyundai* ovšem splývají s poškozenými) nadřízeným ve vztahu koordinace (zaměstnavatel), případně vždy též škůdce sám (takto tomu bylo nepochybně v případě obou žalovaných ve věci *služební cesty pro Č.P.a.s.*). Jinými slovy, při stanovení odpovědnosti té strany smluvní transakce, která má transakční náklady na ovlivnění chování řidičů-novinářů

podmínkami odpovídá užití výkladového postupu z výchozího publikovaného rozsudku 30 Cdo 814/2003).

³¹⁶ Tato by totiž mohla např. neumožňovat zkušební jízdy, uskutečňovat předváděcí jízdy výhradně na zabezpečených sportovních okruzích, jen pro zkušební jízdu převádět vlastnictví vozu na novináře či redakce atd.

vyšší, než je částka náhrady nemajetkové újmy³¹⁷, kterou by musela v případě způsobení zásahu (dopravní nehody) hradit, tato strana na účinné působení na bezpečnější chování řidičů rezignuje. Zároveň není (mechanismem odpovědnosti za nemajetkovou újmu) vytvářen odpovídající jiný incentiv, který by na opatrnost novinářů kladně působil. Přitom odpovědnější jízda je jednoznačně nejefektivnějším opatřením, ke kterému by mělo právo v tomto případě strany vést. Zdá se pravděpodobné, že úvaha v tomto směru stála též v pozadí rozhodnutí prvoinstančního soudu (předcházejícímu řízení ve věci *Hyundai*) užít liberace odpovědnosti žalované podle § 428 ObčZ.

Vzhledem k známým skutkovým zjištěním rozsudku ve věci *Hyundai* nelze s jistotou říci, koho by měla odpovědnost za nemajetkovou újmu stíhat, či jestli užití této odpovědnosti vůbec v daném případě přichází v úvahu (např. měli-li by odpovídat sami poškození). Rozhodně však lze tvrdit, že nejen z hlediska efektivní alokace rizika, ale též právního posouzení věci by tímto odpovědným subjektem neměla být žalovaná. NS ČR v tomto rozhodnutí rozhodl bez bližší introspekce jen na základě zjištění určité zákonem kvalifikované formy, tedy zásahu způsobeného provozem vozidla.

³¹⁷ Je celkem pravděpodobné, že tak tomu v případě *Hyundai* bude, neboť např. náklady na pronajmutí závodního okruhu či ztráta z neprezentování svých vozů motoristickým publicistům, a tedy riziko nižších prodejů, budou celkem s jistotou přesahovat (nijak vysokou) pravděpodobností váženou částku (cca 1,4 mil. Kč), kterou v daném případě musela žalovaná společnost příbuzným poškozených celkem vyplatit.

Závěr

Přístup Law & Economics je nepřehlédnutelnou možností ve významné míře rozšířit naše poznávání práva užitím přesně definovaných analytických nástrojů a více či méně formalizovaných postupů. Výhoda tohoto přístupu spočívá právě v tom, pro co je často kritizován: ve striktně daných, předem známých vnitřních omezeních, zobecňujících předpokladech a zaměření se na určité izolované parametry a aspekty zkoumané materie. Výsledkem je hlubší vhled do fungování práva jako celku a lepší pochopení případů jeho selhávání. Škála uplatnění ekonomického přístupu není předem dána, zahrnuje výstupy pro praxi a právní politiku, má ale i velký potenciál pro ovlivnění právní teorie, doktríny a filosofie.

Nelze tvrdit, že ekonomický přístup je jediný správný či i jen sám o sobě postačující ke studiu práva, je však výrazně obohacujícím doplněním pojetí sociologických, poznání právní historie a samozřejmě především studia pozitivního práva. Law & Economics pomáhá porozumět logice chování lidí za podmínek vzácnosti zdrojů a působení práva, vysvětluje pravděpodobný dopad nových norem a tedy osvětluje možnosti normotvorby, jeho cílem je netriviální zkoumání účinků právních pravidel, která vždy přinášejí též nezamýšlené efekty.

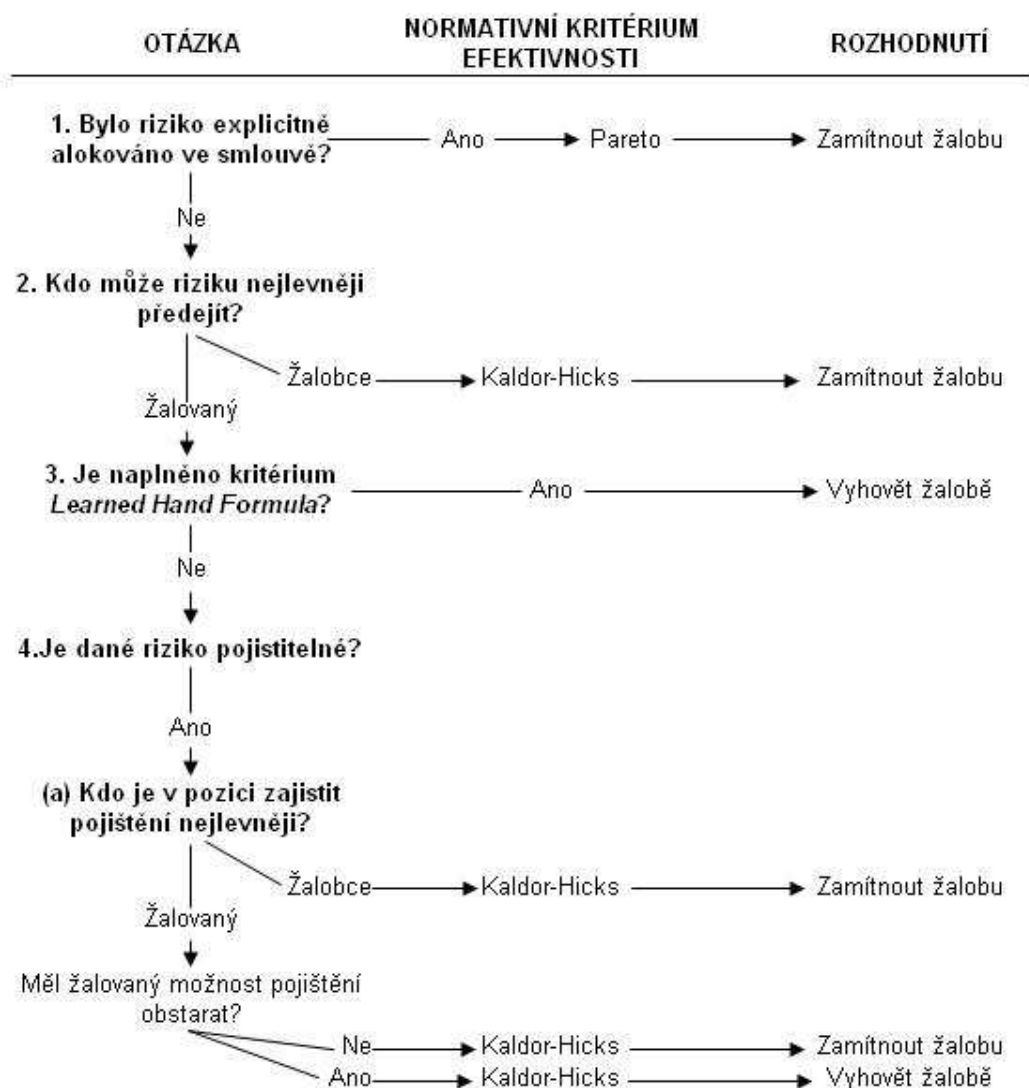
V této práci zkoumaná problematika smluv je jednou z těch oblastí práva, ve kterých může Law & Economics nabídnout nejzajímavější a nejpropracovanější teorii. Problematika úplných a neúplných smluv, stejně jako analýza celé řady mechanismů, kterými právo (ale též určité extralegální instituce) reaguje na nevyhnutelnou neúplnost skutečných kontraktů, ať již se jedná o analýzu soudcovské *ex post* alokace rizika (odpovědnosti), dispozitivních norem či efektivního porušení smlouvy, byla, domnívám se, že s dostačující podrobností (samozřejmě však nikoli vyčerpávajícím způsobem) prezentována. Rozbor rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR pak naznačil možné užití ekonomické analýzy při kritickém přístupu k judikatuře, stejně jako v samotné aplikaci práva.

Zakončím tuto práci odkazem na její *motto*: Utopie, kde každý je znalcem práva a nejjednodušší výklad je nejspravedlivější, se v jistém smyslu podobá podivnému světu Coasova teorému, který konstrukcí podmínek, za nichž právo potřeba není, zdůrazňuje jeho nezbytnost, obdobně by totiž mohl uvedený citát T.Mora zdůrazňovat nutnost

a nesnadnost důsledného poznání práva. Law & Economics při tom může být užitečným pomocníkem.

Příloha č.1 – Alokace rizik spojených se smlouvou

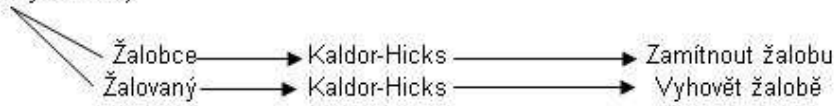
V části 2.2.1.3 této práce „Funkce smlouvy“ jsem se věnoval problematice nesení rizika a efektivní alokaci odpovědnosti za určitá rizika, která je odvozována z modelu úplné smlouvy a která poskytuje vodítka pro *ex post* rozhodování soudu o odpovědnosti stran smlouvy za škodu posléze skutečně vzniklou. Zde nabízím překlad schématu rozhodování hypotetického soudu o žalobě na náhradu škody, tak jak jej uvádí Schäfer (2004), str. 292. Jedná se samozřejmě pouze o schématický model, zaměřený na demonstraci hledisek efektivnosti, tudíž jej nerozšiřuji např. o odkazy na právní úpravu. (Schéma nezahrnuje v práci diskutovaný případ, kdy jedné straně svědčí nižší náklady předejití škodě a druhé levnější pojištění).



**(b) Riziko není pojistitelné
nebo žádná ze stran není v
pozici pro zajištění levnějšího
pojištění**



**5. Kdo je v pozici levněji nést
riziko?** (v závislosti na
informačních nákladech a
zákonu velkých čísel)



Příloha č. 2 – Formalismus v interpretaci smluv

V části 2.2.2.1 Interpretace smluv bylo uvedeno několik skupin ekonomických kritérií, které patrně ovlivňují, jaký modus výkladu smlouvy budou strany smlouvy v určitém případě upřednostňovat. Jako východisko pro dělení těchto kritérií jsem použil práci Avery W. Katze *The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation* (2004). Zde předkládám překlad tabulky, jež jeho závěry do jisté míry shrnuje³¹⁸.

Faktor ovlivňující transakční náklady	Situace vhodná pro formalistický výklad	Příklad	Situace vhodná pro výklad zaměřený na <i>ex ante</i> vůli stran a efektivnost	Příklad
Přímé transakční náklady	<i>Ex ante</i> náklady vyjednávání jsou relativně nízké	Opakované transakce, transakce s vysokou hodnotou, smlouvy uzavírané méně zkušenými zástupci	<i>Ex ante</i> náklady vyjednávání jsou relativně vysoké	Jednorázové transakce, transakce s nízkou hodnotou, případně uzavírané zkušenými profesionály
	Náklady renegociace jsou relativně nízké	Opakované transakce, existence určitých sociálních vazeb mezi stranami	Náklady renegociace jsou relativně vysoké	Jednorázové transakce, neexistence sociálních vazeb
	Pravděpodobnost vzniku sporu je relativně vysoká	<i>Ex post</i> hodnota transakce je vysoce variabilní	Pravděpodobnost vzniku sporu je relativně nízká	<i>Ex post</i> hodnota transakce je málo variabilní
Míra rizika	Rozhodovací orgány jsou v <i>ex post</i> interpretaci konsistentní	Specializované soudy či expertní tribunály, strany obchodující v rámci jediné jurisdikce	Rozhodovací orgány se v interpretaci odlišují	Obecné soudy, strany obchodující napříč jurisdikcemi
	Strany jsou v <i>ex ante</i> interpretaci konsistentní	Strany používající obecný mluvní vzor či formulář	Strany se v <i>ex ante</i> interpretaci neshodují	Strany, které s daným typem či vzorem smlouvy nepřicházejí běžně do kontaktu

³¹⁸ Katz (2004), str. 536.

Incentivy směřující k plnění (<i>performance incentives</i>)	Strany mají možnost využít efektivních mimoprávních sankčních mechanismů	Strany se sociálními vazbami	Strany při motivování k plnění zdůrazňují převážně právní sankce	Strany bez sociálních vazeb
	Strany očekávají, že soudy budou interpretací sledovat určité vlastní hodnotové cíle	Jurisdikce liší se svým hodnotovým pozadím	Strany očekávají neutrálnější interpretaci	Jurisdikce neliší se navzájem hodnotovými preferencemi soudů
Nebezpečí vydírání (<i>hold-up, reliance incentives</i>)	Specifické investice neodvisejí od konkrétního kontextu	Široce profilované trhy relativně zastupitelných komodit	Specifické investice závisí na kontextu	Úzce zaměřené trhy, zakázkové zboží či služby
Dobývání renty (<i>rent-seeking</i>)	Výsledek soudního sporu je relativně více závislý na objemu prostředků vynaložených na litigaci	Neustálené a nové oblasti práva	Výsledek soudního sporu je relativně méně závislý na do jeho vedení investovaných prostředcích	Ustálená právní úprava i její aplikace
	<i>Ex post</i> zisky jsou vysoké	Vysoce variabilní hodnota transakce	<i>Ex post</i> zisky jsou nízké	Nízká variabilita hodnoty transakce
Náklady zastoupení (<i>agency problems</i>)	Zastoupení mají relativně slabší kontrolu nad vyjednávajícími zástupci (agenty)	Velké společnosti s rozsáhlou sítí zástupců, užívání služeb vlastních (<i>in-house</i>) právních služeb	Zastoupení mají slabší kontrolu nad zástupci, kteří smlouvy vytvářejí text smlouvy	Malé firmy s omezenou sítí zástupců, právní služby najímané zvenčí
	Jedna či obě strany jsou ohroženy možnými předsudky ohledně své osoby či poměrů	Ekonomicky silné (<i>deep pocket</i>) strany, ve společnosti nepopulární strany, strany mimo danou jurisdikci	Žádná ze stran nehrozí ovlivněním výsledku soudního sporu vyvoláváním předsudků	Jurisdikce se silnou reputací nestrannosti
Náklady komplementárních služeb	Transakce vyžaduje komplementární investici třetích osob	Potřeba likvidních instrumentů, akreditivy	Transakce vyžaduje komplementární investici od insiderů	Záruky poskytované spojenými osobami, specifické investice kmenových zaměstnanců nebo věřitelů

Bibliografie

- Akerlof, G.A.: The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism; *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3 (Aug., 1970), pp. 488-500.
- Allen, D.W., Lueck, D.: Risk Preferences and the Economics of Contracts; *The American Economic Review*, Vol. 85, No. 2 (May, 1995), pp. 447-451.
- Ayres, I.: Valuing Modern Contract Scholarship; *The Yale Law Journal*, Vol. 112, No. 4 (Jan., 2003), pp. 881-901.
- Ayres, I., Gertner, R.: Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules; *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 1 (Oct., 1989), pp. 87-130.
- Barnes, D.W., Stout, L.A.: *The Economics of Contract Law*; West Publishing; St.Paul 1992; ISBN 0-314-01092-0.
- Barton, J.H.: The Economic Basis of Damages for Breach of Contract; *The Journal of Legal Studies*, Vol. 1, No. 2 (June, 1972), pp. 277-304.
- Basedow, J.: *Lex Mercatoria* and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective; in Basedow, J., Kono, T. (eds.): *An Economic Analysis of Private International Law*; Mohr Siebeck; Tübingen 2006; ISBN 3-16-149032-0.
- Bebchuk, L.A., Ben-Shahar, O.: Precontractual Reliance; *The Journal of Legal Studies*, Vol. 30, No. 2 (Jun., 2001), pp. 423-457.
- Bebchuk, L.A., Shavell, S.: Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of "Hardley v. Baxendale"; *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 7, No. 2 (Autumn, 1991), pp. 284-312.
- Boháček, M.: *Základy amerického obchodního práva*; Linde; Praha 2007; ISBN 978-80-7201-685-3.

Calabresi, G.: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin; in Posner, R.A., Parisi, F. (ed.): *Economic Foundations of Private Law*; Edward Elgar; Cheltenham 2002; ISBN 1-84376-071-1.

Calabresi, G.: The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further; *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 5, Centennial Issue (Mar., 1991), pp. 1211-1237.

Calabresi, G.: Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules – A Comment; *Journal of Law and Economics*, Vol. 11, No. 1 (Apr., 1968), pp. 67-73.

Calabresi, G., Melamed, D.: Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral; *Harvard Law Review*, Vol. 85, No. 6 (Apr., 1972), pp. 1089-1128.

Coase, R.H.: Law and Economics at Chicago; *Journal of Law and Economics*, Vol. 36, No. 1, Part 2, (Apr., 1993), pp. 239-254.

Coase, R.H.: The Nature of the Firm; *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16 (Nov., 1937), pp. 386-405.

Coase, R.H.: The Problem of Social Cost; *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (Oct., 1960), pp. 1-44.

Coleman, J.L.: Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law; *Ethics*, Vol. 94, No. 4 (Jul., 1984), pp. 649-679.

Coleman, J.L.: Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law; *California Law Review*, Vol. 68, No. 2 (Mar., 1980), pp. 221-249.

Cooter, R., Eisenberg, M.A.: Damages for Breach of Contract; *California Law Review*, Vol. 73, No. 5 (Oct., 1985), pp. 1432-1481.

Cooter, R.D.: Liberty, Efficiency, and Law; *Law and Contemporary Problems*, Vol. 50, No. 4 (Autumn, 1987), pp. 141-163.

Cooter, R., Ulen, T.: Law and Economics; Scott, Foresman and Company; Glenview 1988; ISBN 0-673-18021-2.

Craswell, R.: Contract Law: General Theories; in Bouckaert, B., De Geest, G.: Encyclopedia of Law & Economics; Edward Elgar; dostupné na <http://encyclo.findlaw.com/index.html>.

Craswell, R.: In That Case, What Is the Question? Economics and the Demands of Contract Theory; The Yale Law Journal, Vol. 112, No. 4 (Jan., 2003), pp. 903-924.

Cyhelský, L., Kaňoková, J., Novák, I.: Základy teorie statistiky pro ekonomy; SNTL – Nakladatelství technické literatury; Praha 1979.

Dau-Schmidt, K.G.: Lost in Translation: Economic Analysis of Law in the United States and Europe; Berkeley Electronic Press Legal Series, Paper No. 1319 (2005); dostupné na law.bepress.com/expresso/eps/1319.

Dixit, A., Nalebuff, B.: Prisoners' Dilemma; in The Concise Encyclopedia of Economics; 2008; dostupné na <http://econlib.org/library/Enc/PrisonersDilemma.html>.

Dworkin, R.M.: Is Wealth a Value?; The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2 (Mar., 1980), pp. 191-226.

Dworkin, R.M.: Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner; Hofstra Law Review, 1979-1980, Vol. 8, pp. 563-590.

Eggleston, K., Posner, E.A., Zeckhauser, R.: The Design and Interpretation of Contracts: Why Complexity Matters; Northwestern University Law Review, Vol. 95, No.1 (2000), pp. 95-132.

Eliáš, K. a kol.: Občanský zákoník – Velký akademický komentář, 1.díl, §1-487 a 2.díl, §488-880; Linde; Praha 2008; ISBN 978-80-7201-687-7.

Eisenberg, M.A.: The Limits of Cognition and the Limits of Contract; Stanford Law Review, Vol. 47, No. 2 (Jan., 1995), pp. 211-259.

Epstein, R.A.: Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future; The University of Chicago Law Review, Vol. 64, No. 4 (Autumn, 1997), pp. 1167-1174.

Fehr, E., Gächter, S., Kirchsteiger, G.: Reciprocity as a Contract Enforcement Device: Experimental Evidence; Econometrica, Vol. 65, No. 4 (Jul., 1997), pp. 833-860.

Friedman, D.D.: An Economic Analysis of Alternative Damage Rules for Breach of Contract; Journal of Law and Economics, Vol. 32, No. 2 (Oct., 1989), pp. 281-310.

Friedman, D.D.: Law's Order; Princeton University Press; 2000; dostupné na http://www.daviddfriedman.com/laws_order/index.shtml.

Gerloch, A.: Teorie práva; Aleš Čeněk; Plzeň 2004; ISBN 80-86473-85-6.

Goetz, C.J., Scott, R.E.: Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract; The Yale Law Journal, Vol. 89, No. 7 (June, 1980), pp. 1261-1321.

Hardin, R.: The Morality of Law and Economics; Law and Philosophy, Vol. 11, No. 4 (1992), pp. 331-384.

Hardin, R.: The Free-Rider Problem; in Stanford Encyclopedia of Philosophy; 2003; dostupné na <http://www.science.uva.nl/~seop/entries/free-rider/>.

Hayek, F.A.: Právo, zákonodárství a svoboda; 2.vydání; Academia; Praha 1994; ISBN 80-200-0241-3.

Hayek, F.A.: The Use of Knowledge in Society; American Economic Review, Vol. 25, No. 4 (1945), pp. 519-530.

Hertog, J., d.: General Theories of Regulation; in Bouckaert, B., De Geest, G.: Encyclopedia of Law & Economics; Edward Elgar; dostupné na <http://encyclo.findlaw.com/index.html>.

Hillman, R.A.: The Richness of Contract Law – An Analysis of Critique of Contemporary Theories of Contract Law; Kluwer Academic Publishers; Dordrecht 1998; 279 str.; ISBN 0-7923-4336-0.

Holman, R.: Mikroekonomie – středně pokročilý kurz; C.H. Beck; Praha 2002; ISBN 80-7179-737-5.

Holman, R. a kol.: Dějiny ekonomického myšlení; C.H.Beck; Praha 2005; 3.vydání; 539 str.; ISBN 80-7179-380-9.

Jolls, C., Sunstein, C.R., Thaler, R.: A Behavioral Approach to Law and Economics; Stanford Law Review, Vol. 50, No. 5 (May, 1998), pp. 1471-1550.

Kaplow, L.: Pareto Principle and Competing Principles; Harvard, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Discussion Paper No. 519 (2005); dostupné na http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/519_Kaplow.php.

Kaplow, L., Shavell, S.: Notions of Fairness versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency; The Yale Law Journal, Vol. 110, No. 2 (Nov., 2000), pp. 237-249.

Katz, A.W.: The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation; Columbia Law Review, Vol. 104, No. 2 (Mar., 2004), pp. 496-538.

Kirzner, I.: Jak fungují trhy; Liberální institut; Praha 1998; 90 str.; ISBN 80-902270-5-8.

Knapp, V.: Teorie práva; C.H.Beck; Praha 1995; ISBN 80-7179-028-1.

Knappová, M., Švestka, J., Dvořák, J., a kol.: Občanské právo 1; ASPI; Praha 2005; 4.vydání; ISBN 80-7357-128-7.

Kornhauser, L.A.: Reliance, Reputation, and Breach of Contract; Journal of Law and Economics, Vol. 26, No. 3 (Oct., 1983), pp. 691-706.

Korobkin, R.B., Ulen, T.S.: Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics; California Law Review, Vol. 88, No. 4 (Jul., 2000), pp. 1051-1144.

Kronman, A.T.: Contract Law and Distributive Justice; The Yale Law Journal, Vol. 89, No. 3 (Jan., 1980), pp. 472-511.

Kronman, A.T., Posner, R.A.: *The Economics of Contract Law*; Little, Brown and Company; Boston 1979; ISBN 0-316-50471-8.

Kuhn, P.: *Formalismus, ekonomická analýza práva a Schrödingerova kočka*; 2007; dostupné na <http://www.leblog.cz/?q=node/72>.

Kühn, Z.: *Formalismus: co to je, kdy to je, má/nemá to být? Nebo je to nadávka? Nebo je to Josef Švejk? Část I.*; 2007a; dostupné na <http://jinepravo.blogspot.com/search/label/Formalismus>.

Kühn, Z.: *Formalismus v právu II. (1) Mandatorní formalita*; 2007b; dostupné na <http://jinepravo.blogspot.com/search/label/Formalismus>.

Kühn, Z.: *Formalismus v právu, část III: (2) obsahová formalita a (3) institucionální formalita*; 2007c; dostupné na <http://jinepravo.blogspot.com/search/label/Formalismus>.

Kühn, Z.: *A zase ten formalismus. (4) Interpretační formalita: úvod*; 2007d; dostupné na <http://jinepravo.blogspot.com/search/label/Formalismus>.

Kühn, Z.: *Má mít náhrada škody v soukromém právu sankční funkci?*; 2007e; dostupné na <http://jinepravo.blogspot.com/2007/10/m-mt-nhrada-kody-v-soukromm-prvu-sankn.html>.

Kühn, Z.: *Důvody stojící za právním formalismem*; 2008; dostupné na <http://jinepravo.blogspot.com/search/label/Formalismus>.

Kühn, Z., Bobek, M., Polčák, R. (eds.): *Judikatura a právní argumentace – Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*; Auditorium; Praha 2006; ISBN 80-903786-0-9.

Lawson, G.: *Efficiency and Individualism*; *Duke Law Journal*, Vol. 42, No. 1 (Oct., 1992), pp. 53-98.

Leeson, P.: *Contracts without Government*; *American Law and Economics Review*, Vol. 10, No. 1 (2008), pp. 61-89.

Macaulay, S.: *Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract*; *Law & Society Review*, Vol. 11, No. 3 (Winter, 1977), pp. 507-528.

Macneil, I.R.: *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*; *Virginia Law Review*, Vol. 68, No. 5 (May, 1982), pp. 947-969.

Marek, K.: *Smluvní obchodní právo, Kontrakty*; *Acta Universitatis Brunensis Iuridica* No.297; Masarykova univerzita; Brno 2006; ISBN 80-210-3951-5.

Parisi, F.: *Introduction: The Legacy of Richard Posner and the Methodology of Law and Economics*; in Parisi, F. (ed.): *The Economic Structure of Law : The Collected Economic Essays of Richard A. Posner*; Edward Elgar; Cheltenham 2000; ISBN 1-85898-641-9.

Parisi, F., Posner, R.: *The Economic Foundation of Private Law: An Introduction*; in Posner, R.A., Parisi, F. (ed.): *Economic Foundations of Private Law*; Edward Elgar; Cheltenham 2002; ISBN 1-84376-071-1.

Polinsky, A.M.: *Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's "Economic Analysis of Law"*; *Harvard Law Review*, Vol. 87, No. 8 (Jun., 1974), pp. 1655-1681.

Polinsky, A.M.: *Fixed Price versus Spot Price Contracts: A Study in Risk Allocation*; *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 3, No. 1 (Spring, 1987), pp. 27-46.

Polinsky, A.M.: *Risk Sharing through Breach of Contract Remedies*; *The Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No. 2 (Jun., 1983), pp. 427-444.

Posner, E.A.: *Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom to Contract*; *The Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 2 (Jun., 1995), pp. 283-319.

Posner, E.A.: *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?*; *The Yale Law Journal*, Vol. 112, No. 4 (Jan., 2003), pp. 829-880.

Posner, R.A.: *Economic Analysis of Law*; 3.vydání; Little, Brown & Company; Boston 1986; ISBN 0-316-71438-0.

Posner, R.A.: *Some Uses and Abuses of Economics in Law*; *The University of Chicago Law Review*, Vol. 46, No. 2 (Winter, 1979), pp. 281-306.

Posner, R.A.: *The Economic Approach to Law*; in Parisi, F. (ed.): *The Economic Structure of Law : The Collected Economic Essays of Richard A. Posner*; Edward Elgar; Cheltenham 2000a; ISBN 1-85898-641-9.

Posner, R.A.: *The Law and Economics of Contract Interpretation*; *The University of Chicago Law School Working Paper No. 229 (2004)*; dostupné na <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>.

Posner, R.A.: *The New Institutional Economics Meets Law and Economics*; in Parisi, F. (ed.): *The Economic Structure of Law : The Collected Economic Essays of Richard A. Posner*; Edward Elgar; Cheltenham 2000b; ISBN 1-85898-641-9.

Posner, R.A.: *The Problems of Jurisprudence*; Harvard University Press; Cambridge a Londýn 1993; ISBN 0-674-70876-8.

Posner, R.A.: *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*; *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 2, *Change in the Common Law – Legal and Economic Perspectives* (Mar., 1980), pp. 243-252.

Posner, R.A., Rosenfield, A.M.: *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*; *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1 (Jan., 1977), pp. 83-118.

Richter, T.: *Insolvenční právo*; ASPI, Wolters Kluwer; Praha 2008; ISBN 978-80-7357-329-4.

Roe, M.J.: *Chaos and Evolution in Law and Economics*; *Harvard Law Review*, Vol. 109, No. 3 (Jan., 1996), pp. 641-668.

Salač, J.: *Culpa in contrahendo v českém právu?*; *Právní rozhledy* č.9/2002; str.413-417.

Schäfer, H.-B., Ott, C.: *The Economic Analysis of Civil Law*; Edward Elgar, Spriger Verlag; Cheltenham, Berlin 2004; ISBN 1-84376-277-3.

Schwartz, A., Scott, R.E.: *Contract Theory and the Limits of Contract Law*; *The Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 3 (Dec., 2003), pp. 541-619.

Scott, R.E.: *A Theory of Self-Enforcing Indefinite Agreements*; *Columbia Law Review*, Vol. 103, No. 7 (Nov., 2003), pp. 1641-1699.

Scott, R.E.: *The Death of Contract Law*; *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 54, No. 4 (Autumn, 2004), pp. 369-390.

Shapiro, I.: *Útěk před realitou v humanitních vědách*; Karolinum; Praha 2006; 274 str.; ISBN 80-246-1214-3.

Shavell, S.: *Damage Measures for Breach of Contract*; *The Bell Journal of Economics*, Vol. 11, No. 2 (Autumn, 1980), pp. 466-490.

Shavell, S.: *Economic Analysis of Contract Law*; Harvard University, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business Discussion Paper No. 403 (2003); dostupné na http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/.

Shavell, S.: *Is Breach of Contract Immoral?*; *Emory Law Journal*, Vol. 56, No. 2 (2006), pp. 439-460.

Shavell, S.: *The Design of Contracts and Remedies for Breach*; *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 99, No. 1 (Feb., 1984), pp. 121-148.

Shell, G.R.: *Contracts in the Modern Supreme Court*; *California Law Review*, Vol. 81, No. 2 (Mar., 1993), pp. 431-529.

Šíma, J.: *Ekonomie a právo*; *Oeconomica*; Praha 2004; 207 str.; ISBN 80-245-0749-8.

Švestka, J., Jehlička, O., Škárová, M., Spáčil, J., a kol.: *Občanský zákoník – Komentář*; 10.vydání; C.H.Beck; Praha 2006; ISBN 80-7179-486-4.

Thaler, R.H.: Behavioral Economics; in The Concise Encyclopedia of Economics; 2008; dostupné na <http://econlib.com/library/Enc/BehavioralEconomics.html>.

Trebilcock, M., Leng, J.: The Role of Formal Contract Law and Enforcement in Economic Development; Virginia Law Review, Vol. 92, No. 7 (Nov., 2006), pp. 1517-1580.

Varian, H.R.: Mikroekonomie – Moderní přístup; Victoria publishing; Praha 1995; 699 str.; ISBN 80-85865-25-4.

Veljanovski, C.: The Economics of Law; 2.vydání; The Institute of Economic Affairs; Londýn 2006; 179 str.; ISBN 978-0-255-36561-1.

Abstract

Economic Analysis of Contract and Contract Law (Master Thesis)

Jan Bartošek

This thesis analyzes contracts and contract law from the Law and Economics point of view. In other words, in this thesis, economic approach is utilized to assess the above mentioned areas of law introducing and employing crucial concepts such as the Coase Theorem (and its underlying notions of the efficiency of law), Posner's theory of market-mimicking law, or Guido Calabresi's concept of legal rules. Moreover, various attitudes toward the economic analysis of law are addressed; and the status and future of Law and Economics (with regard to the European and especially Czech context) are considered.

The argument is structured in three parts: the first part summarizes the historical development of Law and Economics and presents its standard analytical tools; the second part embraces the problems of contract and contract law within the framework of Law and Economics (perfect and imperfect contracts or the problem of efficient breach); and, finally, the third – analytical – part of the thesis applies the economic tools to the judicial decisions-making process both in general and in real life by reviewing two sets of decisions made by the Supreme Court of the Czech Republic.

In sum, the thesis' three-tier structure does not only aim to address contracts and contract law from an economic perspective, but also to demonstrate the utility and desirability of Law and Economics application in both theory and practice (especially in terms of adjudications).

Keywords: contracts, economic analysis of law, efficiency of law

JEL Classification: D230, D860, K000, K120