

Efektivní porušení práva*

Efficient Breach of Law

Josef Bejček**

Abstrakt

Řada subjektů vědomě poruší smlouvu s cílem získat pro sebe výhodu na úkor jiných či v neprospěch veřejného zájmu. Sankce se přitom pokládá za přijatelnou „cenu“ takového porušení. Koncepce tzv. efektivní protiprávnosti se prezentuje jako protipól tradiční mravní i právní zásady „pacta sunt servanda“ a zdůrazňuje větší flexibilitu a svobodu smluvních stran, jež si cení více vlastního užítku z porušení smlouvy nežli dobrého pocitu z věrnosti smluvnímu závazku. Ještě vyostřenější je rozšíření tohoto přístupu k plnění povinnosti stanovených zákonem. Článek nejprve obecně rozebírá ideová a hodnotová východiska teorie efektivního porušení. Dovojuje se, že efektivní porušení smlouvy je na úvaze každé ze stran a je spojeno s případnými odpovědnostními důsledky. Přípustnost tzv. efektivního porušení však nelze mechanicky přenášet do oblastí, v nichž povinnost právně konformního jednání plyne ze zákona. S pomocí praktických příkladů se kritizuje relativizace zákonného standardu péče řádného hospodáře člena orgánu obchodní korporace, zdůvodněná „efektivností“ porušení zákona pro korporaci. Pravidlo podnikatelského úsudku nelegitimizuje porušení zákona v údajném obhajitelném zájmu korporace. Zdůvodňuje se stanovisko, že loajalita ke korporaci nemůže stát nad loajalitou k zákonu.

Klíčová slova

Efektivní porušení práva; princip či zásada závaznosti smlouvy; morální obsah slibu a jeho právní závaznost; efektivní porušení objektivního práva; standard péče řádného hospodáře a jeho efektivní porušení; pravidlo podnikatelského úsudku; soukromoprávně efektivní porušení veřejného práva.

Abstract

A number of parties knowingly breach contract in order to gain an advantage for themselves at the expense of others or to the detriment of public interest. Sanctions are considered to be an acceptable ‘price’ for such a breach. The concept of ‘efficient breach of contract’ is presented as the counterpart of the traditional moral and legal principle of ‘pacta sunt servanda’. It emphasises greater flexibility and freedom of the contracting parties, who value the private benefit of a breach of contract more than the good feeling of fidelity to a contractual obligation. Even more acute is the extension of this approach to the performance of statutory obligations. The article first discusses the ideological and

* Srdečný dík patří kolegovi Josefu Šilhánovi za cenné komentáře a připomínky k dřívější verzi článku. Jsem zavázán i oběma anonymním recenzentům, jejichž podněty zkvalitnily výslednou podobu textu. Omyly a opomenutí jsou mé vlastní. Děkuji též své pomocné vědecké síle Adéle Moravčkové za účinnou rešeršní podporu. Část textu (od kap. 5) byla nabídnuta pod jiným názvem jako příspěvek na mezinárodní konferenci XXX. Karlovarské právnícké dny; s tímto účelem vznikl původně celý text.

** Prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., Katedra obchodního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Department of Commercial Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: Josef.Bejcek@law.muni.cz / ORCID: 0000-0002-9059-2630 / Scopus ID: 9633621200

value underpinnings of the efficient breach theory in general terms. It concludes that an effective breach of contract is at the discretion of each party and is associated with potential liability consequences. However, the admissibility of so-called efficient breach cannot be mechanically transferred to areas where the duty to act lawfully arises from the provisions of legislation. The relativisation of the statutory standard of due managerial care of a member of a corporate body, justified by the ‘efficiency’ of the breach for the corporation, is criticised with the help of practical examples. The business judgment rule does not give legitimacy to a violation of the law in the corporation’s allegedly justifiable interest. The position that loyalty to the corporation cannot stand above loyalty to the law is justified.

Keywords

Efficient Breach of Law; the Principle or the Rule of a Binding Nature of a Contract; the Moral Content of a Promise to Perform and its legal Validity; the Efficient Breach of a Legal Rule; the Standard of due Managerial Care and its efficient Breach; Business Judgment Rule; the Private-Law-Based Efficient Breach of Public Law.

Motto:

Ne připravuje se ten, kdo jedná v souladu s právem, nejen o potěšení z jeho porušování (J. Genet), ale zbytečně i o zisk z jeho porušení plynoucí?

Motto:

Who obeys the law, can be deprived not only of the pleasure of violating it (J. Genet), but perhaps needlessly also of the benefits of doing so?

Úvodem

Na provokativní otázku, kdy a komu se (ne)vyplatí porušit právo, by měl idealistický a nezkažený (resp. naivní) právník asi odpovědět, že porušovat právo by se přece nemělo vyplácet nikdy a nikomu. Právo je však jen jeden z (de)motivačních nástrojů našeho chování, jehož síla nemusí ve střetu s jinými motivy obstát. Kromě toho se právo v dnešní přeregulované společnosti nemůže vyhnout ani nevědomému a neúmyslnému porušování, takže do vědomého motivačního střetu v rozhodovacím procesu lidí a korporací fakticky ani nevstupuje, přičemž však i takové porušení práva může být velmi „efektivní“.

V praxi samozřejmě řada individuálních i korporátních subjektů porušuje právo vědomě, s cílem získat pro sebe výhodu na úkor jiných či v neprospěch veřejného zájmu, přičemž se s právní sankcí jakožto přijatelnou „cenou“ za takové porušení (jakož i s odhadem pravděpodobnosti jejího uložení) předem počítá. Právo samotné je ostatně již pojmově na svoje porušování nastaveno a instrumentálně vybaveno, a to jak ve své soukromoprávní, tak i veřejnoprávní rovině.

I když se to v naší doktríně nevyjadřuje tak cynicky jako v *common law* (efektivní protiprávnost – *efficient breach*),¹ s ekonomickým opodstatněním přípustnosti protiprávního jednání se i v kontinentálním právu (včetně práva českého) počítá. Nepracovanost až absence teoretického základu efektivní protiprávnosti vede k mnoha nejasnostem v praxi a ponechává širokou „šedou zónu“, která se musí vyplňovat spíše *ad hoc*. Porušení práva vesměs intuitivně vadí (normativně i pozitivisticky) i těm, kdo se hlásí k ekonomickému modelu „efektivního porušení.“ Proto ospravedlňují koexistenci deliktního a „efektivního“ porušení práva jakožto druh „druhého nejlepšího řešení“ v situacích, kdy si třetí strana cení dlužníková plnění více nežli původní věřitel (oprávněný).²

Koncepce tzv. efektivního porušení se ve *smluvním* právu objevila před více než padesáti lety³ jako módně utilitární protipól tradiční mravní zásady, že smlouvy se jakožto druh slibu mají dodržovat a že porušení smlouvy je špatnost, které se má předcházet.⁴ Jde o výzvu zakořeněnému přesvědčení a morální zásadě, že smluvní závazek se má náležitě splnit, i kdyby to mělo přinést větší škodu než užitek.⁵ Tato koncepce efektivní protiprávnosti, založená na argumentaci z oblasti *law & economics*, popírá tradiční morální averzi k protiprávnosti a akcentuje naopak (a účelově a utilitaristicky) větší flexibilitu a svobodu smluvních stran, které si mohou více cenit užitku z porušení smlouvy nežli dobrého pocitu z toho, že se smlouva jen kvůli normativnímu pravidlu dodržuje.⁶

¹ Efektivní porušení je jedním z pilířů ekonomické analýzy smluvního práva, a dokonce se někdy označuje za její základní kámen. Srov. ADLER, B. E. Efficient breach theory through the looking glass. *New York University Law Review*. 2008, roč. 83, č. 6, s. 1688. Vychází se z poznatku, že smluvní vyjednávání vyžaduje mnoho času a úsilí, aniž se dá zaručit, že strany pomyslely skutečně na všechny možné eventualy. Smluvní právo by mělo proto vyplnit tyto mezery „nedokonalé smlouvy“ mj. i připuštěním takových možností, s nimiž by strany bez vynaložení nákladů bývaly souhlasily tak, jako by je plánovaly od počátku, aby maximalizovaly svůj zisk z obchodu, to i za cenu porušení smlouvy, jež je tedy jen jednou z možných reakcí na nedokonalost smlouvy. Srov. MATHIS, K. *Efficiency instead of justice?* Lucerne: Springer, 2008, s. 79. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-1-4020-9798-0>

² Srov. McCHESNEY, F. S. Tortious interference with contract versus “efficient” breach: theory and empirical evidence. *The Journal of Legal Studies*. 1999, roč. 29, č. 1, s. 131 a násl. DOI: <https://doi.org/10.1086/468048>

³ Poprvé ji z polozapomenutí do současnosti opět uvedl BIRMINGHAM, R. Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. *Rutgers Law Review*. 1970, roč. 24, s. 273–292. Spíše než o „nové“ se nicméně jedná o dobře pozapomenuté „staré“. Jak vtípně konstatuje Tomáš Sobek: „*Chcete psát o efficient breach theory? O tom už psal Cicero.*“ Srov. SOBEK, T. Závaznost smlouvy. In: HAVEL, B., PIHERA, V. (eds.). *Soukromé právo na cestě*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, s. 299. To se dá ale říct (snad s výjimkou právního kontextu nejnovějších technologických výtobytků) takřka o všech teoretických právních otázkách, ale přesto přemýšlení o nich neochvějně a neskromně recidivuje v nových souvislostech. Proto i já se ho odvažuji.

⁴ Teorie efektivního porušení práva naproti tomu redukuje smlouvu na nástroj k dosažení efektivnosti a dovozuje, že porušení práva vede v jistých situacích k lepšímu rozdělení zdrojů (zboží a služeb) ve společnosti, i když za cenu utilitaristického porušení a odmítnutí morálního závazku splnit slib. Srov. AL-TAWIL, T. The Efficient Breach Theory. The Moral Objection. *Griffith Law Review*. 2011, roč. 20, č. 2, s. 449 a násl., 477. DOI: <https://doi.org/10.1080/10383441.2011.10854705>. Právní povinnost se tak zbavuje morálního obsahu a podporuje se amorální chování účastníků právního vztahu, v němž dát slib znamená normálně závazek jej také splnit.

⁵ „*Protože smlouva je především slib, musí se splnit, protože [zvýraznění aut.] slib se musí splnit*“, tvrdí FRIED, Ch. *Contract as Promise*. 2. vyd. Oxford: OUP, 2015, s. 17. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780190240158.001.0001>. Kontrakt je podle něj založen morálností slibu, jež jej též zaručuje. Mravní povinnost dodržet slib se podobá povinnosti říkat pravdu, ale je více omezující (ibid.). Tento přístup pokládám za hodně ortodoxní a rigidní, protože nadřazuje věrnost vlastnímu slibu nad cokoli, tedy mj. i nad společný prospěch obou stran. Říká se vlastně, že by se strany měly oboustranného prospěchu zříct, pokud by jej měly dosáhnout porušením slibu: *promissio-ultima lex?*

⁶ Srov. LIAO, W. *The Application of the Theory of Efficient Breach of Contract*. Cambridge: Intersentia, 2015, s. 1 a násl. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781780685489>

Ideovým východiskem teorie je proslulý „kacířský“ výrok, že „splnit smlouvu (*to keep a contract*) v *common law* znamená předpoklad, že pokud ji nedodržíte, musíte zaplatit náhradu škody a nic jiného.“⁷ Napětí mezi mravností slibu a náhradou za jeho porušení se nejostřeji projevuje právě v teorii efektivního porušení, která porušení smlouvy nejenže neodsuzuje, ale dokonce je podporuje, pokud je to výhodné tak, že žádná ze stran na tom po porušení smlouvy nebude hůř než předtím. Tento *ekonomický* argument pro porušení chápou přívrženci oné teorie efektivního porušení jako *morální* důvod pro porušení; že by tedy lidé raději *měli* smlouvu porušit a zaplatit náhradu škody, je-li to v jejich zájmu.⁸ Odpůrci zase tvrdí, že jde o teorii amoralní v samotné podstatě, protože porušený slib zvýhodňuje především porušitele, jenž by si naopak za to nezasloužil žádný prospěch.⁹

Vyhraněně se dá pozice příznivců efektivní protiprávnosti formulovat otázkou, zda by se měla smlouva dodržovat vlastně jen proto, že porušení je morálně zavrženíhodné? A proč by se vlastně mělo bránit jejímu porušení, i když je to efektivnější než její splnění, a jestli tedy má stát morálka nad efektivností?¹⁰ Porušitel je na tom lépe, než kdyby smlouvu dodržel, a druhá strana na tom není hůř než při dodržení smlouvy, takže z hlediska ekonomického by splnění původní smlouvy bylo vlastně nežádoucí a horší než její nesplnění.

Odškodnění ze strany porušitele se chápe jako druh „odpuštění“, který si porušitel může od věřitele (oprávněného) kdykoliv „koupit“ za své protiprávní jednání. Právo se tak redukuje na soubor jakýchsi „kvazi-cen“ (některých vysokých a jiných nízkých), jež působí jako jediné omezení, které má strany přimět k zákonnému chování.¹¹ Pokud by se mělo chránit

⁷ HOLMES, O.W. The Path of the Law. 10 *Harvard Law Review* 457. 1897, s. 5. DOI: <https://doi.org/10.2307/1322028> [cit. 14. 2. 2023]. Čelný představitel *law & economics* Richard A. Posner označil toto dílko za vůbec nejlepší článek o právu, který byl kdy napsán. Srov. ALSCHULER, A.W. The descending trail: Holmes' path of the law one hundred years later. *Florida Law Review*, 1997, roč. 49, č. 3, s. 354. Holmesův výrok vděčí za svoji proslulost pravděpodobně své libivé přímočarosti, již se ale obětuje přesnost. Přesvědčivě se mu oponuje (srov. např. ŠILHAN, J. *Právní následky porušení smlouvy v novém občanském zákoníku*. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 243) „samozřejmým“ postřehem, že smluvní slib jakožto pouhá povinnost zaplatit náhradu škody v případě jeho porušení „... není dobrá metoda ke podpoře tržní specializace a směny...“, protože „skerze pouhé vyměňování peněžních částek nemůže společně dosáhnout žádně prosperity“, nebude-li se vymáhat plnění smluvních slibů v naturální podobě. Určitě existuje významný morální rozdíl mezi slibem něco splnit (na jedné straně), a slibem něco splnit, nebo zaplatit namísto toho nějakou částku (na druhé straně).

Podstatná právní námitka proti takové degradaci smluvní povinnosti by mohla znít tak, že nelze přece klást rovnítko mezi splnění slibu a jeho porušení spojené s náhradou. To by se by potom každý smluvní závazek (jakožto současně druh mravního slibu) implicitně chápal vlastně jako *alternativa facultas*, tedy plnění dané dlužníkovy na výběr mezi sjednaným plněním a jeho peněžní náhražkou v případě porušení. Údajnou mravní irelevanci nesplnění slibu, byť spojeného s kompenzací, nepotvrzují ani empirická data (srov. níže, pozn. 53). Ani peněžní kompenzace neodčiní morální chybu v podobě porušení závazného slibu. Po tisíciletí přežívá v lidech jakási etika ctnosti, jakkoliv asi ne v podobě propagované Ciceronem, podle něhož byly morálně závazné i sliby dané nepříteli; i když i tehdy se to formulovalo pouze relativně: „jsou přisežené sliby, které je třeba často [zvýraznění aut.] *plnit i vůči nepříteli*.“ Srov. CICERO, M. T. *O povinnostech*. Praha: Svoboda, 1970, s. 167.

⁸ Tak SELIGMAN, M.S. Moral Diversity and Efficient Breach. *Michigan Law Review*. 2019, roč. 117, č. 3, s. 892, 894. DOI: <https://doi.org/10.36644/mlr.117.5.moral>

⁹ Srov. ADLER, op. cit., s. 1681, 1684. Příznivci oné teorie chápou smluvní strany na způsob partnerů ve společném podniku a právní prostředky k nápravě za porušení smlouvy se nepokládají za nástroj korektivní spravedlnosti, ale spíše za nástroj maximalizace společného blahobytu stran, viděného nikoliv nutně jen z krátkodobého hlediska, ale i z dlouhodobější perspektivy (srov. op. cit., s. 1687, s odkazem na Goetze a Scotta).

¹⁰ Srov. FRIEDMANN, D. The Efficient Breach Fallacy. *The Journal of Legal Studies*. 1989, roč. 18, č. 1, s. 4. DOI: <https://doi.org/10.1086/468138>

¹¹ FRIEDMANN, op. cit., s. 1. Jemnější (pozdější) verze této teorie rozlišují „oportunistické“ porušení smlouvy a „jiné“ porušení, přičemž to první v ochranu neberou. Není však jasné, proč by „oportunistické“ porušení, je-li celkově efektivní, mělo být znevýhodněno oproti „jinému“ porušení (op. cit., s. 4).

právo na efektivní porušení smlouvy, znamenalo by to, že dlužník si může přisvojit smluvní práva věřitele (oprávněného) bez jeho souhlasu, pokud se to, co mu bylo slíbeno, může využít tak, že zisk převyšuje jeho ztrátu.¹² Takové zvýhodnění jedné ze stran však směřuje proti samotným základům soukromého práva, zejména proti zásadě rovnosti, poctivosti, dobré víry apod. Nevěrnost danému slibu narušuje sebeurčení (autonomii) jeho příjemce.

Morální (deontologické) výhrady proti utilitaristické a pragmatické instrumentalizaci protiprávnosti při porušování smluv na základě jen čistě ekonomické kalkulace nákladů a výnosů (*cost-benefit analysis*) jsou nasnadě. Deontologie znamená tvorbu *pevných* norem a zásad, jimiž se mají subjekty řídit. Opakem je utilitarismus a konsekvenčialismus, který správnost a nesprávnost jednání odvozuje až z jeho *důsledků*. Právo má svojí normativností (včetně korekcí neurčitými pojmy a diskrecí za pomoci korektivů obsahové správnosti) určitě blíže k deontologii nežli k utilitarismu.

„Strnulým“ normativním úvahám se dá čelit argumentem, že smluvní strany uzavírají přece jen nedokonalý kontrakt a že tudíž nemohou předpokládat všechny budoucí okolnosti a že je vlastně porušení smlouvy, je-li efektivní, implicitně v souladu s jejich vůlí (neboť by si něco takového bývaly sjednaly, kdyby o těchto okolnostech při kontraktaci bývaly věděly). Takže podle tohoto názoru vlastně ani nejde o rozpor s pravidly morálky nebo se zásadami soukromého práva.¹³

Takové tvrzení je nepřesvědčivé. Není vyloučeno, že vůle stran opravdu v konkrétním případě taková mohla být, ale je na soudu zjistit, jaká byla skutečná vůle stran, a nelze jim ji teoreticky implantovat *a priori*. Samotné ekonomické hledisko neopravňuje nikoho vnučovat stranám proti jejich vůli režim volby efektivního porušení práva. Porušení smlouvy se v právu obvykle nepokládá za legitimní běh věcí, protože se naopak sankcionuje náhradou škody, byť by bylo třeba i efektivní.¹⁴ Přiznání náhrady škody na druhé straně neznamená nutně nesouhlas s porušením smlouvy, neboť to je v některých případech nezbytné, resp. splnění může být nemožné.¹⁵

Hodnocení přípustnosti porušení smlouvy se může lišit i podle toho, zda je jeho cílem snaha o zvýšení *zisku* porušitele (což zvyšuje pravděpodobnost porušení), nebo zda jde

¹² Op. cit., s. 23–24. Efektivnost porušení může být přitom iluzorní, protože jednostranné rozhodnutí dlužníka porušit smlouvu se může zvrtnout i ve velmi nákladný spor o náhradu škody, jehož „cena“ se do kalkulace nákladů a výnosů protiprávnosti nedá předem dost dobře zahrnout.

¹³ Srov. SHAVELL, S. Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts. *Michigan Law Review*. 2009, roč. 107, č. 8, s. 1569 a násl. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1372170>

¹⁴ Srov. PORAT, A. EYAL Z., BARAK, M. Law, Economics and Morality. *Jrslm. Rev. Legal Stud.* 2011, roč. 3, s. 102, 100. DOI: <https://doi.org/10.1093/jrls/3.1.91>

¹⁵ Srov. např. v našich podmínkách sjednání smluvní pokuty jako paušalizované náhrady škody za prodlení s plněním, způsobené subdodavatelem dlužníka v důsledku vyšší moci a avizované předem. Potenciálně prodávající dlužník má díky takto sjednané smluvní pokutě opci: buď za cenu vysokých nákladů zajišťovat náhradní včasné plnění, nebo porušit smlouvu a paušálně odškodnit oprávněného sjednanou „nepravou“ smluvní pokutou (která se rovná odstupnému – srov. možnost ujednání odchýlného od dispozitivního § 2049 OZ). Taková však byla vůle smluvních stran, které obě s takovou opcí počítaly, protože byla obsahem smlouvy. Otázku (ne)průměřenosti smluvní pokuty, jež je možná v obou směrech, zde ponecháváme stranou. Teorie efektivního porušení smlouvy však přiznává porušiteli podobnou opci jako v ilustrovaném případě jasně smluvní vůle, ale *kdykoliv*, kdy je porušení *efektivní*, tedy i bez výslovné či implicitní vůle oprávněného; tato vůle se dovozuje teoreticky – srov. text k pozn. 9.

o odvrácení *ztráty* (což pravděpodobnost porušení snižuje). Ten druhý případ je intuitivně posuzovatelný spíše smířlivěji a dá se i snáze vysvětlit věřiteli (oprávněnému).¹⁶

Úvahy z oboru ekonomického přístupu k právu nejsou vůbec jen teoretické a neomezují se ani jen na oblast *common law*. Setkáváme se s nimi i u nás, třebaže pod jinými názvy, a nikoliv tak explicitně. V tomto příspěvku se po obecnějším přiblížení podstatě efektivního porušení práva zaměřím především na potenciálně častý projev tohoto přístupu v právu korporátním. Jde např. o to, zda standard péče řádného hospodáře zahrnuje i soukromoprávní či veřejnoprávní protiprávnost spáchanou ve prospěch korporace, nebo zda péče řádného hospodáře nesmí z právního (smluvního či zákonného) rámce vybočit. Kladu si tedy otázku, zda stojí korporátní loajalita nad věrností ke smlouvě, nebo i nad širší loajalitou k zákonu.

Praktické může být třeba dilema, zda kartelová dohoda, jejíž odhalení je nepravděpodobné, ale mikroekonomické přínosy z ní skvělé, je přijatelná jako standard péče řádného hospodáře, nebo zda naopak tento standard *eo ipso* porušuje. Může se statutární orgán omlouvat uvnitř korporace, že uzavřením kartelu udělal řádné rizikové rozhodnutí, pokud mu v hodnocení předpokládaného rizika přesvědčivě vyšla vysoká pravděpodobnost přínosu pro korporaci v důsledku porušení práva? Nebo se mu dá naopak z hlediska péče řádného hospodáře vyčítat, že vystoupil z „výnosného“ kartelu a poškodil tím korporaci?

Týkat se to může i dalších analogických případů správních deliktů a trestných činů (černé podnikání, porušování různých embarg a různých veřejnoprávních předpisů, poškozování životního prostředí, nebo třeba porušování zákazu plateb v hotovosti kvůli lepšímu *cash flow*, snadnějším daňovým únikům atp.). Dotknu se i souvislostí teorie efektivního porušení se smluvním právem, v němž je uvažování o efektivní protiprávnosti asi jednodušší a smluvně strukturovatelné.¹⁷

1 Podstata efektivního porušení práva

Podstata efektivního porušení práva spočívá v tom, že se porušením právní povinnosti dosáhne v součtu větší ekonomické efektivnosti nežli v případě, že by porušitel býval povinnost splnil. Na nesplnění povinnosti jednou ze stran může někdy vydělat i druhá strana. Nejde tedy o jen jednostranně výhodné porušení právní povinnosti. Zklamání očekávání, že dlužník bude plnit to, k čemu se zavázal, pak nesplnění strany věřiteli nějakým substitučním způsobem zapraví, byť je to v rozporu se strukturou smlouvy a slibu, stanovenou právem a morálkou. Pozornost se koncentruje na peněžní dopady protiprávnosti; posvátnost smlouvy (*sanctity of contract*) a s ní spojený morální závazek ctít vlastní sliby se ponechávají stranou. Podstatou a cílem je tedy ekonomická maximalizace celkového efektivního výstupu

¹⁶ Dokonce se prokázalo empiricky, že smluvní strany jsou významně méně ochotny k renegotiaci motivované snahou o vyšší *zisk* potenciálního porušitele smlouvy nežli v případě, že motivem je snaha o odvrácení jeho *ztráty*. Tento přístup koreluje se sklonem stran k rovnostářství. Ochota znovu jednat s partnerem nepřekvapivě roste také s vyšší kompenzací, kterou za nedodržení smlouvy obdrží věřitel (oprávněný, *promisee*). Srov. BIGONI, M., BORTOLLOTTI, S., PARIRI, F., PORAT, A. Unbundling Efficient Breach: An Experiment. *Journal of Empirical Legal Studies*. 2017, roč. 14, č. 3, s. 524, 527 a násl. DOI: <https://doi.org/10.1111/jels.12154>

¹⁷ Srov. např. konstrukci smluvní pokuty nebo odstupného tak, aby se dlužníkovi spíše vyplatilo ji zaplatit a získat jinde výhodnější zakázku nežli poskytnout sjednané plnění.

bez ohledu na možné narušení společensky kooperativní funkce smlouvy a její morální závaznosti, není-li trvání na plnění smluvených povinností ekonomicky efektivní.¹⁸ Porušení smlouvy se tedy nemusí setkat s žádnými výhradami či výčitkami.¹⁹

1.1 Svůdný ekonomický bonus porušení mravně závazného slibu

Tento ekonomicko-instrumentalistický přístup ve prospěch maximalizace bohatství odmítá morální hledisko porušení smlouvy. Rigidní moralisté a zastánci ctnosti věrnosti slibu argumentují tím, že strany přece uzavírají obchodní smlouvu s oboustranným úmyslem dosáhnout zisku. Jde jim tedy o maximalizaci bohatství, a proto prý se na ně dá pohlížet podle modelu „*homo economicus*.“ Efektivní porušení obchodní smlouvy se legitimizuje právě touto úvahou a nelze je uplatnit jako omluvu neférového chování při pouhém (právě se hodícím, tedy „oportunistickém“) porušení.²⁰

Čistě ekonomické hledisko nicméně deformuje pohled na porušení práva, protože teorie efektivního porušení doporučuje *právně vadné* chování (dokonce k němu přímo vybízí), jež právo tradičně zakazuje a sankcionuje. Právo by však nemělo poskytovat pobídky ke svému vlastnímu porušování. Navíc se tzv. čistě ekonomická hlediska údajně prezentují tak, jako by byla jasně vyčíslitelná; vycházejí přitom z nereálných předpokladů dokonalé informovanosti a dokonalé racionality stran a podceňují nejen neznámé ekonomické transakční náklady spojené s porušením práva, ale i mimoekonomické motivy pro splnění právní povinnosti, reputační hlediska, smysl pro čest, morální odpovědnost a jiné mimoprávní faktory.²¹

Ekonomický a morální pohled na porušení práva se tedy liší a panuje mezi nimi napětí. Normativní deontologické hledisko zdůrazňuje závaznost pravidla jakožto slibu, který se musí dodržet *z principu* a eventuální výjimky z principu se normativně upravují. Mezi ně se běžně nezahrnuje analýza nákladů a výnosů protiprávnosti (*cost-benefit*). Ekonomické hledisko naopak preferuje dopad rozhodnutí na různě definovanou efektivnost či ekonomické optimum.²²

¹⁸ Podobně AL-TAWIL, T. English Contract Law and the Efficient Breach Theory. Can They Coexist? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2015, č. 3, s. 396, 415. DOI: <https://doi.org/10.1177/1023263X1502200305>

¹⁹ Srov. ADLER, op. cit., s. 1679.

²⁰ Srov. KILVINGTON, L. D. Justifying the application of the theory of efficient breach specifically within the context of commercial contracting. *White Rose eTheses Online* [online]. York Law School. September 2018, s. 220 [cit. 14. 2. 2023]. Dostupné z: <https://etheses.whiterose.ac.uk/23552/1/Liam%20Kilvington%20PhD%20Thesis%20Revised%20for%20Final%20Submission.pdf>

²¹ Srov. KLASS, G. Efficient breach. In: KLASS, G. a kol. *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: OUP, 2014, s. 367–369. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198713012.001.0001>. To dnes ovšem dávno neplatí. Tato kognitivní omezenost se podle mého názoru přisuzuje zastáncům efektivního porušení neprávem a uměle se tak na jejich straně vytváří lehce kritizovatelná „slabina“. V době rozkvětu institucionální a behaviorální ekonomie je totiž model „*homo economicus*“ dávno překonaný.

²² Paretovo optimum předpokládá, že se v důsledku nějakého postupu alespoň jednomu členu společnosti dostane nějaké výhody a nikdo přitom nebude znevýhodněn, resp. že rozdělení statků bude takové, že neexistuje jeho alternativní forma, při níž by jedna strana dopadla lépe, aniž by jiná strana současně na tom byla hůře. Znamená to, že nikdo na tom nebude hůř ve srovnání se situací, kdy by dlužník býval splnil. Paretovo optimum odpovídá ideálu (tedy modelu, a nikoliv realitě) dokonalé konkurence. Za realističtější se proto někdy považuje tzv. Kaldor-Hicksovo kritérium, které za společensky efektivní pokládá situace, v nichž ti, kteří byli zvýhodněni, ze svého prospěchu odškodní znevýhodněné, a přesto jim ještě výhoda zůstane zachována. Nepředpokládá se však, že k takovému odškodnění také v každém jednotlivém případě skutečně dojde (to by se jednalo o Paretovo optimum).

1.2 Hodnotová podstata sporu

Ekonomický přístup k právu se může zdát z krátkodobého hlediska jako utilitární, ale není cynicky bezhodnotový, protože prostě jen otevřeně staví hodnotu ekonomické efektivity nad morální hodnotu závaznosti slibu a důvěry, resp. pokládá maximalizaci bohatství za jedinou morální hodnotu a neuznává, že by morální povinnost plnit smlouvu trvala vedle právní povinnosti. V moderní materialistické společnosti se ostatně peněžní vyrovnání pokládá za substitut většiny uznávaných zájmů či hodnot.²³ Hodnocení oné kýžené efektivity se může změnit při změně perspektivy z krátkodobé na dlouhodobější.

Moralisté vznášejí otázku,²⁴ nakolik si vůbec máme cenit tak laciného a povrchního smluvního slibu, jenž je možné uspokojit náhražkou v peněžní hotovosti. Takové pojetí podle nich neladí se sociální a ekonomickou funkcí smlouvy, jak se jí tradičně rozumí, tedy jakožto nástroje důvěry a vzájemného spolehnutí se na sebe a též jako nástroje k vynuucování slibu, který přece právě pro zvýšení jeho vážnosti strany zvolily. Porušení smlouvy vede ke zklamání očekávání a nezřídka i k nákladným a zdlouhavým sporům.

Hodnotový žebříček jednotlivce neznamena automaticky soulad s obecněji akceptovanou morální hodnotou, takže se efektivní porušení práva dá pokládat, když ne přímo za nemorální, tak přinejmenším za ne-morální. Potlačuje totiž morální (či moralistní?) argumenty, že ze slibu se rodí důvěra a že důvěra je dobro sama o sobě, tedy spíše nežli instrumentální hodnota. Efektivní porušení práva nahrazuje morální příkaz splnění slibu pružným „pravidlem“, že slib je třeba dodržet, ale jen pokud následky nepovzbuzují spíše k jeho porušení.²⁵ Proto se výzvy k efektivnímu porušení práva a jeho podpora nesetkávají v tradičním soukromém právu s kladným ohlasem.²⁶

Přestože se *nabádání* k protiprávnosti pokládá v občanskoprávním kontextu za nemorální, nemusí se takto posuzovat obecně, protože i soukromé právo některé okolnosti opravňující porušení smluvní povinnosti předvídatě normuje, přičemž i za nimi se může skrývat právně-politická či ekonomická úvaha o statisticky pravděpodobnější efektivity porušení povinnosti nežli jejího dodržení; porušení slibu se v takových situacích přitom nepokládá za mravně nesprávné.²⁷ Někdy (typicky mezi anglosaskými právníky) se naopak kritika

²³ Strana frustrovaná porušením smlouvy partnerem je přitom zřídka plně uspokojena částkou, již by byla vydělala, kdyby smlouva nebyla porušena. Navíc se nemusí kompenzovat ani mentální stres frustrované smluvní strany, vyvolaný porušením smlouvy. Typicky je prý podkompezována právě strana neporušivší právo a k Paretově optimu (alespoň jedna strana je na tom lépe, přičemž si nikdo nepohoršil) má tato situace daleko. Účelem smlouvy je podle tohoto přísnějšího názoru plnění, a nikoliv získání opce na zaplacení náhrady škody při nesplnění. Srov. KHOURI, N. C. Z. Efficient Breach Theory in the Law of Contract. *Auckland University Law Review*. 2002, roč. 9, č. 3, s. 749–751. Namítnout se ovšem dá, že i kompenzace mentálního stresu a jakéhokoliv myslitelného nepohodlí na straně věřitele ze slibu (což je také druh ekonomicky vyrovnatelné či „zapravitelné“ hodnoty) může být předmětem ekonomické kalkulace a může se projevit třeba v adekvátní výši smluvní pokuty.

²⁴ KATZ, A. Virtue Ethics and Efficient Breach. *Suffolk University Law Review*. 2012, roč. 45, č. 3, s. 779. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1845703>

²⁵ Tak AL-TAWIL, 2011, op. cit., s. 477–478.

²⁶ Srov. SCALISE, R. J. jr. Why No “Efficient Breach” Theory in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. *The American Journal of Comparative Law*. 2007, roč. 55, s. 721 a násl. DOI: <https://doi.org/10.1093/ajcl/55.4.721>

²⁷ Srov. např. vyšší moc, nepoctivost, nátlak, neúměrné zkrácení, změna okolností a „hardship“ či změna ceny díla v jejím důsledku apod.

z moralistických pozic pokládá za naivní, protože porušení smlouvy je přece někdy žádoucí, ať už kvůli nedostatku prostředků nebo kvůli lepší příležitosti. Už studenti prvního ročníku práv by se prý měli naučit identifikovat a oddělovat požadavky práva od své mravní intuice.²⁸ Morální obsah právního závazku by se však neměl rozšířením a všeobecnou akceptací tzv. efektivního porušení omezit jen na jakési prohlášení osobních preferencí smluvních stran, protože právo je mj. „zesilovačem“ morálního závazku splnit slib. Kdyby ostatně strany o takové posílení závaznosti pouhého slibu právními nástroji nestály, asi by se k právní formě slibu v podobě smlouvy neutíkaly a spokojily by se s morální autoregulací.²⁹ Forma smlouvy představuje pro ně typicky jakési právní (a tudíž závaznější) zpodstatnění a zvěčnění morálního příslibu. Není proto náhoda, že řada evropských soukromoprávních kodexů pokládá právo vyžadovat po dlužníkovi splnění závazku za samotnou podstatu obligace.³⁰

1.3 Protichůdné tendence v přístupu k protiprávnosti

Efektivní porušení naráží však na vážné na výhrady nejen v kontinentálním, ale i v anglosaském právu. Konstatuje se kriticky, že jak účinná správa obchodních záležitostí, tak i obchodní morálka obchodního vztahu vyžadují, aby se závazky dlužníka určily podle zisků věřitele z daného obchodu a aby se tyto závazky soudně vynucovaly podle peněžní hodnoty zisků. To znamená, že smluvní právo by si mělo zachovat svůj tradiční přístup a vymáhat očekávaný zájem věřitele a mělo by tento zájem chránit v rámci odpovědnosti.

I v anglosaském právně kulturním okruhu se tak nezřídka podporuje moralistický přístup ke smluvnímu právu, podle kterého jsou porušení smlouvy protiprávním jednáním, jež může být postiženo i *sankční* náhradou škody (*punitive damages*). Brání se tak i tradiční pojetí pozitivního práva proti jeho revizionistickým kritikům vyzbrojeným hlediskem efektivní

²⁸ Srov. KLASS, G. The Rules of the Game and the Morality of Efficient Breach. *Yale Journal of Law & the Humanities*. 2017, roč. 29, č. 1, s. 71, 110. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2734272>

²⁹ Rigidní moralismus v soukromém právu ovládaném zásadou autonomie stran a smluvní svobody není podle mého soudu na místě. Soukromé právo umožňuje optimalizovat a vyvážit vztah mezi závazností slibu (závazností morální i právní) a efektivní možností jeho porušení, a sice smluvními nástroji (různé výhrady, rozvazovací podmínky, záruky a prohlášení, převzetí nebezpečí škody, slib odškodnění, odstupné, dodatečná smluvní změna závazků apod.), ale i některými zákonnými prostředky, jako např. *hardship*, zmaření účelu smlouvy, ztráta smyslu obchodu (*Geschäftsgrundlage*), následná nemožnost plnění apod.

V podobných případech se při porušení závazku věřitel nedostává do nepředvídané situace a tvrzená apriorní „morální svátost“ kontraktačního slibu se díky právním nástrojům relativizuje. Jiná je samozřejmě situace, v níž se smluvní strana *plně* spoléhá na smlouvu, z jejíhož splnění se pak porušitel jednostranně vyváže s odkazem na efektivnost *svého* postupu. Má-li porušení práva nést přívlastek „efektivní“, nemůže aprobovat „opci protiprávnosti“ výhodné jen pro jednu ze stran. Porušení smlouvy *jen* pro vlastní prospěch může být tedy nemorální, ale lze je smluvně (a mnohdy i zákonem) předvídat tak, aby bylo právně souladné. Právo je ostatně jen *mimimem* morálky.

³⁰ Podle nejstaršího psaného římského práva (Zákon dvanácti tabulí) by bylo efektivní porušení práva nemyslitelné a ten, kdo by se jej dopustil, by tím riskoval prodej do otroctví nebo popravu. Srov. SCALISE, op. cit., s. 727, 730. Konstatuje se tu (s. 755–756), že existují i kulturně založené rozdíly v přístupu k doktríně efektivního porušení práva. Kontinentální soudci jsou pokládáni za byrokratičtější a dogmatictější interprety práva ve srovnání s jejich anglosaskými protějšky, kteří na rozdíl od kontinentálních soudců mohou spoluvytvářet právo i s ohledem na efektivnost; proto je prý *common law* efektivnímu porušení práva na rozdíl od práva kontinentálního nakloněno. Ekonomické argumenty pokládají kontinentální soudci za vhodnější řešit na zákonodárné, a nikoliv až na aplikační úrovni (op. cit., s. 762).

protiprávnosti.³¹ Dokonce se model efektivního porušení práva s jeho snadností, s níž umí sklouznout kdykoliv od kooperativního k nekooperativnímu chování, někdy označuje za velmi neefektivní lidské chování, ať už se neefektivnost definuje technicko-ekonomicky nebo jakkoliv jinak.³²

Efektivní porušování lze skloubit s deontologickou etikou,³³ ale sotva ho lze smířit s etikou ctnosti,³⁴ ledaže bychom byli připraveni tvrdit, že snaha o efektivitu je ctnost nebo alespoň že není neřestí.³⁵ Myslím, že to by už hraničilo s komickou a pragmatickou instrumentalizací a zpovrchněním pojmu ctnosti, pod něž by se dalo skrýt podle aktuální potřeby vlastně cokoliv „užitečného“. Nicméně se musí akceptovat, že ctnosti a hodnoty jsou různé a že tudíž i svár o efektivní porušení práva může být jen zástupným kolbištěm zastánců různých hodnot.

Je nápadné a paradoxní, jak se dvě neortodoxní tendence (*punitive damages* na jedné straně a *efficient breach* na straně druhé) v anglosaském právu sváří a jdou jasně proti sobě. Přitom k oběma teoriím se kontinentální právo staví zdrženlivě až odmítavě, byť jen u té druhé z tendencí (*punitive damages*) se to děje výslovně, zatímco efektivní porušení práva se pod jiným hávem implicitně akceptuje.³⁶

V USA jde jedněm (zastáncům *efficient breach*) o efektivnost *díky porušení* práva, jiným (propagátorům *punitive/multiple damages*) zase o to, aby se protiprávnost *zaručeně nevyplatila* a aby porušitel nemohl reálně kalkulovat s protiprávní efektivností. Tzv. násobná náhrada škody je totiž projevem hypertrofované soukromoprávní zásady, že se nesmí nikomu vyplatit protiprávní jednání.³⁷

³¹ Tak MARKOVITS, D., SCHWARTZ, A. The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest. *Virginia Law Review*. 2011, roč. 97, s. 1943, 2007–2008.

³² Srov. MACNEIL, I. R. Efficient Breach Theory of Contract: Circles in the Sky. *Virginia Law Review*. 1982, roč. 68, č. 5, s. 969. DOI: <https://doi.org/10.2307/1072886>. „Zásadovost“ tohoto přístupu je poněkud přepjatá. Někdy se totiž umělá orientace na potřeby věřitele z daného obchodu může projevit kontraproduktivně, protože i věřitel na tom může být v důsledku porušení právní povinnosti lépe než při jejím respektování (nebo alespoň nikoliv hůře) a celkově se porušení práva projeví jako efektivní.

³³ Ta vychází z pevných zásad. Je opakem utilitarismu a konsekencialismu, hodnotících (ne)správnost jednání až podle jeho důsledků. Dobrý výsledek je pro deontologickou etiku irrelevantní, pokud se jej dosáhlo nesprávně, tedy zejm. nerespektováním práv, povinností a autonomie.

³⁴ Pro ni je důležitější ctnostná a charakterní jednání člověka doslova bez ohledu na následky. To může evokovat až nábožensky zaujatou věrnost příkázáním, jejichž splnění bude nakonec posuzovat nadpozemská vyšší autorita; takže i věrnost ctnostem může být konečnou jakousi „terminálně zúčtovatelnou hodnotou“ a její porušení se může zvažovat podobně jako porušení právního závazku. Právo má však poněkud přízemnější úkoly a připouští i zahrnutí ekonomické analýzy do hodnocení následků protiprávnosti a stanovení „ceny“ za porušení práva a její kompenzace.

³⁵ Srov. KATZ, op. cit., s. 777. Právo ovšem pokládám mj. za nástroj ke schůdnému a operativnímu řešení zájmových konfliktů a nedá se proto zaměňovat s nástrojem všeobecné výchovy k rigidně pojímané ctnosti. Ona se skutečně dá snaha o efektivitu považovat za hodnotu prosazovanou soukromým právem, nebo třeba i za „ctnost“. Hodnota *komplexně* pojaté efektivnosti obchodní transakce by v soukromém právu neměla ustoupit fundamentalisticky pojaté ctnosti „věrnosti slibu“ jen proto, že tuto ctnost někdo považuje málem za „boží příkázání“. Jak jsme již několikrát ukázali na příkladech, naše právo tento vypjatý přístup nezastává a preferuje efektivní řešení právního vztahu před „svátostí“ slibu.

³⁶ Kritika obou konceptů však nezaznívá jen z Evropy. Tvrdí se, že jen málo ekonomicky zaměřených vědců brání dnes teorii efektivního porušení práva – srov. KLASS, 2014, op. cit., s. 362.

³⁷ Srov. BEJČEK, J. Násobná a sankční náhrada škody. *Právní rozhledy*. 2021, č. 10, s. 343–348. Článek byl připraven pro zrušené XXVIII. Karlovarské právnícké dny 2020.

Násobná ani sankční náhrada škody není podle převažující části doktríny a podle judikatury v souladu nejen s právní úpravou, ale ani s hospodářským účelem a s právně politickými cíli soukromého práva. To se dá ale v omezené míře (dané zejména možností identifikovat a kompenzovat všechny důsledky porušení) konstatovat i o tzv. efektivním porušení práva, které je přitom na opačné straně motivačního spektra; k porušení smlouvy pod vidinou efektivnosti *pobízí*, zatímco tzv. násobná náhrada škody od porušení práva *odrazuje* pod hrozbou násobné náhrady škody, která ničí vidinu případné efektivnosti založené na porušení práva.

2 Princip *pacta sunt servanda* a jeho vyvažovací potenciál

Povinné dodržování smluv ve smyslu nejen snahy o jejich *plnění*, ale především o jejich *splnění*, se pokládá za jednu ze stěžejních opor soukromého práva.³⁸ Smlouva je totiž charakterizovatelná jako *lex contractus* a představuje autonomní právo mezi stranami se „silou zákona“.³⁹

Český občanský zákoník obsahuje v demonstrativním výčtu zásad v § 3 odst. 2 písm. d) mj. konstatování, že smlouvy mají být dodržovány. Tuto intuitivní a deklaratorní samozřejmost přirozenoprávního typu⁴⁰ (proč by se ostatně smlouvy jinak vůbec asi uzavíraly?) zákon normuje výslovně. Domnívám se, že je to možná projev opatrné snahy dostat pozitivistické maximě, aby se i v případě zásad rozhodovalo podle zákona, a nikoliv podle extralegálních standardů na základě libovůle soudce. Demonstruje se tím, že právní normy nemohou v právním systému platit, pokud nejsou explicitně formulovány ve státě uznaném pramenu práva.⁴¹ Jenže když je princip formulován příkladmo a/nebo velmi obecně (což ostatně u principu ani jinak nejde), jde vlastně o výslovné uvedení, ale více či méně implicitní (spíše „více“), protože takový princip zahrne doslova kdeco.⁴²

³⁸ V bodu 37 nálezu Ústavního soudu ze dne 8. 7. 2010, sp. zn. II. ÚS 3292/09, se konstatuje, že „soukromé právo obecně je založeno na stěžejní zásadě autonomie vůle a zásadě *pacta sunt servanda*. Zásada, že smlouvy mají být dodržovány, bývá považována za nejvyšší zásadu právní, resp. za nejvyšší přirozenoprávní normu, od které je odvozeno veškeré právo (blíže např. KNAPP, V. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 84). Proto není-li zákonný důvod omezovat zásadu autonomie vůle a zásadu *pacta sunt servanda*, pak je třeba primárně vykládat zákonná ustanovení ve prospěch těchto zásad.“

³⁹ Tak MELZER, F., TÉGL, P. In: MELZER, F., TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník. Velký komentář. § 1–117. Svazek I*. Praha: Leges, 2013, s. 85.

⁴⁰ Srov. JANOUŠEK, M. In: PETROV, J., VÝTISK, M., BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník, Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2019, s. 27.

⁴¹ Jak konstatuje ONDŘEJEK, P. *Koncepce práva jako systému*. Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 132.

⁴² Tak se například akceptuje i zdánlivě skandální tvrzení Habermase, že morální principy jsou vtěleny „do neutrálního jazyka práva“ a že jejich použitelnost se neomezuje jen na případy, kde jsou tyto principy vyjádřeny ve formálních pramenech práva (KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 381). Autor to komentuje útechou pro příznivce legalistických metod, že to výkladové nepohodlí se dá překonat rekurzem na vysoce neurčité ústavní pojmy typu právního státu [nebo třeba všemocné kouzelné hůlky „práva na spravedlivý proces“ – pozn. aut.], z nichž lze aplikaci extralegálního standardu „vyvodit“ [ty uvozovky jsou poněkud cynické, ale i realistické, jak to ostatně u cynismu často bývá. Vše zahrnující a všespásný „princip“ právního státu může být opravdu mocným „zaklínadlem“ používaným především v nejvyšších patrech soudní soustavy – pozn. aut.]

2.1 Ekonomická výhodnost porušení smlouvy, jež se má zásadně splnit

Smlouvy se ovšem nemusí (a někdy ani nemohou) dodržovat bezvýjimečně. Strany si především mohou samy „nedotknutelnost“ smlouvy změkčit (pak hodnota autonomie stran převáží); příkaz dodržovat smlouvu prolamují i korektivy obsahové správnosti smluv apod. Uvedené ustanovení § 3 odst. 2 písm. d) OZ závaznost smlouvy vyjadřuje, ale určité nikoliv jako *sacrosanctum*, ale jako hodnotu, jež se musí vyvažovat s jinými. Jde tedy spíše o princip, jež nezakotvuje přímo aplikovatelnou právní povinnost, ale poměřuje se s jinými potenciálně konkurenčními principy, jimž může ustoupit, jako je např. ochrana slabší strany.⁴⁵

Princip je charakteristický svou schopností poměřování v kolizi s principy jinými a svým aproximativním (a nikoliv absolutním) charakterem, jež je důležitý nejen pro normotvorbu, ale i pro interpretaci práva. Konstatuje se,⁴⁴ že na rozdíl od právních pravidel⁴⁵ platnost principu není binární. V případě kolize principů se stává rozhodujícím (a převáží tedy) ten důležitější, aniž by ten princip méně důležitý ztratil platnost. V jiné konstelaci může převážet třeba zase on. Princip je v jusnaturalistickém pojetí standardem chování, který se má dodržovat nikoli proto, že to pomůže dosáhnout nějaké ekonomické, politické nebo sociální situace, která se považuje za žádoucí, ale proto, že to vyžaduje spravedlnost, slušnost nebo nějaká jiná dimenze morálky.⁴⁶

V kontinentálním právu se princip závaznosti smluv zásadně nepoměřuje protihodnotou ekonomické výhodnosti jejího porušení. Výjimky se však připouštějí. Tzv. ekonomická nemožnost plnění nezabývá povinného zásadně jeho povinností.⁴⁷ Skutečnost, že je plnění pro stranu nevýhodné, neprolamuje zásadu *pacta sunt servanda*.⁴⁸ Zdá se tedy, že se naše právo staví k tzv. efektivnímu porušení práva spíše nepříznivě, ale že je přitom výjimečně přípouští. Při porušení smluvního závazku předvídaném zákonem se jedná o způsob realizace

⁴³ Srov. PELIKÁNOVÁ, I., PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., FIALA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář, sv. I*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 29.

⁴⁴ HOLLÄNDER, P. Zásada proporcionality: jednosměrná ulica alebo hermeneutický kruh? *Justičná akadémia SR* [online]. 2021, s. 3. [cit. 14. 2. 2023]. Dostupné z: https://ja-sr.sk/sites/default/files/2021-04/Zasada_proporcionality.pdf

⁴⁵ Někteří autoři považují i principy právní za právní pravidla, vedle právních norem. Blíže k této diskusi srov. BEJČEK, J. Nezásadní úvaha o zásadách práva. In: RONOVSÁ, K., HAVEL, B., LAVICKÝ, P. a kol. (eds.). *Pacta prof. Janu Hurdíkovi k 70. narozeninám*. Brno: MU, 2021, s. 27 a násl.

⁴⁶ DWORKIN, R. M. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenh, 2001, s. 44.

⁴⁷ Srov. § 2006 OZ.

⁴⁸ Srov. usnesení Ústavního soudu ze dne 8. 12. 2011, sp. zn. I. ÚS 3168/11, v jehož bodu 15 se konstatuje, že uzavřením smlouvy vznikla zavázané straně povinnost tuto smlouvu plnit a dodržovat (*pacta sunt servanda*), a to i tehdy, stalo-li se plnění pro ni následně nevýhodným. Výjimky z tohoto principu představují např. následná nemožnost plnění, fixní závazky, mimořádná změna okolností a tzv. *hardship* či soudní zvýšení ceny díla nebo zrušení smlouvy, vyšší moc, nepoctivost, nátlak, neúměrné zkrácení, odstoupení od smlouvy pro podstatné porušení povinnosti nebo při skrytých překážkách při provádění díla, tzv. šňorovací smlouvy apod. Může jít i o tzv. *praktickou nemožnost plnění*, tedy plnění, jež je sice technicky možné, ale bylo by neefektivní a neúčelné. V českém právu není praktická nemožnost plnění výslovně upravena, ale pokládá se za vhodné dovodit ji výkladově u zřejmých „nesmyslných“ plnění, např. u neodstranitelných vad nebo u osobní (morální, psychické) nemožnosti plnění. Uvažuje tak ŠILHÁN, J. v dosud nepublikovaném rukopisu 2. vydání Komentáře k občanskému zákoníku V. (HULMÁK, M. a kol., Praha: C. H. Beck, komentář k § 2006).

práva v souladu s požadavky zákona, které se mohou lišit ve smlouvách spotřebitelských a ve smlouvách obchodních.⁴⁹

Ponechud fundamentalistická, rigorózní a prakticky neschůdná je pozice, že slib je „svatý“ a že je třeba jej dodržovat za každou cenu (v parafrázi na známou maximu dodržení zákona i za cenu zkázy světa by se dalo zvolat „*fiat promissio, pereat mundus*“). Nedává smysl mechanisticky lpět na dodržování slibů, ale je také důležité, aby šlo o sliby správného *druhu*, ev. aby se v určitých situacích a za daných okolností *nedávaly sliby* vůbec, nebo sice ano, ale za *strukturovaných* a dostatečně určitých *výhrad a podmínek*, které strana přijímající slib musí brát v úvahu, takže při nesplnění podmíněného slibu při naplnění těchto podmínek vlastně o porušení slibu ani nejde.

Podle zastánců ekonomické analýzy práva jsou tím správným druhem slibů ty, jež napomáhají maximalizovat směnnou hodnotu, a nesprávné jsou ty, které směnnou hodnotu snižují. Podle „etiků ctností“ jsou správné sliby rozvíjející dobrý morální charakter nebo prosperující vztahy, zatímco sliby působící protichůdně správné nejsou.⁵⁰

2.2 Pragmatický přístup k dilematu mravní závaznosti slibu a ekonomické výhodnosti jeho porušení

Smluvní soukromé právo (a tím spíše právo obchodní) není mravně vzdělávací institucí, ale především pragmatickým nástrojem podpory hladkého chodu podnikání a obchodu

⁴⁹ Srov. též Nařízení Evropského parlamentu a Rady z 11. 10. 2011, KOM (2011) 635, o společné evropské právní úpravě prodeje (CESL). To obsahuje mj. úpravu ospravedlněného neplnění povinnosti (čl. 88) a změny okolností (čl. 89, *hardship*). Předpis ctí závaznost smluv, a přitom bere ohled na změnu okolností. Stane-li se plnění nepřiměřeně obtížným vzhledem k výjimečné změně okolností, strany mají povinnost zahájit jednání o pozměnění nebo ukončení smlouvy. Až pokud nedosáhnou dohody ve lhůtě (což může být i dost nákladné), mohou se obrátit na soud.

O *právu* na jednostranné porušení se v textu CESL nic výslovně nepíše, byť je samozřejmě možná situace, kdy nesplnění povinnosti – kvůli nepředvídatelné, nekontrolovatelné a neodstranitelné překážce – může být *efektivnější* nežli lpět na splnění „za každou cenu“. A ani se za výjimečnou změnu okolností (implicitně) nepokládá *efektivnější* výsledek porušení smlouvy pro jednu ze stran.

V čl. 100/3 se konstatuje, že kupující nemůže vyžadovat plnění nemožné nebo nezákonné, nebo pokud by břemeno plnění (*burden of performance*) nebo náklady související s poskytnutím plnění byly nepřiměřené vzhledem k *užitku*, který by kupující plněním získal. Nabízí se asociace s onou „praktickou nemožností plnění“. Proto se CESL podle některých autorů pokládá za důkaz akceptace doktríny efektivního porušení smlouvy (srov. LIAO, W. Efficient Breach in the Common European Sales Law. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. 2014, roč. 41, č. 2, s. 359 a násl.

Kupní smlouva může v tomto režimu připouštět svoje efektivní porušení, pokud nepředvídatelné okolnosti zvyšují náklady prodávajícího na plnění nebo snižují užitek, který prodávající může získat jako protihodnotu. Porovnávají se tedy náklady a přínosy spojené se splněním a na druhé straně s nesplněním. Za „*efektivně porušenou*“ se smlouva považuje, stane-li se plnění nemožným nebo je nadměrně nákladné. Nicméně CESL nezmiňuje situace, kdy je neplnění motivováno vyšším užitekem ze smlouvy s třetí osobou (tedy tzv. efektivní porušení smlouvy z důvodu vyššího zisku). I když jiný kupující nabídne mnohem vyšší cenu nežli původní kupující, zůstává povinnost prodávajícího splnit svůj závazek k původnímu kupujícímu nedotčena. Prodávající je obecně povinen plnit a prodávající má právo na konkrétní plnění i v případě, že existuje lukrativnější možnost nabídnutá třetí stranou (srov. op. cit., s. 378).

⁵⁰ Podobně KATZ, op. cit., s. 798. Ony vzývané prosperující vztahy (*flourishing relationships*) podle „etiků ctností“ Katze však nemusí mít vůbec daleko k maximalizaci směnné hodnoty podle ekonomické analýzy práva, která dokáže prosperitu (efektivnost) hodnotit i z dlouhodobějšího hlediska. Dilema slibu a efektivnosti se tak může zdát zbytečně vyostřené, zdánlivé, nebo dokonce umělé.

a nástrojem ke zvýšení právní jistoty účastníků. Proto dilema mravní závaznosti slibu a právní možnosti porušit smlouvu řeší pragmaticky. Usnadňuje uzavírání *některých* smluv a ztěžuje uzavírání *jinych*; podobně v závislosti na okolnostech daných zákonem a/nebo na podmínkách sjednaných ve smlouvě usnadňuje, ztěžuje nebo vylučuje stranám *vyvázat se* ze smluvního slibu.

O smluvní právo se tedy musejí zajímat jak fundamentalisté lpící hlavně na dodržování slibů, tak i pragmatici se zájmem hlavně o obsah slibů.⁵¹ Umělé dilema lze překonat a vyhnout se jeho řešení. Tzv. efektivnímu porušení práva *de facto* je totiž možno se přiblížit i přesto, že je kontinentální právo explicitně nepřipouští. Cestou může být sjednání sofistikovaně nastavených exitových (resp. modifikačních) klauzulí ve smlouvě.

Kvazimorální dilema mezi závazností slibu a ekonomicky lákavým porušením právního závazku, jenž na slibu spočívá, lze tedy vyřešit či aspoň zmírnit vhodnými smluvními konstrukcemi; smlouvy by měly obsahovat výslovnou podmínku zakládající možnost odstoupit od smlouvy a zaplatit odpovídající škodu (sjednané odstupné podle našeho práva). Sporná implicitní právní možnost se tím změní na explicitní smluvní možnost. Morální napětí se tím odstraní a lidé mohou pocítovat odstoupení od smlouvy jako morálně přípustné plnění svého slibu, daného druhé straně s podmínkou opce odstoupení, a nikoliv jako morálně zakázané porušení smlouvy. Tak by se odstranila i asymetrie v přístupu lidí a korporací k tzv. efektivnímu porušení.

Experimentální studie ukazují účinnost takové klauzule při snižování asymetrie mezi jednotlivci a korporacemi. Potvrzují, že lidé mnohem pravděpodobněji uplatní smluvní doložku o ukončení smlouvy včetně sjednaného „odstupného“ (již chápou jako realizaci práva), než by porušili smlouvu, a to i v případě, že ekonomické důsledky jsou stejné.⁵²

Empirické průzkumy dokázaly, že *lidé* mají sklon pokládat porušení smlouvy za morálně špatné; smlouva je pro ně prostě slibem, který nelze jen tak porušit, a to bez ohledu na případné finanční ztráty.⁵³ To je odlišný postoj v porovnání s přístupem velkých *korporací* coby profesionálních a sofistikovaných smluvních stran. Ty nemají námitky proti porušování smluv a placení náhrady škody, pokud je to v jejich vlastním zájmu. Rozdíly v morálních postojích a rozdílná sensitivita k tomuto druhu motivace u lidí a u korporací vedou k neefektivním výsledkům a nespravedlivému rozdělování.

3 Efektivní porušení objektivního práva?

Zatím jsme se zabývali především efektivním porušením práva vznikuvšího na základě smlouvy, tedy právního jednání. Ekonomicky „efektivně“ se dají porušit samozřejmě také povinnosti stanovené *právními normami*. Otázkou je, zda se efektivní porušení smlouvy a efektivní porušení zákona liší.

⁵¹ Srov. KATZ, op. cit.

⁵² Ibid., s. 885, 938.

⁵³ Tak např. miliony majitelů domů v USA odmítly porušit své hypoteční smlouvy v době hypoteční krize, ačkoli jim to bývalo mohlo ušetřit desítky nebo dokonce stovky tisíc dolarů. Morální zábrany vedly majitele domů k tomu, že se vzdali příležitosti smlouvy „účinně porušit“, kterých by se chopily firmy, čímž by ještě zhoršily již tak rostoucí majetkové nerovnosti. Srov. SELIGMAN, 2019, op. cit., s. 887, 938.

Domnívám se, že ano. Smlouva obsahuje dva či více dobrovolných slibů splnění; frustrace způsobená porušením smluvní povinnosti jednou stranou se kompenzuje poskytnutím náhradního odškodnění, takže celkově je situace ekonomicky výhodnější buď pro všechny zúčastněné (nikdo na tom není hůř než před porušením smlouvy podle *Paretova optima*), nebo je na tom lépe jen někdo, ale zhoršené postavení těch ostatních se umožňuje dostatečně kompenzovat (*Kaldor-Hicksovo optimum*).

3.1 Rozdíl mezi věrností slibu a „věrností zákonu“

U porušení *zákonného* zákazu či příkazu nestojí však proti sobě závaznost vzájemných slibů jako u smlouvy, ale jde o povinné respektování mocensky (státem) stanovené povinnosti. Povinnost zákonnosti plyne jaksi přirozeně z podřízeného postavení subjektu vůči normotvornému státu. Porušení zákonné povinnosti v sobě zdánlivě neobsahuje morální dilema jako u porušení mravní povinnosti dodržet smluvní slib, protože porušitel zákonné povinnosti ji na sebe nepřevzal dobrovolně, nýbrž mu byla normativně uložena, typicky pod hrozbou sankce v případě porušení. To by mohlo motivovat k volnějšímu nakládání s plněním takto vnucené povinnosti.

Může to však být složitější. Podobně jako když smluvní strany uzavírají nutně jen tzv. nedokonalý kontrakt, tak ani při jakékoliv jiné mimosmluvní činnosti (typicky podnikatelské) nikdo nemůže kvůli nedokonalé informovanosti předpokládat všechny budoucí okolnosti, takže při jejich podstatné změně může mít nutkání porušit zákonné pravidlo (ať už veřejnoprávní či soukromoprávní) proto, že to pro něj bude efektivní. Motivem může být (podobně jako u porušení smlouvy) snaha o zvýšení zisku nebo o odvrácení či snížení ztráty.

Nepřichází tu však v úvahu analogie zdůvodnění nevěrnosti smluvnímu slibu nedokonalostí smlouvy; že totiž porušení je implicitně v souladu s vůlí stran (neboť by si něco takového bývaly sjednaly, kdyby o těchto okolnostech při kontraktaci bývaly věděly).⁵⁴ Tou druhou „stranou“ je tu totiž normotvůrce (stát) a ten (nikoli implicitně ale explicitně) porušení normy vylučuje (pokud sám nestanoví zákonné výjimky, opatření proti tvrdosti apod.) a sankcionuje je. Tím dává stát jednoznačně najevo, že s porušením zákonné povinnosti nesouhlasí a že se s ním o tom „neobchoduje“ a že zaplacení sankce není „cenou“ za jeho souhlas s porušením zákonné povinnosti. To je zřejmé i z toho, že zaplacením sankce se zakázané jednání (typicky u veřejnoprávní regulace) nelegitimizuje a že se jím porušitel „nevypouští“, ale že zákaz stále trvá, a naopak se dalšími sankcemi v řadě případů opakovaně vynucuje.

Sporné je i analogické použití argumentu, že zaplacení sankce při porušení zákonného zákazu či příkazu „zhojí“ rozpor s pravidly morálky, protože se za porušení přece „zaplatilo“, čímž se nerovnováha obnovila. Veřejnoprávní sankce není „výkupné“ ani „odpuštění“ za strpění protiprávnosti. Je to naopak nástroj prevence, resp. represe s preventivním cílem. Nicméně by bylo přepjaté a nerealistické pokládat vrchnostensky externě vnucenou právní povinnost k dodržování zákonů současně jako vnitřní morální povinnost tak činit za všech okolností a za každou cenu (každý z nás se občas dopustí přestupku typu přecházení mimo přechod na prázdné ulici a zhodnotí si rozumně efektivnost porušení v porovnání s pravděpodobností a výší případné sankce).

⁵⁴ Podle analogie s argumentem S. Shavella in SCHAVELL, 2009, op. cit.

3.2 Zprostředkovaná věrnost zákonu

Povinnost respektovat právní řád se přitom nejen mocensky vnucuje, ale v řadě případů ji na sebe ve specifických podobách přece zcela dobrovolně bere každý, kdo se (jmenováním, volbou nebo třeba i na základě smlouvy) dostane do postavení, s nímž zákon spojuje jisté specifické právní povinnosti. Běžně se hovoří o povinnosti dbát zákonů či o loajalitě k zákonům třeba v korporátním právu.⁵⁵

Legalitu právnické osoby při jejím založení vyžaduje zákon kogentním ustanovením § 145 OZ. V něm se zakazuje založit právnickou osobu, jejímž účelem [nikoliv nutně účelem subjektivně pocitovaným a od počátku chtěným a záměrným – pozn. aut.] je porušení práva „zřejmě práva objektivního, tedy nikoliv třeba jen povinnosti ze smlouvy – pozn. aut.] nebo dosažení nějakého cíle [tedy zřejmě cíle jakéhokoliv, třeba i korporátně přínosného – pozn. aut.] nezákonným způsobem.

Zakazuje-li zákon vznik společnosti s protizákonným cílem či účelem, z principu bezroznosti právního řádu vyplývá,⁵⁶ že nemůže dopustit ani protizákonné jednání společnosti, která vznikla bez takového záměru, a to třeba jen proto, že takové jednání je pro společnost výhodné. Zákonodárce jistě nechce vyjádřit, že mu záleží jen na tom, aby právnická osoba nebyla pouze *založena* s protizákonným účelem, ale že na vlastní případnou protizákonnou činnost právnické osoby *po* jejím korektním založení *rezignuje*. Režim nezákonnosti při vzniku společnosti a po něm je samozřejmě odlišný a pozdější nezákonná činnost korporace se postihuje s různou intenzitou, včetně sankcí existenčních. To však nic nemění na presumpci zákonnosti; naopak ji to potvrzuje.

Praktickému problému mohou nezdědky čelit členové statutárních orgánů korporací, ocitnuvší se v rozhodovacím dilematu (nebo přinejmenším v rozhodovacím napětí) volby mezi (na jedné straně) *zákonným* standardem povinnosti péče řádného hospodáře, zahrnujícím mj. obecnou povinnost legality, a (na druhé straně) požadavkem jednat loajálně v zájmu korporace. Tyto dva zákonné požadavky si nekonkurují a neposkytují rozhodovací „opci“, protože jsou hierarchické. To je rozdíl oproti (sice rovněž zákonnému) požadavku na dodržování *smluv*, který však lze za jistých podmínek podřídit korporátnímu prospěchu, a přitom snášet zákonem předvídané následky pro porušitele a ve prospěch strany postižené porušením smlouvy.

Příkaz legality se neukládá členovi statutárního orgánu v zájmu právnické osoby, ale na její úkor a přenáší externí právní (zákonné) povinnosti uložené právnické osobě do vnitřního

⁵⁵ Tak ani v německém právu není sice povinnost zákonnosti pro člena statutárního orgánu (*Legalitätspflicht*) výslovně upravena, ale běžně se soudně prosazuje, a i doktrinálně se většinově přijímá. To platí i v případech, kdy by statutární orgán zákon porušil v zájmu společnosti, ať už objektivně či subjektivně pojímaném (tzv. užitečné porušení povinnosti, *nützliche Pflichtverletzung* – srov. KLEINDIEK, D. In: LUTTER, M., HOMMELHOFF, P. *GmbH – Gesetz, Kommentar*. 19. vyd. Köln: Otto Schmidt, 2016, s. 1135). Hovoří se někdy též o „lukrativním deliktu“ – srov. FLÍDR, J. Příkaz legality a náhrada majetkové újmy způsobené lukrativním deliktem člena statutárního orgánu. In: KOTÁSEK, J., ŠPAČKOVÁ, M. (eds.). *Pocta prof. Josefu Bejčkovi ke 70. narozeninám*. Brno: MU, 2022, s. 275 a násl. DOI: <https://doi.org/10.5817/CZ.MUNI.P280-0094-2022-13>. Analogií této povinnosti dodržovat objektivní právo je v anglosaských právních řádech povinnost *compliance*.

⁵⁶ Podobně PELIKÁN, R. Povinnost zákonnosti a teorie právnických osob. In: *Pocta prof. Janu Hurdíkovi ke 70. narozeninám*. Brno: MU, 2021, s. 375.

vztahu mezi právní osobou a členem statutárního orgánu; porušení externí právní povinnosti znamená současně porušení náležité péče ve vnitřním vztahu.⁵⁷

Zákonný příkaz korporátní loajality člena orgánu nemůže znamenat povinnost jednat proti zákonu, zakazujícímu společnosti protizákonné jednání a ukládajícímu členu orgánu korporace v rámci péče řádného hospodáře mj. povinnost jednat v *obhajitelném* zájmu korporace. Rozpor s objektivním právem nelze z povahy věci vyložit jako *objektivně* obhajitelný korporátní zájem.⁵⁸ Ocitne-li se korporátní loajalita (povinnost hájit zájem právnícké osoby) v rozporu s poslušností k zákonu, lze dovést povinnost vyšší loajality k zákonu.⁵⁹

Smlouva také může odkazovat na zákon nebo zákonný příkaz či může zákaz pouze opakovat. V nesčetných případech, byť smlouva samotná na první pohled žádný zákonný zákaz či příkaz neobsahuje, „vtahuje“ do sebe pouhým svým mlčením dispozitivní zákonné regulace, které jsou v takovém případě stejně závazné jako ty kogentní, a nelze je jednostranně (třeba pro ekonomickou efektivnost) porušovat. Takže v takových případech znamená vlastně porušení „pouhé“ smlouvy i porušení zákona v jakémisi „jednočinném souběhu“.

Pokud však stanovuje korporaci nějaké soukromoprávní povinnosti *originárně* smlouva, má člen statutárního orgánu přece jen prostor pro zvážení konfliktu mezi takovou povinností a zájmy společnosti. Bezpodmínečná priorita povinnosti *zákonnosti* neplatí u *smluvně* založených závazků a u smluvně založených povinností ze zákonných závazkových vztahů.⁶⁰ Způsobí-li tedy jednatel své společnosti škodu porušením smlouvy, nemusí tím ještě jednat jakožto jednatel protiprávně *per se*.

4 Standard péče řádného hospodáře a efektivní porušení právní normy

Loajalita k vlastní korporaci (snaha o ochranu a podporu zájmu korporace) může člena statutárního orgánu svést nejen k protiprávnosti *protismluvní* (tedy ve vztahu k jinému soukromoprávnímu subjektu), ale též na scesti protiprávnosti *protizákonné*, tedy vůči právnímu řádu. Výše zmíněný konflikt dvou konformit či loajalit (povinnosti korporátní loajality s povinností loajality k zákonu, tedy příkazem legality) může svádět ke krátkodobě ekonomicky výhodnějšímu příklonu ke korporátní loajalitě.⁶¹ Zákonné zakazy či příkazy kogentního charakteru však vůbec žádný legitimní rozhodovací prostor k odchýlnému jednání neposkytují, i kdyby to bylo pro obchodní korporaci jakkoliv výhodné.

⁵⁷ Tak FLÍDR, op. cit., s. 279, s odkazem na HOLLE, P. H. Na komentář mimořádně rozsáhlého odborného diskursu a judikatury o konkrétní náplni standardu péče řádného hospodáře v tomto obecněji laděném pojednání nezbývá prostor.

⁵⁸ Srov. § 51 odst. 1 ZOK. Jinými slovy to vyjadřuje R. Pelikán in PELIKÁN, 2021, op. cit., s. 380 a násl.

⁵⁹ Srov. BEJČEK, J. Úvaha o korporátních a statutárních závoji. In: ČERNÁ, S., ČECH, P. (eds.). *Pocta Ivaně Šteglorvé k sedmdesátým narozeninám. Právo společností – oblédnutí za dvěma desetiletími účinnosti obchodního zákoníku*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 14.

⁶⁰ KLEINDIEK, D. In: *ibid.*, s odkazem na H. Fleischera.

⁶¹ O nezbytnosti jakéhokoliv přívlastku k pojmu korporátní loajality (včetně adjektiva „nezbytná“) se sice pochybuje; nikoliv však většinou o tom, že (bez ohledu na případný přívlastek) nemůže korporátní loajalita vybočit ze zákonných mezí. Srov. JOSKOVÁ, L. Co rozumět nezbytnou loajalitou? In: KOTÁSEK, ŠPAČKOVÁ, 2022, op. cit., s. 291 a násl. DOI: <https://doi.org/10.5817/CZ.MUNI.P280-0094-2022-14>

Rizikovost je přirozenou doprovodnou charakteristikou obchodní činnosti, a proto není možné hnát k odpovědnosti člena orgánu za jakýkoliv nepříznivý *výsledek* jeho rozhodnutí, ale jen za výsledek přinejmenším spoluzpůsobený porušením standardu péče řádného hospodáře v rozhodovacím *procesu*. Pravidla řádného podnikatelského úsudku,⁶² zbavující za jistých podmínek člena orgánu odpovědnosti za škodlivý *výsledek*, možnost porušit *zákon* nezahrnují.

4.1 Obhajitelné limity „obhajitelnosti zájmu korporace“

Obhajitelný zájem korporace podle § 51 odst. 1 ZOK není možno redukovat na pouhou výhodnost pro korporaci, protože by to znamenalo postavit soukromoprávní zájem korporace do konfliktu s širším (veřejným) zájmem vyjádřeným a chráněným zákonem a jakési „zrovnooprávnění“ těchto zájmů jejich postavením na stejnou úroveň; možnost volby v takové situaci by se rovnala selektivní, účelové a „dobrovolné“ zákonnosti, a tedy vlastně *nezákonnosti* zdůvodněné pouhou výhodností pro korporaci. To je absurdní důsledek a orgány veřejné moci jej v právním státě nemohou připustit.

Analogická pragmatická úvaha a poměřování veřejného zájmu chráněného zákonem a soukromého zájmu korporace se však může objevit ve vnitřních korporátních vztazích. Člen orgánu, který při sledování nejlepšího zájmu korporace poruší zákon, prý může ale nemusí být odpovědný za porušení péče řádného hospodáře (tedy podle některých názorů a zatím menšinově). Efektivní porušení práva se pokládá za možné a „... *povinnost legality končí tam, kde dodržování práva přestává být pro korporaci výhodné.*“⁶³

Tlak na vtahování respektu k zákonu jakožto pouhé „proměnné“ do rozhodování členů orgánů míří vlastně na možnost svěřit členům orgánů diskreci o tom, zda dodržovat právní předpisy či nikoliv. Vedlo by to až k přípustnosti nezákonného rozhodnutí, pokud by bylo (byť jen potenciálně?) výhodné pro korporaci. Připomínalo by to pravidlo *business judgment rule* (podle § 51 odst. 1 ZOK), jež dekomponuje obecnou povinnost péče řádného hospodáře do dílčích kumulativních testů, které musí člen orgánu splnit. Jde o hledání kritérií, podle nichž by se nemusel respektovat zákon v „nejasné právní situaci“, pokud by to bylo pro korporaci výhodné. Zvažuje se tedy přípustnost samotného rizika protiprávnosti a předpokladů, za nichž by toto riziko člen orgánu směl podstoupit, aniž by to vedlo k jeho odpovědnosti za porušení povinnosti zákonnosti.⁶⁴

Rozlišovat se musí přinejmenším dvě skupiny situací. Rozhodující se subjekt může buď tápat v právní nejistotě o tom, jak se má podle práva zachovat, a rizikově se rozhodne pro některou

⁶² Srov. § 51 ZOK.

⁶³ Srov. FLOREŠ, M. Povinnost legality versus efektivní porušení práva. Může člen voleného orgánu v zájmu korporace porušit právo? *Právní rozhledy*. 2022, č. 1, s. 12. Autor tento přístup prohlašuje za „pokrokovější“, což je však spíše vyjádřením sympatie nežli objektivním hodnotícím měřítkem. Případná pocitová „protiváha“ v podobě nálepky, že jde spíše o přístup „anarchistický“, by byla srovnatelně relevantní. Různých proměnlivých „znamení pokroku“ jsme zažili, zažíváme a nepochybně zažijeme ještě mnoho.

⁶⁴ Vtipně se to zlehčuje jako *legal judgment rule* (ve zřejmé parafrázi na *business judgment rule*). Srov. VERSE, D. A. Organhaftung bei unklarer Rechtslage – Raum für eine Legal Judgment Rule? *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*. 2017, č. 2, s. 174 a násl., 179 a násl. DOI: <https://doi.org/10.1515/zgr-2017-0007>

z nejistých možností; nebo je právní situace jasná a jednoznačná, ale on se přesto rozhodne právo porušit, aby korporaci zjednal prospěch.

4.2 Právně nejasná situace

V nejasné právní situaci ve vnějším vztahu se uplatňuje hledisko, že takové riziko nelze připustit na úkor cizích práv a přesunout je na druhou stranu. Při nejasné situaci v oblasti trestněprávní a daňové se jednajícím osobám doporučuje nejen prostě dodržet platné právo, ale dbát pro jistotu i na značný „odstup“.⁶⁵ To je podstatný rozdíl mezi rozhodováním, při němž je nejistá jen *bospodářská* účelnost (a dají se použít hlediska řádného podnikatelského úsudku), a rozhodováním v *právně* nejisté situaci. Člen orgánu nemá proto mít v nejasné právní situaci ani z hlediska vnitřního korporátního posouzení svého postupu větší prostor, nežli mu poskytují příslušné veřejnoprávní předpisy. Nejasná právní situace ve vnějším vztahu by neměla zmírňovat hlediska posuzování postupu člena orgánu ve vztahu k vlastní korporaci; jinak by to hatilo prevenční funkci povinnosti legality.⁶⁶

Pokud se dá po pečlivém právním rozboru s velkou pravděpodobností očekávat, že soud bude jednání orgánu nakonec pokládat za *souladné se zákonem*, neměl by člen orgánu nést odpovědnost za jednání, jež pokládá oprávněně za výhodné, přestože právní pochybnosti úplně vyloučit nemůže. Jiná (obezřetnější či opatrnější) hlediska by se měla použít, mohou-li být ohroženy mimořádně důležité právní zájmy a hodnoty (život, zdraví). Pokud je naopak zdůvodněně a věrohodně pravděpodobnější, že u soudu zvítězí opačný názor a jednání se posoudí spíše jako *protiprávní*, je doporučené se takového jednání raději zdržet. Tento postup by měl člena orgánu ochránit před odpovědností vůči korporaci za porušení povinnosti zákonnosti, i kdyby se jeho jednání nakonec ukázalo jako protiprávní.

V právně nejasných situacích se vlastně rozhoduje ve dvou etapách:⁶⁷ nejprve se vymezí a zhodnotí právní situace a zjistí se, zda se zvažované opatření ještě pohybuje v oblasti, kde nehrozí odpovědnostní postih za porušení povinnosti legality. Postupuje se podle principu opatrnosti podobně jako ve veřejnoprávních otázkách a žádný prostor pro *business judgment rule* tu není. Teprve po zjištění, že nějaký „operační“ právní prostor existuje, lze v jeho rámci posuzovat různé možné varianty. To už probíhá podle hledisek účelnosti a v souladu s parametry *business judgment rule*.

Vzájemný vztah mezi povinností legality a podnikatelským uvážením se tedy nedá pokládat za *legal judgment rule*. Ten termín totiž vyvolává falešný dojem, že i při prvním kroku – při určování a posuzování práva – mají členové orgánu k dispozici podobnou míru volnosti a uvážení jako při posuzování ekonomické účelnosti rozhodnutí.

⁶⁵ ... *einen grossen Sicherheitsabstand*. Srov. VERSE, op. cit., s. 181, 183, 188.

⁶⁶ VERSE, op. cit., s. 185.

⁶⁷ Srov. VERSE, op. cit., s. 193.

4.3 Jasně protiprávní situace

Ekonomicky utilitární (a až právně cynický) přístup k právu jakožto překážce efektivního chování není u obchodních korporací žádnou zvláštností.⁶⁸ Ony totiž nezřídka velmi lehce obětují právní konformitu ekonomické výhodnosti. Z jejich pohledu jde o tzv. efektivní porušení práva, které pokládají za užitečné. Požadavek legality nejen vzniká, ale i jakékoliv činnosti právnické osoby však plyne z příkazu bezrozpornosti právního řádu.⁶⁹ Zajistit souladnost jednání právnických osob s právem musí především jejich statutární orgány, které váže mj. *zákonný* standard péče řádného hospodáře.

4.3.1 Princip legality a standard péče řádného hospodáře

V poslední době klíčí spor o to, zda tento povinnostní standard zahrnuje bezvýjimečně příkaz legality, nebo zda je flexibilnější a umožňuje i tzv. efektivní porušení *zákona*, jež by člena orgánu dokonce mohlo zprostit odpovědnosti vůči společnosti za případnou škodu způsobenou porušením práva, protože to porušení by mohlo být (či je) v zájmu obchodní korporace. Dále také proto, že prý zákonodárce určitou míru nezákonnosti v činnosti právnické osoby akceptuje a že zakázána je až jakási „nezákonnost kvalifikovaná“. Z diskrece statutárního orgánu není údajně vyloučena otázka, zda právo porušit či nikoliv, protože zájem na legalitě nemusí být imanentní součástí zájmu korporace.⁷⁰ Tato hodnotová východiska si zaslouží bližší argumentaci.

Sdílím názor,⁷¹ že povinnost péče řádného hospodáře je statusovou otázkou právnické osoby a že náplň tohoto standardu (včetně § 159 OZ a § 51 ZOK) je upravena kogentně

⁶⁸ Srov. SELIGMAN, op. cit., který konstatuje, že lidé mají sklon pokládat porušení smlouvy za morálně špatné; smlouva je pro ně smlouva slibem, který nelze porušit bez ohledu na finanční ztráty. Tyto sentimentální výčitky však nemají právnické osoby, neboť postrádají svědomí. Podobně PELIKÁN, op. cit., s. 371.

⁶⁹ Shodně PELIKÁN, op. cit. Odkazují na tam uvedené pozitivně právní argumenty ve prospěch povinnosti legality s drobnou formulační poznámkou, že se v našem právu podle mého názoru povinnost legality nikoliv „konstruuje“ ale spolehlivě se *dovozuje a nalézá* povinnost v něm obsažená. Výraz „konstruuje“ použitý R. Pelikánem totiž spíše navozuje dojem, jako bychom tuto povinnost museli nějak uměle vytvářet a jako by bez toho v právním řádu předtím obsažena nebyla – srov. PELIKÁN, op. cit., s. 383.

⁷⁰ Srov. FLOREŠ, op. cit., s. 7, 8, 10.

⁷¹ Novotná KRTOUŠOVÁ, L. Možnosti limitace odpovědnosti za jednání s péčí řádného hospodáře a vypořádání povinnosti k náhradě škody. *Soukromé právo*. 2020, č. 5, s. 18. I v rozhodnutí německého BGH ve věci *ISION* (BGH, 20. 09. 2011, II ZR 234/09) se potvrdilo, že představenstvo akciové společnosti má povinnost legality a musí dodržovat kogentní právní normy.

Recenzent tohoto článku nastoluje variantu, že společnost dá členovi orgánu předem pokyn k poškozujícímu jednání nebo je schváli. Absolutoria a podobné formy vynětí reprezentanta společnosti z odpovědnosti za případnou škodu neznamenaí nic jiného, než že jej společnost nebude k odpovědnosti volat. K tomu samozřejmě není ze zákona povinna (srov. též text k pozn. 91). To však neznamenaí, že principiální zákonná povinnost péče řádného hospodáře nebyla porušena (byť s „přivolením poškozujícího“). Mohlo by přitom jít třeba i o dramaticky sankcionovanou veřejnoprávní povinnost – škodu z porušení vzniklou by společnost snášela bez regresu vůči členovi orgánu. Vliv takového korporátního přivolení či návodu k protiprávnosti jednání člena orgánu by samozřejmě nesahal mimo korporaci. Pokud by jednání v rozporu se standardem péče řádného hospodáře porušilo veřejnoprávní povinnost, jednající osoba by se nemohla z výše uvedeným zdůvodněním domáhat zproštění odpovědnosti za veřejnoprávní delikt nebo zmírnění sankčních důsledků s poukazem na takové „polehčující okolnosti“.

ve smyslu § 1 odst. 2 OZ. Obhajitelný zájem korporace jakožto součást standardu péče řádného hospodáře nemůže v právním státě znamenat obhajitelnost nezákonnosti, byť třeba i „vyváženou“ soukromým prospěchem korporace. Nezákonnost účelu právnické osoby se přece nezakazuje při jejím *založení* podle § 145 OZ proto, aby se *pro forma* deklaroval sice účel zákonný, ale aby praktická *činnost* právnické osoby mohla potom být třeba i protizákonná. To by bylo naprosto absurdní; smysl úpravy přece není v tom, že se nezákonná *činnost* právnické osoby připouští, ale hlavně že se nezákonný účel nedeclaroval již při jejím *založení* a dále jako by na nějaké zákonnosti už tak nezáleželo, resp. že by se „jaksi *a contrario*“ nezákonnost pozdější mlčky připouštěla. Jediný právně-politicky a hodnotově konsistentní výklad je ten, že se nepřipouští založení právnické osoby s explicitním nezákonným *účelem*, ale že založení korporace se zákonným účelem samozřejmě nelegitimizuje pozdější nezákonný *postup* právnické osoby (tedy typicky ani člena statutárního orgánu).

4.3.2 Zákonná presumpce „jisté míry“ nezákonnosti?

Pokládám za vadný argument, že zákon nezapovídá jakoukoliv nezákonnost, protože § 145 OZ se musí vykládat ve spojení s 172 odst. 1 písm. c) OZ, jenž prý určitou míru nezákonnosti v činnosti právnické osoby akceptuje.⁷² Toto ustanovení totiž pouze zavádí možnost důrazné (existenční) sankce vůči takové právnické osobě, jež se chová „kvalifikovaně protiprávně“. Z toho přece nelze korektně dovodit, že jakési „běžné či rutinní nezákonnosti“ právnické osoby jsou vyloučeny za zákazu a že jsou (*a contrario* či *implicite*?) vlastně připuštěny. To je podle mě argumentační „krátké spojení“. Zákon přeci nemůže popírat sám sebe a povolovat či připouštět nezákonnost v činnosti právnických osob, kterou již „na vstupu“ (§ 145 OZ) nepřipouští.⁷³

Závěr, že české právo počítá s tím, že se zájem korporace může sledovat i s využitím protiprávních prostředků, nenarušuje-li se zároveň veřejný pořádek,⁷⁴ se zakládá jen na tom, že při takové intenzitě protiprávnosti má soud možnost krajního (a nikoliv právě pravděpodobného) opatření: totiž i bez návrhu právnickou osobu postihnout existenčně (zrušit ji s likvidací). Nic víc a nic méně. Stejnou zavádějící logiku by mělo evidentně absurdní konstatování, že povinnost zákonnosti je součástí standardu péče řádného hospodáře jen v případě, že v sázce bude samotná existence právnické osoby a odvrácení soudního zrušení s likvidací.

Z nesprávného závěru, že „je přípustné, aby se právnická osoba v určité míře dopouštěla porušování práva“, se vyvozuje další vadný sylogismus, že „nedává smysl, aby totéž bylo zapovězeno členům jejich (statutárních) orgánů, kteří utváří jejich vůli a jednají za ni“.⁷⁵

⁷² Tak FLOREŠ, op. cit., s. 8. V ustanovení § 172 odst. 1 písm. c) OZ se jen umožňuje soudu zrušit s likvidací i bez návrhu takovou právnickou osobu, jež vyvíjí nezákonnou činnost v takové míře, že to závažným způsobem narušuje veřejný pořádek.

⁷³ Řečeno metaforicky: to, že jen některé zločiny byly hrdelní, neznamenalo, že ty jiné snad zákon připouštěl. Jen je trestal jinak. Z toho, že sankce není přímo existenční, nelze přece dovozovat, že se to jednání nesankcionované přímo existenčně „vlastně tak trochu smí.“

⁷⁴ FLOREŠ, op. cit., s. 12.

⁷⁵ FLOREŠ, op. cit., s. 8.

Povinnost legality se většinou u nás i v zahraničí pokládá za důležitou či prvořadou součástí povinnosti péče řádného hospodáře.⁷⁶ M. Floreš kritizuje absenci přesvědčivého zdůvodnění povinnosti legality v její absolutní podobě, zatímco by se dalo čekat spíše přesvědčivé zdůvodnění opaku – proč by vlastně měl být základní pilíř právního státu – předpoklad dodržování zákonů všemi subjekty – narušován prosazováním dílčího soukromého zájmu?

Argumentuje se hlavně hodnotovým postojem z výše citovaného učení *law & economics*, že „manažeři by nejen mohli, ale že by přímo měli porušit pravidla, je-li to ziskové, protože mají sledovat zájem společnosti“, a nikoliv jiné externí zájmy; přejímá se tvrzení, že porušení práva na základě ekonomické úvahy (analýzy nákladů a výnosů) je nevyhnutelným aspektem života v moderním právním (regulatorním) státě. Přenositelné do českého právního prostředí mají být prý i závěry typu, že prý se „absolutní primát“ zákonnosti nad zájmem společnosti hroubí a že vnitřní povinnost legality končí tam, kde dodržování práva již není v zájmu korporace.⁷⁷

Porušení donucujících právních norem je sice *fakticky* možné, ale *právně* je zakázáno a spojeno se sankčními následky. Právo se přitom samozřejmě dá porušit různě závažným způsobem; tomu odpovídají svým důrazem i pravděpodobností svého uložení-i příslušné sankce; ta pravděpodobnost se dá navíc odhadnout a zakalkulovat do rizikového rozhodnutí, zda bude vhodnější respektovat či naopak porušit právo.⁷⁸ To však přece neznamená legalizaci či legitimizaci protiprávnosti, ale naopak jde o *utvrzení* požadavku legality, jejíž porušení se *opravdu* trestá.

4.3.3 Omezení principu legality jen na ochranu veřejného zájmu?

Přítakání převzatému názoru, že absolutní pojetí povinnosti legality – jakožto soukromoprávní povinnosti vůči korporaci – je v rozporu s podstatou soukromého práva, protože nesměruje k ochraně soukromého korporátního zájmu, ale k ochraně zájmu veřejného,⁷⁹

⁷⁶ V FLOREŠ, M., op. cit., se tyto názory na s. 8–9 pečlivě dokumentují odkazy na četné zahraniční zdroje a dovolují si na ni proto jen odkázat.

⁷⁷ FLOREŠ, M., op. cit., s. 9, 10, včetně odkazů na zdroje těchto stanovisek. Tyto „korporátně izolacionistické“ přístupy jsou obzvláště nápadné v dnešní době, jež korporace nutí pod dramatickými sankcemi do tzv. korporátní společenské odpovědnosti (CSR) či tzv. ekologicky udržitelné správy (ESG); že je tento agresivní trend regulatorního násilí na soukromých společnostech excesivní a ostře kritizovatelný, je ovšem jiná otázka, přesahující záběr tohoto příspěvku.

⁷⁸ Klasický je extrémně vyostřený příklad o pokutě uložené jednatelem za špatné zaparkování auta, jen díky němuž se stihlo důležité jednání a zabránilo se škodě pro společnost (ušlému zisku z ohroženého obchodu), nebo dokonce úpadku korporace. Prý nejde o porušení povinnosti péče řádného hospodáře. To není pravda – porušení to je, protože jde o *protiprávní* (přestupkové) jednání *společensky* nebezpečné a tato nebezpečnost se nepoměřuje užitečností pro nějakou korporaci. Představme si, že se stejnou korporátní motivací jednatel zběhale uhání autem ulicemi města na setkání s obchodním partnerem a bez ohledu na dopravní předpisy ohrožuje životy, zdraví a majetek nezúčastněných lidí, které by koneckonců také mohl „obětovat v zájmu korporace“.

Zaplatí-li pokutu jednatel sám, není co řešit. Platil-li z korporátních peněz, jde sice o škodu způsobenou korporací, ale při analýze nákladů a výnosů jde o cenu bagatelní, kterou společnost (po srovnání s odvrácenou ztrátou zisku či odvráceným úpadkem) jistě nebude po jednatelem vymáhat. To, že společnost nevyvádá náhradu takové škody po svém jednatelem, však přece neznamená, že jednatel neporušil právo.

⁷⁹ FLOREŠ, op. cit., s. 12.

je podle mého soudu zase v rozporu s pojetím práva jako vnitřně bezrozporného hodnotového a normativního systému a přeceňuje „megaodvětvovou“ dělbu práva soukromého a veřejného.⁸⁰

Omezení principu legality jen na situace s ohrožením *veřejného pořádku* (či veřejného zájmu) není podle mého názoru ničím odůvodněno a otevírá dveře arbitrární a relativistické (účelové) „korporátní pseudozákonosti“ (resp. „korpoanarchii“).⁸¹ Určitě nebude možné vykládat pojem veřejného pořádku tak disfunkčně, že by zahrnoval dodržování *jakýchkoliv* zákonů, ale na druhé straně je porušování kogentních zákonných norem ve zřejmém rozporu s nějakou společensky významnou a zákonem chráněnou hodnotou.⁸²

M. Floreš argumentuje ve prospěch relativizace principu legality také jedním ústavním náležením.⁸³ Jednalo se o případ okamžitého zrušení pracovního poměru zaměstnancům, kteří po předchozím upozornění zaměstnavateli (provozovateli ČOV) na protiprávnost jeho jednání a po bezvýsledné žádosti o nápravu oznámili zaměstnavatelovo chování státnímu orgánu ochrany životního prostředí. ÚS tehdy rozhodl ve prospěch stěžovatelů a okamžité zrušení pracovního poměru označil za protiústavní a neuznal oprávněnost jeho zdůvodnění zvláště hrubým porušením pracovní kázně (pracovněprávně zakotvené povinnosti mlčenlivosti zaměstnanců). Autor vidí ve vyvažování zájmů zaměstnavatele a zájmu veřejného důkaz o tom, že zájem veřejný nemá automaticky přednost před zájmem soukromým.

⁸⁰ Již F. WEYR (*Teorie práva*. Brno-Praha: Nakladatelství Orbis, 1936, s. 181) konstatuje neudržitelnost myšlenky, že norma může být stanovena buď v zájmu všech, nebo v zájmu jednotlivců, resp. za předpokladu rovnosti nebo nerovnosti subjektů. Právo a právní řád pokládá za „zjevy sociální“, stanovené vždy v zájmu pospolitosti. V právu a v právním řádu podle něj „již pojmově vězí prvek kolektivistický.“ Podobně E. SVOBODA (*Ideové základy občanského práva*. Praha: Vesmír, 1936, s. 40–43) pokládá též dělení práva na soukromé a veřejné sice za vžitě, ale ne příliš správné, a za logicky nedůsledné, byť přiznával jeho praktickou užitečnost pro metody nalézání a výkonu práva, pro příslušnost rozhodujících orgánů a pro formy řízení. Nepřesnost dělení konstatuje i K. ELIÁŠ (*Principy a východiska nového kodexu soukromého práva*. Praha: Linde, 2001, s. 11 a násl.) Navazuje na Svobodovu metaforu, že právní řád představuje jednotnou myšlenkovou stavbu, v němž právo veřejné i soukromé naplňují hledisko veřejného zájmu rovnocenně, ale každé jako by postupovalo odjinud. Blíže srov. BEJČEK, J. „Privatizace“ veřejného a „publicizace“ soukromého práva. In: *Dies Luby Iurisprudentiae, Nr. 9: Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe/Fundamentale Grundsätze in vereinigten Europa*. Bratislava: Iura Edition, 2008, s. 101–131.

⁸¹ Hlediska veřejného zájmu či veřejného pořádku na jedné straně a maximalizace zisku či bohatství na straně druhé se mohou směřovat v případě, že smluvní stranou je stát, nebo státem vlastněná korporace, jimž se mnohdy „hodí“ porušit smlouvu, ale přitom berou v úvahu spíše politicky motivované sociálně ekonomické důvody. Z hlediska soukromého smluvního práva jsou však podobné veřejnoprávní cíle jakožto důvod pro porušení smlouvy nelegitimní, ledaže by byly jakožto důvod pro porušení závazku smluvně vymíněny. Okolnost, že má stát i jiné než čistě obchodní cíle, je sama o sobě nedostatečným důvodem pro tzv. efektivní porušení smlouvy. Pokud takové cíle má a pokládá je za důležité (a to se přece může týkat i řady jiných právnických osob), dá se jejich dosažení sjednat jakožto důvod pro porušení smluvních povinností, včetně pravidel pro vyrovnání újmy. Opačné stanovisko s posteskem na nedostatek flexibility státu v mezinárodních investičních smlouvách při sledování oněch tzv. legitimních veřejných cílů srov. NG'AMBI, S. P. The Efficient Breach Theory in International Investment Law. *Northwestern Journal of International Law & Business*. 2021, roč. 41, č. 3, s. 325 a násl.

⁸² Tak např. politickou vůlí posazený a veřejnoprávním zákonem zakotvený zákaz prodeje ve velkých prodejnách ve vyhlášených svátečních dnech chrání sice určité veřejné i soukromé zájmy, ale jeho nerespektování asi nedosáhne intenzity porušení veřejného pořádku.

⁸³ Nález Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2012, sp. zn. III. ÚS 298/12.

Já mám opačný názor.⁸⁴ Nejvyšší soud totiž v usnesení reagujícím na zrušovací náleží ÚS⁸⁵ konstatoval, že zaměstnanci realizací svého ústavního petičního práva chránili významné společenské hodnoty, a pokud by to bylo v rozporu se zájmy zaměstnavatele, *nemoblo* se jednat o zaměstnavatelovy *oprávněné* zájmy [zvýraznil aut.]. Potvrdilo se tak tedy právě naopak, že loajalita k *zákonu* stojí nad loajalitou zaměstnance k zaměstnavateli. Člen statutárního orgánu obchodní korporace sice není zaměstnancem, ale princip loajality k zákonu (tedy legality) na tom podle mého soudu nespočívá. Na rozdíl od zaměstnance je standard péče řádného hospodáře pro člena statutárního orgánu vymezen zákonem a obsahuje mj. požadavek prosazovat jen *obhajitelné* zájmy korporace. S odkazem i na zmíněný náleží ÚS si dovořím závěr, že zákony již ze své nejvlastnější podstaty svými kogentními ustanoveními vždy chrání či prosazují nějakou významnou společenskou hodnotu. V případě jejich rozporu se soukromým zájmem korporace nemůže tedy být dotčen její *oprávněný* (a tedy *obhajitelný*) zájem. Korporace samozřejmě není prosazovatelem a strážcem veřejného zájmu, ale především svého zájmu soukromého; nemůže však onen veřejný zájem s odkazem na svůj soukromý zájem arbitrárně a podle svého uvážení „suspendovat“.

Opačné stanovisko si nebezpečně „zahrává s ohněm“ výběrové „*ad hoc* zákonnosti“ či „*ad hoc* závaznosti“ práva. Představme si třeba (byť jen pasivní, natož pak iniciační) účast jednatele v „tvrdém“ cenovém kartelu, který je určité atakem na veřejný zájem.⁸⁶ Kartel bude odhalen, korporace bude povinna zaplatit vysokou pokutu, a ještě navíc si poškození vymohou vysokou soukromoprávní náhradu škody. Jednatel se bude hájit podle zásad *business judgment rule* svými pravděpodobnostními odhady odhalení kartelu a poměru nákladů/výnosů a bude při tom vyvažovat a dávat v sázku veřejný zájem na ochraně soutěže. Argumentem nemůže být ani legitimizace účasti v kartelu jakožto záchrany před úpadkem (společnost to může zachránit, šance na neodhalení spiknutí je třeba i vysoká).⁸⁷

⁸⁴ Shodný s J. Flídrem (srov. FLÍDR, op. cit., s. 282–283).

⁸⁵ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 5. 2015, sp. zn. 21 Cdo 202/2015.

⁸⁶ Což nepochybně potvrzuje i skutečnost, že se může jednat i o trestný čin podle § 248 odst. 2 trestního zákona.

⁸⁷ Se stejnou účelovou argumentací jako u tvrdého kartelu (zábrana úpadku) by se pak mohla korporace dopouštět třeba daňových podvodů nebo i praní špinavých peněz, protože „když se na to nepříjde, byla to přece šance“?

Zákaz kartelů brání veřejný zájem, insolvenční právo zčásti také: jde přece nejen o soukromý zájem věřitelů „dostat zpět aspoň část pohledávky“, ale i o zájem všech pročistit trh a vyřadit z něj parazitní „černé pasažéry“ a „černé díry“ na peníze v podobě insolventních účastníků trhu. Takže tím „kartelem jakožto záchranným opatřením“ se narušují hned dva veřejné zájmy a kvůli soukromému prospěchu korporace se negativní externalita přesouvají na zákazníky postižené kartelovým zvýšením cen; a veřejný zájem na ochraně soutěže (ZOHS) i zdravého prostředí životaschopných podnikatelů (InsZ) se obětuje soukromému zájmu na přežití subjektu, který bez porušení práva takovou šanci neměl a ani by ji neměl mít.

Na opačné straně toho hypotetického a existenčně nezbytného špatného zaparkování v rámci péče řádného hospodáře (což je bagatelní přestupek) je vražda konkurenta nebo jen někoho bohatého, „nutná“ k přežití korporace (*à la* Raskolnikov a „Zločin a trest“)? Otázka i tady zní, „kde se jen ten pokrok zastaví“? Pokud by měl být veřejný zájem z hlediska péče řádného hospodáře irrelevantní a jen výjimečně by se měl do standardu péče zahrnout, šlo by o absurdní egoistickou karikaturu práva „bráti se za své štěstí“, bez korektivu v podobě práva jiných brát se také o jejich „štěstí“ (tedy s porušením zásady *neminem laedere*). Diskrece o přípustných výjimkách poměřovaných soukromým prospěchem korporace je z principu vadná. Spadá tam (snad nepochybně) ochrana života? A možná i životního prostředí? A proč ne ochrana soutěže nebo ochrana všech před úpadcem? Tak by se dalo pokračovat podle libosti...

4.3.4 Je přípustná nezákonnost v „obhajitelném zájmu“ korporace?

Připouštím, že spor o tento „liberálně progresivní“ přístup k zákonnosti se může nakonec zredukovat na interpretační „cvičení“ o tom, jaký obsah příznáme pojmu „veřejný pořádek“ (resp. „veřejný zájem“). Jestli by se totiž měla povinnost legality v rámci standardu péče řádného hospodáře vztahovat „jen“ na kogentní zákonné zákazy a příkazy chránící veřejný pořádek,⁸⁸ mohla by tato povinnost být

- 1) buď *velmi selektivní*; rozlišovala by fakticky zákony na ty „opravdové“ (čili „vážné míněné“) a na ty z jakési „druhé kategorie“⁸⁹ a vztahovala by se jen na dodržování zákonů chránících úzce vymezený „veřejný pořádek“, a tím potenciálně i samotnou existenci společnosti, takže by nebylo „efektivní“ pokoušet se je porušit kvůli § 172 odst. 1a) OZ, nebo
- 2) *velmi obecná* a vztahující se na *všechny* zákony a právní předpisy, neboť jejich dodržování veřejný pořádek vlastně definuje, nebo
- 3) kompromisní mezi 1 a 2; jde jen o subvariantu 1 a obskurní selektivní „kategorizaci“ zákonů bychom se opět nevyhnuli.

Existuje patrně „šedá zóna“ právních zákazů, v níž není jasné, zda „jde opravdu o tolik“ (o veřejný zájem či o veřejný pořádek), že by se koneckonců nemohla připustit jakási „drobnější“ nezákonnost v obhajitelném zájmu korporace. Na jednom pólu jsou zákazy nepochybně chránící veřejný zájem (trestněprávní zákazy, správně právní předpisy na ochranu životního prostředí, předpisy kartelového a daňového práva, ale i zákony na ochranu spotřebitele apod.), na druhém pólu pak soukromoprávní zákazy typu zákazu parazitovat na pověsti jiného soutěžitele (§ 2982 OZ).

Do oné „šedé zóny“ lze zařadit např. úpravu pracovní smlouvy a pracovního poměru, nebo nájmu bytu, tedy vztahů v zásadě soukromoprávních, na jejichž plošném dodržování panuje přece i veřejný zájem. Dialektika „veřejného“ a „soukromého“ je neúprosně matoucí. Veřejným zájmem je v právně politicky extenzivním pojetí prostě i pořádek ve věcech soukromých. Jde jen o to, ze které strany se k jeho ochraně přistupuje. Takže ani tyto „soukromé“ zájmy nelze „obětovat“ zájmu korporace jen proto, že by to pro ni mohlo být výhodné. Porušuje se tím současně nejen smlouva, ale i veřejný zájem (pořádek).

Skutečnost, že může být přirozeně rozdíl v intenzitě dotčeného veřejného zájmu (či pořádku), je zřejmá třeba ze srovnání soukromoprávní ochranné úpravy nájmu bytu a podstatně liberálnější úpravy podnikatelského nájmu (B2B). I v oblasti nekalé soutěže lze určit nejen jednání čistě „soukromě“ dvoustranná či vícestranná (typu skutkové podstaty parazitování na pověsti, nebo snad i dotěrného obtěžování), ale i jednání přinejmenším „smíšená“, u nichž je dotčen i veřejný zájem (skutková podstata ohrožení zdraví nebo životního prostředí a potenciálně i podplácení). Podobně pravidla pro splatnost faktury v obchodních

⁸⁸ Jak požaduje FLOREŠ, op. cit., s. 13.

⁸⁹ Podobně FLÍDR, op. cit., s. 283.

vztazích stanovená v § 1963n OZ nechrání jen věřitele, ale i veřejný pořádek v obchodních vztazích.⁹⁰

Naše právo neumožňuje podle mého názoru členovi statutárního orgánu tzv. „efektivní porušení“ *zákonné* povinnosti. Příkaz legality je obecný, resp. absolutní. Absolutní ani obecná však není povinnost korporace vůbec *vymáhat* náhradu škody po členovi statutárního orgánu,⁹¹ natož pak v případě, že by porušení zákona korporaci jím zastoupené prospělo.

Právní jednání korporace, omezující odpovědnost člena statutárního orgánu, jsou sice nicotná,⁹² ale náhradu případné škody jím způsobené (např. pokuty za porušení veřejnoprávního předpisu) může korporace *ex post* prominout, tedy neuplatnit ji formou faktické nečinnosti (ne-jednání). To může učinit zejména (ale nejen) v případě, že fakticky bude dopad porušení zákona na korporaci podle analýzy nákladů a výnosů lukrativní (užitečný).

Otázkou mimo tuto úvahu je, zda by se člen statutárního orgánu coby porušitel zákona mohl (v případném sporu se svou korporací o náhradu škody) bránit tím, že korporaci žádná škoda nevznikla, resp. že korporace formálně sice nějaký náklad (typicky pokutu) musela zaplatit, ale v celkové bilanci byla tato újma převážena prospěchem, který člen statutárního orgánu porušením zákona pro korporaci zjednal. V takové situaci by korporace patrně neunesla důkazní břemeno o vzniku skutečné škody.

U jednání člena statutárního orgánu, jímž poruší jen *smlouvu*, lze za zákonem stanovených podmínek dovodit, že nevybočil ze standardu péče řádného hospodáře. Ustanovení § 3 odst. 2 písm. d) OZ sice obsahuje zásadu, že smlouvy mají být dodržovány, ale nemůže se tím stanovit rovnocenná závaznost kogentních právních norem a toho, co se označuje za *lex contractus* („zákon“ mezi stranami). Povinnost legality znamená dodržet soulad s donucujícími ustanoveními *zákona*, nikoliv bezpodmínečně s obsahem *smluv*, na něž zákon odkazuje.

Rozdíl v přístupu k efektivnímu porušení smlouvy a zákona je odůvodněn hlavně tím, že *obhajitelný* zájem korporace⁹³ nemůže zahrnovat rozpor se zákonem, a tedy vlastně jakousi „kvazivýjimku ze zákonnosti“ pro případ, že dodržování zákona nebude pro korporaci „dostatečně efektivní“ (porušení požadavku bezrozpornosti právního řádu), zatímco smluvně sjednané závazky, které si navzájem odporují, představitelné jsou.⁹⁴

⁹⁰ Jde o nediskriminační platební podmínky na společném trhu, důležité pro jeho funkčnost. Soukromoprávní úprava vtělila do našeho právního řádu směrnici 2011/7 EU o postupu proti opožděným platbám v obchodních transakcích. Lze jistě „mikroekonomicky“ obhájit zájem korporace třeba na oddálení či odvrácení úpadku pozdní platbou v rozporu se zákonem; je ale důvodné pokládat příslušný postup jednatele za jeho „efektivní“ volbu v souladu s péčí řádného hospodáře, když se tím narušuje důležitý společenský zájem na funkčnosti trhu? Tímto způsobem se totiž může také jen v důsledku opožděné platby přesunout riziko úpadku na věřitele (ev. i na celý řetězec jeho partnerů), jemuž tak zůstane „černý Petr.“ To nespínuje znaky efektivního porušení, které má přece být *celkově* efektivnější nežli dodržení práva.

⁹¹ Shodně argumentují J. DĚDIČ a J. LASÁK v Komentáři k ZOK, § 53/2 ZOK. Obdobného účinku, jako je zakázané omezení nebo vyloučení odpovědnosti za újmu *ex ante*, lze dosáhnout tím, že obchodní korporace nebude náhradu újmy *ex post* vymáhat, aniž by došlo i k právnímu jednání, jímž se náhrada újmy vylučuje nebo omezuje. Příklánější se k závěru, že § 53 odst. 2 nezakazuje vzdát se *ex post* zcela nebo zčásti práva na náhradu újmy způsobené porušením péče řádného hospodáře.

⁹² Podle § 53 ZOK.

⁹³ Srov. § 51 odst. 1 ZOK.

⁹⁴ Podobně PELIKÁN, op. cit., s. 375–376.

Navíc jsou důsledky porušení smlouvy porušitelem – nejen pro něj, ale i pro smluvní partnery – podstatně lépe odhadnutelné a předvídatelné nežli v případě porušení povinnosti zákonné. Paretovo či Kaldor-Hicksovo optimum se u porušení smlouvy dá vykalkulovat s mnohem vyšší mírou pravděpodobnosti nežli u porušení zájmu chráněného zákonem. Při porušení zákona se dotčené subjekty a protiprávností zasažené zájmy (ochranné účely zákona) mnohem hůře identifikují a kvantifikují. Mohou se také jevově snáze „anonymizovat“, resp. se mohou jevit či prohlašovat jen jako vzdálené, latentní a hypotetické. I tímto charakterem mohou usnadňovat průchod korporátnímu egoismu, zastíranému tvrzenou „efektivností“. Pro přípustnost porušení není přitom důležité, zda jde o tvrzení dobrověrné nebo nikoliv.

5 Některé další praktické případy a souvislosti „efektivního“ porušení práva

V praxi se vyskytuje mnoho situací, v nichž při rozhodování podnikatelů vítězí úzce pojatá ekonomičnost porušení nejen smluv, ale i zákonných povinností, nad soukromoprávním i morálním příkazem dodržet slib, resp. nad povinností legality. Pro dokreslení předchozích úvah a hodnocení připojím proto příklady tzv. efektivního porušení práva jak z oblasti práva veřejného, tak i soukromého.

5.1 Veřejnoprávní delikty

Ekonomická motivace stojí i za řadou veřejnoprávních deliktů, trestné činy nevyjímaje; trestní či příslušná „sektorová“ správní politika reaguje na takové tendence mj. citelnými sankcemi, které by měly působit především preventivně. Dokonce se namísto správního deliktu může prosadit za jistých okolností kvalifikace skutkově totožného jednání i jakožto trestného činu,⁹⁵ nebo se správní delikt právnické osoby může prolnout s trestným činem osoby fyzické,⁹⁶ což může ještě zvýšit demotivační účinek právního nápravného postupu veřejné moci a potlačit preferenci ekonomického hlediska v rozhodování o přístupu k právním povinnostem.

Tyto kýžené preventivní účinky záleží na souhře mnoha okolností a není snadné při tom proporčně vyvážit různé účely právní regulace. Jde nejen o výši hrozící sankce, ale též mj. o pravděpodobnost jejího uložení. Sankce spíše nahodilá, byť třeba „exemplární“, působí preventivně jen na méně otrlé účastníky. Ti orientovanější si dokážou cynicky vykalkulovat i pravděpodobnost svého odhalení a přizpůsobit svoje chování, resp. dokážou i v případě méně pravděpodobné detekce dostat pod kontrolu alespoň svůj právní postih.

Tak se např. v činnosti ÚOHS propaguje výchovné heslo, že „nenarušovat hospodářskou soutěž se vyplatí“.⁹⁷ Toto heslo však nemusí být pravdivé, resp. pro porušitele soutěže dostatečně přesvědčivé v konkurenci s ekonomickou kalkulací. Za neposkytnutí součinnosti

⁹⁵ Při respektování zásady *ne bis in idem*.

⁹⁶ Jako u trestného činu uzavření zakázané dohody narušující soutěž podle § 248 odst. 2 trestního zákona.

⁹⁷ Z vystoupení předsedy ÚOHS Petra Mlsny na Svatomartinské konferenci v Brně dne 9. 11. 2022.

ve vztahu k ÚOHS je podle zákona možné uložit právnické nebo fyzické podnikající osobě maximální pokutu ve výši 1 % z čistého obratu.⁹⁸

Může-li podezřelý účastník kartelu zabránit odhalení kartelu tím, že znemožní místní šetření, je přímo ekonomicky pobízen, aby místní šetření znemožnil, důkazy ve spojení se spolupachatelem zlikvidoval a za „cenu“ 1 % z obrátu se vyhnul až desetinasobné možné pokutě (10 % z čistého obrátu) hrozící při odhalení kartelu.⁹⁹ Byl-li odpírač místního šetření členem statutárního orgánu, a byl tudíž povinován péčí řádného hospodáře, pak sice způsobil porušením zákonného standardu této péče (konfliktem s příkazem legality) škodu (ve formě pokuty a ve výši 1 % z obrátu), ale současně tím potenciálně „ušetřil“ 9 % z obrátu korporace¹⁰⁰ a zabránil podstatně větší škodě. O tom, že takovou škodu bude korporace po jednáající osobě vymáhat (ev. že ji bude vymáhat jinak než symbolicky a s faktickou kompenzací) lze s úspěchem pochybovat.

V rozhodovací situaci potenciálního porušitele hraje roli i „Postup při ukládání pokut“, tedy metodika, jež má podobu *soft law*: pouhého *oznámení* ÚOHS. Na jedné straně je nástrojem transparentnosti a právní jistoty, zárukou nediskriminačního postupu úřadu ve srovnatelných případech a poskytuje účastníkům legitimní očekávání, ale na druhé straně umožňuje v pravém slova smyslu *vypočítavé* a *vypočítatelné* porušování veřejného zájmu na ochraně soutěže (a mikroekonomické kalkulace s tímto zájmem a s blahobytem spotřebitelů) na bázi korporátně egoistické analýzy nákladů a výnosů.

I při špatné kalkulaci možné pokuty a/nebo nesprávném odhadu pravděpodobnosti odhalení deliktu má přítom účastník existenční záruku v podobě metodické¹⁰¹ i judikatorní¹⁰² pojistky proti likvidačnímu účinku pokuty.¹⁰³ Rizikově se rozhodující účastník může tedy hrát „vysokou hru“ a kalkulovat až po „zastropování“ rizik na existenční hranu, ale vždy v zaručeném intervalu „nelikvidačnosti“ pokuty, jehož horní hranice může ležet podstatně níže nežli je zákonem stanovených 10 % čistého obrátu. Některé technokratické a jednostrunné názory vyslovené v reakci na podobné kalkulace, že by totiž sankce měly být (právě z důvodů prevence a odrazení od protiprávnosti) nepředvídatelné (samozřejmě v rámci zákonného limitu), jsou sotva průchodné mj. z hlediska principů dobré správy a práva na spravedlivý proces.

⁹⁸ Podle § 22a odst. 1 písm. h) a § ZOHS ve spojení s § 22a odst. 2 ZOHS.

⁹⁹ Srov. § 22a odst. 2 ZOHS. To je evidentně „dobrý obchod“ učiněný na základě přímo hokynářsky jednoduché úvahy, od níž by právo mělo odrazovat. Maření místního šetření („vyhazování“ kontrolorů antimonopolních úřadů) se u nás i v EU nepřekvapivě šíří.

¹⁰⁰ I když pomineme, že u horní 10% hranice možné zákonné sazby pokuty se ÚOHS zdaleka nepohybuje, stále bude porušitel získávat metodou „menšího zla“ slušný „ziskový rozdíl“ oproti odvrácené vyšší škodě.

¹⁰¹ Srov. body 3.39 a 3.40 metodiky ÚOHS pro ukládání pokut. Dostupné z: https://www.uohs.cz/download/Legislativa/HS/CR/Metodika_pokut_2018_04.pdf [cit. 14. 2. 2023].

¹⁰² Srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 4. 2010, sp. zn. 1 As 9/2008-133.

¹⁰³ Úřad totiž hodnotí celkovou hospodářskou a majetkovou situaci soutěžitele, jemuž má být pokuta uložena. Pokud by výše vypočtené pokuty vedla k zániku majetkové základny pro další podnikatelskou činnost, nebo by takovou činnost znemožnila, pokuta se přiměřeně upraví.

Odstrašovací potenciál soukromoprávní náhrady škody způsobené porušením soutěžního práva¹⁰⁴ nebyl a není v našich podmínkách veliký. Navíc: násobná náhrada škody, která by potenciálním porušitelům soutěžního práva výrazně vzdálila vidinu „efektivnosti“ protiprávního jednání, byla na úrovni evropské směrnice a i naši platné úpravy (na rozdíl od USA) odmítnuta, a to především z principiálních právních důvodů a navzdory její pragmatické účelnosti a účinnosti.

Dilema rozhodování o „efektivní protiprávnosti“ veřejnoprávního typu může zažít člen orgánu (nebo jiná osoba, jejíž jednání je přičitatelné soutěžiteli) rovněž v případě, že zvažuje mezi setrváním v zakázané dohodě (která přináší obchodní korporaci ekonomické výhody) a podáním žádosti o shovívavost (oznámením zakázané dohody ÚOHS¹⁰⁵). Poměruje se možná ztráta výhod plynoucích z účasti v dosud neodhaleném kartelu s pravděpodobností jeho odhalení Úřadem a s výší možné sankce, dále s hodnotou právně souladného chování, které oznamovatelé snad (ale bez záruky) přinese plnou nebo částečnou správní beztrestnost. Oznámení může Úřadu přijít pozdě, takže výhody oznamovatel nezíská buď vůbec, nebo je získá, ale v menším než předvídaném (vykalkulovaném) rozsahu (namísto plné imunity získá jen částečnou). Mikroekonomická škoda v důsledku oznámení zakázané dohody přitom účastníkovi vznikla. „Efektivně“ porušované kartelové právo totiž přestalo účastníkovi kartelu přinášet prospěch.

Vyčítat členovi orgánu porušení standardu péče řádného hospodáře v této situaci a požadovat ev. náhradu škody by bylo principiálně nepřípustné a nemravné a podle mého názoru soudně nežalovatelné. Pojmově a z povahy věci nemůže být v souladu se standardem péče řádného hospodáře udržování „výnosného“ protiprávního stavu, a v rozporu s ním se naopak nemůže ocitnout snaha o ukončení onoho protiprávního stavu.¹⁰⁶

Je tedy zřejmé, že ochrana společensky chráněné hodnoty (v tomto případě funkční hospodářské soutěže) se podporuje i motivy ekonomického charakteru tak, aby porušení práva nebylo tak atraktivní a aby se ekonomicky nevyplácelo. Jde tedy o částečné sklouznutí k metodě porovnání ekonomických nákladů a výnosů, jakkoliv mohou existovat i mimoekonomické motivy k právně konformnímu chování.

¹⁰⁴ Srov. zákon č. 262/2017 Sb., o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže.

¹⁰⁵ Podle § 22ba ZOHS, ať už jde o oznámení a žádost o shovívavost prvního typu (s plnou sankční imunitou), nebo druhého typu (s možným snížením pokuty – odhadnutelné podle metodiky – až o polovinu).

¹⁰⁶ Jde o paralelu se situací, v níž rozhodl ÚS nálezem ze dne 13. 12. 2012, sp. zn. III. ÚS 298/12 (cit. v pozn. 82). Nové impulsy, které tu ponechávám stranou, přinese i připravované zavedení ochrany tzv. oznamovatelů (*whistleblowerů*), budou-li v pozici členů volených orgánů korporací. Srov. ŠTĚPÁNKOVÁ, K. Ochrana člena voleného orgánu právnické osoby coby *whistleblowera*: Krok správným směrem? *Právní rozhledy*. 2023, č. 6, s. 216 a násl. Čl. 4 Směrnice EU 2019/1937 vztahuje její osobní působnost mj, na členy správního, řídicího nebo dohledového orgánu podniku, včetně nevykonných členů. Podle čl. 21 odst. 2 se *nemá* za to, že osoby oznamující informace o porušení nebo zveřejňující informace v souladu s touto směrnicí porušily jakékoliv omezení [tedy patrně včetně povinnosti loajality a péče řádného hospodáře – pozn. aut] týkající se zveřejnění informací a tyto osoby nenesou za to jakoukoliv odpovědnost, pokud byly v dobré víře o nezbytnosti informace pro „odhalení porušení podle této směrnice“.

5.2 Porušení smlouvy

Příkladem efektivního porušení soukromoprávní *smlouvy* může být typicky volba smlouvu vědomě porušit (třeba dodat později nebo vadně) a zaplatit sjednanou smluvní pokutu, protože tato alternativa vychází porušiteli jako efektivnější. Ta kalkulace může být třeba posílena i tím, že smluvní pokuta je sjednána i jako paušalizovaná náhrada škody vzniknuvší z téhož porušení smlouvy.¹⁰⁷ Jiná konstrukce smluvní pokuty může přinést opačné rozhodnutí, protože by porušení smlouvy mohlo být spíše „neefektivní“ (když se sjedná, že smluvní pokuta nevylučuje náhradu škody z téhož porušení právní povinnosti). Vliv může mít i sjednání předpokladu zavinění u smluvní pokuty (a zhodnocení porušitele, že protiprávnost nezavinil), její jednorázovost či opakovanost apod.

Vedle toho zasahuje do úvah o případné efektivnosti porušení smlouvy zajištěné či utvrzené smluvní pokutou možnost požádat soud o moderaci podle § 2051 OZ. Tradiční judikatorní přístup k moderaci bral zřetel pouze k okolnostem existujícím v době sjednání smluvní pokuty a pozdější okolnosti nepokládal za relevantní. Moderovalo se tudíž spíše samotné *ujednání* o smluvní pokutě nežli konečný *nárok* ze smluvní pokuty.¹⁰⁸ To se změnilo nedávným rozhodnutím velkého senátu Nejvyššího soudu,¹⁰⁹ které moderaci chápe jako dodatečnou kontrolu přiměřenosti konkrétního *nároku* na zaplacení smluvní pokuty, a nikoliv jako kontrolu obsahové správnosti původního sjednání smluvní pokuty.¹¹⁰

Smluvní pokuta s takto vykládanou váhou, jež se nově příkládá později vzniklým okolnostem, je z hlediska potenciálního věřitele ze smluvní pokuty podstatně méně spolehlivým nástrojem utvrzení dlužnickovy povinnosti. Pozice potenciálního dlužníka povinného platit smluvní pokutu se rovněž pozměnila, ale k lepšímu. Otevře se mu totiž širší prostor pro efektivní porušení jeho smluvní povinnosti. Nyní se totiž dovoluje (kromě nejrůznějších podmiňujících parametrů smluvní pokuty *sjednatehých* i dříve) zakalkulovat do výhod („výnosů“) plynoucích z porušení povinnosti utvrzené smluvní pokutou i spravedlivou „slevu“ ze smluvní pokuty v podobě moderace a s přihlédnutím k později vzniknuvším okolnostem. Ta dříve nepřicházela v úvahu. Je to řešení pro dlužníka ze smluvní pokuty

¹⁰⁷ Podle § 2050 OZ.

¹⁰⁸ Tento přístup podtrhovalo i ustanovení § 300 ObchZ (které OZ nepřevzal), že totiž ani okolnosti vylučující odpovědnost (typu *vis maior*) nemají vliv na povinnost platit smluvní pokutu. Tedy okolnosti coby překážky, jež nastala nezávisle na vůli povinné strany a bránila jí ve splnění povinnosti; šlo o překážky v době vzniku závazku nepředvídatelné, o nichž se nedalo předpokládat, že by je (nebo jejich následky) povinná strana mohla odvrátit nebo překonat (srov. § 374 ObchZ).

¹⁰⁹ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 1. 2023, sp. zn. 31Cdo 2273/2022.

¹¹⁰ Kompenzuje se tím podle mého názoru dřívější pozoruhodná neprovázanost úpravy v režimu ObchZ, podle něhož smluvní pokuta mohla sice plnit funkci paušalizované náhrady škody, ale přitom porušitel nemohl uplatnit námitku okolností vylučujících odpovědnost; tu by přitom u „samostatné“ náhrady škody (nekryté paušalizující smluvní pokutou) vznést býval mohl. Dosavadní setrvačná interpretace moderačního práva ke smluvní pokutě tuto nelogičnost prodlužovala dávno za dobu působnosti ObchZ.

„přednastaveně“ výhodnější než pro věřitele.¹¹¹ To bude platit u smluvní pokuty nepravé (s funkcí odstupného), ale i pravé. Dlužník může kalkulovat, že pozdější plnění pro něj bude výhodnější i se započtením velkoryseji moderované smluvní pokuty za prodlení. Rozšíření možnosti moderace smluvní pokuty může demotivovat od řádného i včasného plnění.

Závěrem

Domnívám se, že jako v řadě dalších situací se i v otázce tzv. efektivního porušení práva nesmiřitelnost teoretických přístupů zakládá spíše na hodnotových předpojatostech, které se z povahy věci těžko opouštějí.¹¹² Obchodní praxe tenduje spíše k pragmatickým a flexibilnějším řešením. Základní myšlenkou zastánců oné teorie není očividně cynická podpora porušování smlouvy, ale především starost o to, aby smluvní strany nemusely plnit smlouvu, pokud její neplnění zvyšuje jejich prospěch. Má-li však být vyšší prospěch oboustranný a striktní plnění smlouvy není tak výhodné, jak se očekávalo v době uzavření smlouvy, mají strany přirozenou motivaci spíše ke *konsensuální* změně nebo zrušení smlouvy nežli k jejímu plnění.

¹¹¹ Citovaný rozsudek je příkladem rozšiřujícího soudcovského výkladu práva a podstatné změny pravidla pro moderaci, aniž by se jakkoliv změnil text právního předpisu. Jen pro úplnost se hodí připomenout spor o to, zda případné smluvní vyloučení soudní moderace smluvní pokuty podle § 2051 OZ nemůže situaci změnit. Toto ustanovení se dá pokládat za kogentní a za jakousi „kompetenční normu“, kterou strany nemohou platně vyloučit (srov. HORÁK, P., BŘÍZA, P. In: PETROV, VÝTISK, BERAN a kol., op. cit., s. 2225. Podobně LASÁK, J. In: HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník V*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1290. ČERNÁ, S. In: ŠVESTKA, J. a kol. *Občanský zákoník. Komentář. Sv. 5*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 595, pokládá ustanovení rovněž za kogentní. Ve slovenském ObchZ je obdobné ustanovení § 301 zařazeno mezi kogentní výslovně podle § 263. Srov. VOZÁR, J. In: PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákoník*. Bratislava: C. H. Beck, 2022, s. 1267). Již dříve (BEJČEK, J. *Obchodní závazky*. Brno: MU, 1994, s. 109) se zpochybňovala tato ojedinělá možnost smluvně omezovat zákonem dané pravomoci soudu, přestože se příslušné ustanovení § 301 ObchZ formálně (zřejmým opomenutím) řadilo mezi ustanovení dispozitivní (srov. § 263 ObchZ v původním znění). Bylo by absurdní, aby moderační právo ke smluvní pokutě, které mělo v devadesátých letech mj. bránit šikanóznímu využívání smluvních pokut pro manipulaci privatizačního procesu, mohlo být takto jednoduše smluvně vyřazeno těmi, jejichž machinacím mělo zabránit. Myslím, že ani v dnešních podmínkách by případné ujednání stran o vyloučení možnosti moderace smluvní pokuty a ani jednostranné vzdání se práva uplatňovat moderaci *automaticky* neopravňovalo soud k formalistickému odmítnutí žaloby. Soud by měl naopak uplatnit všechny obsahové korektivy správnosti právního jednání včetně ochrany slabší strany. Podobně se (i s odkazy na prameny) argumentuje v cit. komentáři k Občanskému zákoníku PETROV, VÝTISK, BERAN a kol., op. cit., s. 2225. Je zřejmé, že zákonem danou kompetenci soudu nemohou strany platně vyloučit, ale sjednat si zákaz požádat o soudní moderaci smluvní pokuty možné je. Takový sjednaný zákaz by bylo možné sankcionovat smluvní pokutou pro případ jeho porušení (i taková smluvní pokuta se dá ovšem moderovat...).

Domnívám se, že v dnešních poměrech by se taková možnost měla v obchodních vztazích zásadně připustit, samozřejmě bez újmy na obecných obsahových korektivech správnosti takového ujednání (dobré mravy, ochrana slabší strany). Skepticky se ke kogentnosti úpravy moderačního práva staví i KOLMAČKA, V. O moderaci započtené smluvní pokuty jako protipohledávky. *Obchodněprávní revue*. 2019, č. 3, s. 57 a násl. Chápe moderaci nikoliv jako zákonem zaručené kompetenční právo „arbitra“, ale jen jako garanci spravedlivého dotvoření obsahu závazku soudem. Vzhledem k soudnímu prolomení autonomie stran moderačí *ex post* se přimlouvá za její restriktivní použití především v případech kříklavých disproporcí.

¹¹² Jusnaturalisté nedovedou a odmítají oddělit závaznost práva od závaznosti morální, pozitivisté naopak na morální závaznost práva rezignují a zajímá je jen platnost práva (srov. SOBEK, op. cit., s. 274). Skutečný život (a ani právní řád jako jeho součást) se ovšem v extrémech vesměs nepohybuje.

Efektivní porušení je takové, na němž *nikdo* neprodělá, resp. každý zklamaný příjemce smluvního slibu a závazku druhé strany má alespoň možnost kompenzace. Koneckonců i věřitel může přece na porušení smlouvy dokonce vydělat ve srovnání s jejím dodržáním. A kdyby na tom měl být věřitel (oprávněný ze smlouvy) po jejím porušení pouze „v zásadě stejně“ jako v případě dodržení smlouvy (a neměl by tedy dostatečnou motivaci se změnou či zrušením smlouvy souhlasit), může jej přece potenciální porušitel smlouvy motivovat tak, aby se věřitelova situace výrazně zlepšila a on *souhlasil* s konsensuální změnou či zrušením smlouvy. Představa obchodníka lpícího na dodržení smlouvy „z principu“ i přes ztrátu či ušlý zisk-ve srovnání se ziskovější změnou nebo zrušením smlouvy-je docela romantická, či spíše absurdní.

I naše právo poskytuje prostředky funkčně srovnatelné s využitím doktríny tzv. efektivního porušení práva, i když ne třeba s tak upřímně cynickým názvoslovím a zdůvodněním. Tuto doktrínu v praxi tudíž vlastně nepotřebujeme díky dostačujícím substitutům.¹¹³ Ty připouštějí totiž něco na způsob „soukromoprávní implicitní akceptace“ efektivního porušení smlouvy, jež narušuje mnohdy tvrzenou apriorní „morální posvátnost“ smluvního závazku. „Efektivně“ porušit právo je možné i v našich podmínkách, ale nikoliv *proto*, že je to pouze „efektivní“, ale z *jiných* smluvně nebo zákonem připuštěných důvodů, které v sobě samozřejmě ohled na efektivnost obsahovat *také* mohou; efektivnost však není *samostatným* důvodem oprávnujícím k porušení práva. Efektivní porušení práva představuje tedy v mnoha případech implicitní *ratio legis*. Naše právo též poskytuje dostatek zákonně přednastavených (defaultních) i smluvně založených možností efektivního *neporušení* smlouvy – tedy cest, jak ze zákona či pomocí smluvních ujednání docílit změny obsahu smlouvy či jejího zrušení tak, aby se „nemusela“ smlouva „efektivně“ porušit.

V případě porušení smluvního závazku na základě okolností připuštěných zákonem nejde o porušení práva *stricto sensu*, ale o jeho realizaci v souladu se zákonnými podmínkami. Ty se přirozeně liší ve smlouvách oboustranně podnikatelských a ve smlouvách spotřebitelských.

Pojmově se „efektivní porušení“ *nemůže* dotýkat porušení povinností *zákonných*. Takže ani mikroekonomická prokorporátní efektivnost nezabavuje člena jejího statutárního orgánu povinnosti legality jakožto součásti standardu péče řádného hospodáře (loajalita ke korporaci není nad loajalitou k zákonu).

¹¹³ Srov. např. následnou nemožnost plnění, fixní závazky, mimořádnou změnu okolností a tzv. *hardship* či soudní zvýšení ceny díla nebo zrušení smlouvy, vyšší moc, nepoctivost, nátlak, neúměrné zkrácení, odstoupení od smlouvy pro podstatné porušení povinnosti nebo při skrytých překážkách při provádění díla, tzv. šňorovací smlouvy aj.