

## Problematika využití teorie ztráty šancí

### The Loss of a Chance Doctrine

*Doc. JUDr. Tomáš Doležal, Ph.D., LL.M., JUDr. Adam Doležal, LL.M., Kabinet zdravotnického práva a bioetiky, ÚSP AV ČR, v.v.i.*

**Abstract:** The concept of loss of a chance is mentioned in the cases of unclear causation where the traditional approach „All or Nothing“ provides unsatisfactory results. In this article we discuss whether the loss of a chance as such can be a harm giving rise to a liability and under which circumstances the loss of a chance presents recoverable damage. Further we analyse the problems of the loss of a chance doctrine in connection with relevant provisions of the new Civil Code.

**Key words:** loss of a chance – damage - causal link - wrongfulness

**Abstrakt:** Teorie ztráty šancí (příležitosti) byla diskutována v mnoha zemích v situacích nejasné příčinné souvislosti, kdy stávající systém v oblasti prokazování kauzálního nexu, založený na principu „vše nebo nic“ nevede k uspokojivým výsledkům. Samotná teorie ztráty šancí však přináší řadu dalších problémů v oblastech kvalifikace a kvantifikace újmy i v oblasti protiprávnosti. Tyto problémy jsou pak v článku podrobněji analyzovány a je poukázáno na jejich úskalí v souvislosti s úpravou odpovědnosti za újmu v OZ.

**Klíčová slova:** ztráta šancí – újma - kauzální nexus - protiprávnost

## ÚVOD<sup>1</sup>

V řadě situací se setkáváme v oblasti právní odpovědnosti s případy, jejichž řešení v rámci stávajícího systému nevede k uspokojivým výsledkům<sup>2</sup>. Důsledkem je pak jakási protiintuitivnost konečného řešení a v mnoha případech dokonce rozpor se zažitými představami o spravedlivém rozložení újmy. Stávající systém v oblasti prokazování kauzálního nexu, založený na principu „vše nebo nic“<sup>3</sup>, pak příliš možností korekce těchto nespravedlností nedává. Proto jsou často hledány určité alternativy a doplnění tohoto systému, které by umožnily spravedlivější distribuci odpovědnosti za újmu. Jednou z těchto alternativ je teorie ztráty šancí<sup>4</sup>.

### 1. VYMEZENÍ TEORIE ZTRÁTY ŠANCÍ

Teorie ztráty šancí je jedním z modelů odpovědnosti založené na pravděpodobnosti. Jako pravděpodobnostní teorie často bývá zmiňována spolu s dalším modelem, a to probablistickou proporcionální odpovědností. Zatímco však probablistická proporcionální odpovědnost se zaměřuje zejména na problematiku kauzálního nexu, teorie ztráty šancí přichází s novým druhem újmy – ztrátou šance<sup>5</sup>.

Teorie ztráty šancí je spojena zejména s případy multikauzálnosti, tj. mnohosti příčin, které se podílejí na vzniku určitého následku. V obecné rovině se jedná o případy, kdy je nemožné říci, že škůdcovo jednání (opominutí) bylo *conditio sine qua non* vzniku újmy poškozeného, ale současně nelze popřít, že je mezi nimi spojitost, která má dopad na snížení pravděpodobnosti toho, že újma

---

<sup>1</sup> Tento článek rozpracovává a upravuje část textu o teorii ztráty šance z knihy DOLEŽAL, A., DOLEŽAL, T. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016. 261 s. Edice Kabinetu zdravotnického práva a bioetiky. ISBN 978-80-87439-28-9.

<sup>2</sup> Pokud je prokázáno, že zaviněné protiprávní jednání lékaře přispělo k pacientově újmě ze 40 %, proč nenechat lékaře právě v této části nahradit újmu? Současně se ale stejně legitimně lze ptát, proč nechat lékaře nahradit celou újmu, když bylo v řízení prokázáno, že jeho jednání přispělo k pacientově újmě z 51 % nebo ze 70 %?

<sup>3</sup> Běžné právní systémy aplikují v rámci prokazování příčinné souvislosti pravidlo „vše nebo nic“ (*all or nothing*), které vede pouze ke dvěma druhům výsledků – poškozený prokáže existenci kauzálního nexu a je mu přiznána plná náhrada nebo tuto existenci neprokáže, a není mu přiznána žádná náhrada.

<sup>4</sup> Loss of chances, *perte d'une chance*.

<sup>5</sup> „The idea of a lost chance says that the loss of a chance should be legally acknowledged as a new kind of harm generating recovery. Thus, it factually transforms problems of proof of causation into terms of the assessment of damages.“ JANSEN, Niels. The Idea of a Lost Chance. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999, Vol. 19, No. 2 (Summer), s. 282; obdobně KOZIOL: „[...] the cases resolved by application of the loss of a chance theory could also be discussed as applications of the theory of alternative causation, more precisely the competition between an event which triggers liability and coincidence as alternative causes. Nevertheless, the starting points for the two theories are quite different. As opposed to alternative causation, the theory of loss of a chance begins with the definition of damage thus removing all obstacles of causation in the sense of a *conditio sine qua non*.“ KOZIOL, Helmut. *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012. ISBN 9783902638854, s. 153.

nenastane. Typickým příkladem může být souběh následků určitého úrazového děje a pochybení lékaře – tak tomu bylo v anglickém případě *Hotson v. East Berkshire Health Authority* z roku 1987<sup>6</sup>.

V zásadě se tak jedná o odlišné uchopení a vymezení kategorie reparable injury. Zatímco stávající dogmatika vychází v rámci úvah o odpovědnosti ze skutečně způsobené újmy, teorie ztráty šancí ponechává tuto kategorii zcela stranou a za nahraditelnou újmu považuje již samu ztrátu šance (příležitosti)<sup>7</sup>. Podstatná v rámci této teorie je také skutečnost, že žalobci nikdy nemůže být přiznána náhrada v plné výši, ale vždy pouze ve výši, v níž došlo ke ztrátě šance. Pokud by totiž existence újmy byla plně přičitatelná škůdci<sup>8</sup>, pak by žalobce byl úspěšný v rámci běžně užívaného systému „vše nebo nic“ a byla by mu přiznána náhrada skutečně způsobené újmy. Pokud bychom tedy vyšli z případu *Hotson v. East Berkshire Health Authority*, pak by lékař jako škůdce odpovídal za ztrátu šance na uzdravení ve výši 25 %.

Teorie ztráty šancí je využívána jako doplněk stávajícího systému založeného na principu „vše nebo nic“; nepodaří-li se totiž v rámci stávajícího systému provést v dostatečné míře důkaz o existenci kauzálního nexu mezi protiprávním jednáním škůdce a újmou na straně poškozeného, přichází v úvahu aplikace teorie ztráty šancí. Ve shora uvedeném případě chybného lékaře by tedy 25 % přispění ke vzniku škodlivého následku v rámci systému „vše nebo nic“ nestačilo pro přičtení odpovědnosti; poškozený by tedy zůstal neodškodněn, a to přesto, že bylo prokázáno, že protiprávní jednání lékaře výrazně přispělo ke vzniku následku.

Z hlediska teorie ztráty šancí je však nutno se na celou situaci dívat odlišně. Bez ohledu na existenci škodlivého následku snížil lékař svým jednáním šanci na uzdravení pacienta, a to o 25 %. A v této míře také vznikla pacientovi újma, spočívající právě ve ztrátě šance. Výše této újmy se zpravidla stanoví procentuálním vyjádřením ve vztahu ke skutečné újmě<sup>9</sup>.

Podstatné v rámci teorie ztráty šance je, že ostatní předpoklady odpovědnosti za újmu zůstávají nedotčeny – včetně kauzálního nexu. V praxi to znamená, že důkaz o existenci kauzálního nexu musí být proveden již s potřebnou mírou přesvědčivosti. V případě lékaře, který snížil svým jednáním šanci na přežití pacienta o 25 %, musí tak být příčinná souvislost mezi tímto jednáním a škodou bezpečně prokázána<sup>10</sup>. Ve většině případů ale již nebude problematické důkaz s patřičnou mírou přesvědčivosti předložit<sup>11</sup>, neboť tento důkaz se již nevztahuje ke způsobení skutečné újmy na

<sup>6</sup> V tomto případě měl chlapec, který se po pádu ze stromu dostal do nemocnice, 25% šanci na to, že úraz nezanechá trvalé následky. V důsledku chybné diagnózy však nebyl chlapec po dobu 5-ti dnů řádně léčen a jeho šance na úplné uzdravení byla ztracena.

<sup>7</sup> „However, it is important to realize that the main point of this idea is normative: it relates to legal rights (norms), and not to causal issues (facts). If the loss of a chance is legally acknowledged as constituting a recoverable harm, it sets a limit to how far the defendant may look at what would have happened, without his tortious action, in the consequence of the already apparent risk.“ JANSEN, Niels. *The Idea of a Lost Chance*. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999, Vol. 19, No. 2 (Summer), s. 283.

<sup>8</sup> Při splnění požadavků na prokázání existence příčinné souvislosti mezi protiprávním jednáním škůdce a vznikem újmy.

<sup>9</sup> blíže k výpočtu viz MÄSCH, Gerald. *Chance und Schaden: zur Dienstleisterhaftung bei unaufkläraren Kausalverläufen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. ISBN 9783161483646, s. 320–359.

<sup>10</sup> Podle standardů kladených na míru přesvědčivosti důkazních prostředků v civilním řízení v ČR.

<sup>11</sup> „Der Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen potentieller Schädigungshandlung und Chancenverlust ist somit im Regelfall ein Leichtes.“ viz EHLGEN, Christopher Bolko. *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen*. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. ISBN 9783161523182, s. 12, obdobně JANSEN, N. *The Idea of a Lost Chance*. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999, Vol. 19, No. 2 (Summer), s. 283.

zdraví, ale je pouze ve vztahu ke ztrátě šance. Z hlediska kauzálního nazírání je teorie ztráty šancí prostředkem<sup>12</sup>, který umožňuje zachovat v oblasti příčinné souvislosti v platnosti požadavek existence podmínky *sine qua non* v případech, kde by to bylo jinak nemožné. Teorie ztráty šance však není všeobecně akceptována, neboť s sebou přináší řadu problematických aspektů.

## 2. HISTORICKÝ EXKURZ

Jak uvádí Jansen<sup>13</sup>, lze určitý zárodek teorie ztráty šancí nalézt již v římském právu. Pro ilustraci tohoto tvrzení předkládá citaci místa z Digest, kde se Ulpian věnuje odpovědnosti za potrhané síť rybářů<sup>14</sup>. V uváděném případě rybářský člun jednoho z rybářů potrhal síť dalšího z rybářů a při řešení případu vznikla otázka, zda má být za újmu považována pouze potrhaná síť nebo i hodnota ryb, které nemohl rybář chytit v důsledku potrhané sítě. Pomponius<sup>15</sup> tvrdil, že očekávání úlovku (šance chytit rybu) dokonce má ekonomicky vyjádřitelnou hodnotu a může být předmět kupní smlouvy<sup>16</sup>. V tomto kontextu lze ovšem za výraz ztráty šance považovat rovněž náhradu ušlého zisku (*lucrum cessans*), který v zásadě představuje kompenzaci ztráty příležitosti dosáhnout určitého zisku v důsledku protiprávního jednání škůdce. Někteří autoři<sup>17</sup> také v rámci příkladů spadajících do kategorie ztráty šancí řadí i ztrátu příležitosti rozhodovat o svých záležitostech (tedy případy známé z medicínsko-právního prostředí jako tzv. souhlasové spory).

Moderní chápání teorie ztráty šancí je však spíše vyjádřením pravděpodobnostního přístupu k odškodňování ve specifických multikauzálních případech vzniku újmy. Jako první případ tohoto typu bývá uváděn anglický případ *Chaplin v. Hicks* z roku 1911. V dané kauze se jednalo o situaci, kdy divadelní manažer zapomněl oznámit žalobkyni, že postoupila do semifinále, ve kterém mezi padesáti semifinalistkami mělo být vybráno dvanáct a těm uděleno angažmá na tři roky v divadle. Žalobkyně pak žalovala, že ztratila šanci stát se jednou z dvanácti vybraných a požadovala náhradu újmy ve výši ztracené příležitosti. Soud uznal, že ztracená šance má určitou hodnotu a je kompenzovatelná. Dalším známým případem, kde byla využita teorie ztráty šancí, byl případ *Dillon v. Twin State Gas & Electric Co.* z roku 1932. V tomto případě se jednalo o situaci, kdy chlapec padal z mostu a při pádu se zachytil neizolovaných drátů elektrického vedení. Elektrický proud chlapce vymrštil zpět na most a zabil. Rodiče chlapce pak žalovali elektrickou společnost, že neizolované dráty chlapce zabily a proto byl připraven o příležitost spadnout z mostu a případně přežít pád, byť zřejmě těžce postižen.

<sup>12</sup> V zásadě je možno hovořit o triku, či užitečné fikci.

<sup>13</sup> JANSEN., N, Loss of a Chance, Historical Report, str. 545, in: WINIGER, Bénédicte – KOZIOL, Helmut – KOCH, Bernhard - ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *Digest of European Tort Law. Essential cases on natural causation*. New York: SpringerWienNewYork, c2007. ISBN 32-113-6957-0.

<sup>14</sup> D. 9,2,29,3.

<sup>15</sup> D. 18,1,8,1.

<sup>16</sup> Tento typ smlouvy byl nazýván *emptio rei speratae*, blíže viz ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1.vydání, New York: Oxford University Press, 1996. ISBN 978-0-19-876426-7, s. 246 a násl.

<sup>17</sup> Např. Sarah Green v knize *Causation in Negligence*, GREEN, Sarah. *Causation in Negligence*. Oxford: Hart Publishing, 2015, s. 152 a násl.

### 3. TYPICKÉ PŘÍKLADY VYUŽITÍ TEORIE ZTRÁTY ŠANCÍ

V právních řádech se objevují různé druhy případů zahrnujících ztrátu šance. Typicky lze vymezit tři hlavní skupiny, v jejichž rámci je teorie ztráty šance analyzována:

- 1) případy pochybení zdravotnických pracovníků, kdy je žalována ztráta šance na uzdravení;
- 2) případy pochybení advokátů, kdy je žalována ztráta šance na úspěch ve sporu;
- 3) případy účasti na různých soutěžích, kdy v důsledku pochybení pořadatele soutěže nebo třetí osoby dojde ke ztrátě šance na výhru<sup>18</sup>.

Ačkoliv prvním případem byl případ spočívající ve ztrátě šance na výhru<sup>19</sup>, nejproblematičtější a nejčastějším druhem je však ztráta šance na uzdravení. Její problematičnost bude analyzována dále v textu, ale nelze nezmínit, že jako typický příklad ztráty šance na uzdravení bývá uváděn anglický případ *Hotson v. East Berkshire Health Authority*, který byl ovšem Sněmovnou Lordů řešen za použití standardních pravidel o prokazování příčinné souvislosti a použití teorie ztráty šance bylo nakonec odmítnuto<sup>20</sup>.

### 4. PROBLEMATICKÉ ASPEKTY SPOJENÉ S TEORIÍ ZTRÁTY ŠANCE

Teorie ztráty šance není všeobecně akceptována, neboť s sebou přináší několik problematických aspektů. Tato úskalí lze shledávat v rovině předpokladů vzniku odpovědnosti:

- 1) v rovině kauzálního nexu;
- 2) v rovině vymezení újmy;
- 3) v rovině protiprávnosti.

Dále budou všechny problematické aspekty nastíněny a analyzovány.

Ad 1) Problematické aspekty s ohledem na prokazování příčinné souvislosti

V případě správného chápání teorie ztráty šancí nejsou s prokazováním příčinné souvislosti spojeny výrazné problémy. Důležité je si uvědomit, že je – li ztráta šance uznána jako zvláštní druh újmy, pak se prokazování příčinné souvislosti nevztahuje ke způsobení skutečné újmy, ale pouze ke ztrátě šance.

---

<sup>18</sup> Obdobné dělení používá např. Graziano, T.,K., *Loss of Chance in European Private Law –All or Nothing or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation*, *European Review of Private Law*. 6, 2008, str. 1013 a násl. Obdobně také HEINRICH, Elke. *Haftung bei alternativer Kausalität mit Zufall: Arzthaftung bei unaufklärbarem Kausalverlauf*. Wien: Verl. Österreich, 2010. ISBN 9783704655080, s. 85 a násl., která uvádí např. ztrátu šance na výhru, ztrátu šance na uzdravení, ztrátu procesní šance nebo ztrátu šance při rozhodování.

<sup>19</sup> Viz shora případ *Chaplin v. Hicks* z roku 1911.

<sup>20</sup> Obdobně tomu bylo i v dalším známém případě *House of Lords Gregg v. Scott* z roku 2005.

V praxi to znamená, že důkaz o existenci kauzálního nexu musí být proveden již s potřebnou mírou přesvědčivosti. Pokud bychom se tedy vrátili k případu lékaře, který snížil svým jednáním šanci na přežití pacienta o 25 %, musí pak být příčinná souvislost mezi tímto jednáním a škodou (spočívající ve ztrátě šance) prokázána podle pravidel upravujících požadovanou míru přesvědčivosti důkazu<sup>21</sup>. Ve většině případů ale již nebude problematické důkaz s patřičnou mírou přesvědčivosti předložit<sup>22</sup>, neboť tento důkaz se již vztahuje pouze k vlastní ztrátě šance.

Problémy v oblasti prokazování kauzálního nexu mohou nastat zejména v případech, kdy je teorie ztráty šance nesprávně pochopena a je zaměňována s dalšími právními instituty, např. s mírou přesvědčivosti důkazu. Zejména v české soudní praxi je teorie ztráty šancí a její dopady do problematiky příčinné souvislosti předmětem dezinterpretací. Nejběžnějším omylem je využití teorie ztráty šance jako procesního institutu ke snížení důkazního standardu v rámci stávajícího systému „vše nebo nic“<sup>23</sup>.

## Ad 2) Problematické aspekty v rovině vymezení újmy

Problematických aspektů, které jsou s teorií ztráty šance v rovině vymezení újmy spojeny, je celá řada.

Prvním a základním problémem je skutečnost, že ztráta šance představuje pro řadu právních řádů nový druh újmy, který je obtížné zařadit do stávající systematiky náhrady újmy<sup>24</sup>. Jednou z hlavních námitek je skutečnost, že ztráta šance není vázána na vznik skutečné újmy<sup>25</sup>, ale újmou je již samotná ztráta šance, resp. zničení příležitosti na příznivější výsledek. Proto by se mohlo stát, že např. lékař v důsledku svého protiprávního jednání sníží šanci pacienta na uzdravení, ale pacient se přesto uzdraví. Pokud by pak újma spočívala skutečně výlučně ve ztrátě šance, pak by i v tomto případě vzniklo uzdravenému pacientovi právo na náhradu této újmy. Řada autorů se pak snaží tuto situaci překonat vazbou této újmy na skutečný výskyt škodlivého následku. Tak např. Jansen nebo Mäsch shodně tvrdí, že shora uvedená námitka nemůže obstát v situaci, kdy důsledně odlišujeme zvýšení rizika výskytu škodlivého následku a ztrátu šance, neboť v situaci, kdy se pacient uzdravil, ke ztrátě šance na uzdravení nedošlo, pouze se zvýšilo riziko vzniku škodlivého následku. Teorie ztráty

<sup>21</sup> V ČR to tedy bude podle standardů kladených na míru přesvědčivosti důkazních prostředků v civilním řízení v ČR – tj. příčinná souvislost musí být bezpečně prokázána.

<sup>22</sup> „Der Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen potentieller Schädigungshandlung und Chancenverlust ist somit im Regelfall ein Leichtes.“ viz EHLGEN, Christopher Bolko. *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen*. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. ISBN 9783161523182, s. 12, obdobně JANSEN, Niels. The Idea of a Lost Chance. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999, Vol. 19, No. 2 (Summer), s. 283.

<sup>23</sup> Typickým příkladem nepochopení teorie ztráty šance a jejího vztahu k požadované míře důkazu při prokazování kauzálního nexu je rozhodnutí Ústavního soudu ČR sp.zn. III.ÚS 3067/13 ze dne 20.12. 2016, bod 26 nebo bod 40, blíže k této problematice např. DOLEŽAL, A., DOLEŽAL, T. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016, ISBN 978-80-87439-28-9; současně je toto rozhodnutí z hlediska teorie ztráty šance problematické i z jiného hlediska, a to z hlediska delikttní ochrany ztráty šance a jejího uplatnění jako chráněného statku třetími osobami – viz níže.

<sup>24</sup> „The idea of a lost chance says that the loss of a chance should be legally acknowledged as a new kind of harm generating recovery.“ JANSEN, Niels. The Idea of a Lost Chance. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999, Vol. 19, No. 2 (Summer), s. 282.

<sup>25</sup> Např. KOZIOL, Helmut. *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012. ISBN 978390238854.

šance může tak být použita pouze v případě, kdy v důsledku jednání škůdce skutečně došlo ke ztrátě šance, nikoliv v situaci, kdy jeho jednání pouze zvýšilo riziko výskytu škodlivého následku.<sup>26</sup>

Připustíme-li, že ztráta šance představuje svébytný druh újmy, pak problémy v oblasti vymezení tohoto druhu újmy nekončí. Často jsou vedeny diskuse, jaký druh újmy ztráta šance představuje. Jedná se o újmu majetkovou nebo nemajetkovou? Tyto diskuse hrají významnou roli zejména v zemích, kde jsou některé druhy újem nenahraditelné<sup>27</sup> nebo jsou nahraditelné pouze za určitých podmínek<sup>28</sup>. V obecné rovině dochází často k tomu, že je poukazováno na ekonomickou hodnotu šance a je dovozováno, že se jedná o majetkový statek, ocenitelný penězi<sup>29</sup>. Vysoce sporná je však povaha újmy v případě ztráty šance na uzdravení. Jedná se o majetkovou újmu, či nemajetkovou újmu? Ani v zahraničí nepanuje v tomto ohledu shoda. Zatímco někteří zahraniční autoři se shodují na tom, že se jedná o zvláštní druh škody<sup>30</sup>, existuje i názor opačný, který spatřuje ve ztrátě šance na uzdravení újmu nemajetkovou<sup>31</sup>, a ve smyslu § 253 BGB odmítá její peněžité odškodnění<sup>32</sup>. Obdobně v ČR se objevil názor, že „ztráta šance na zlepšení zdraví je reparablem nárokem, který bude za současného stavu možné uplatnit jako nemajetkovou újmu na přirozených právech člověka podle § 2956 ObčZ“<sup>33</sup> s tím, že se tento názor opírá o nález Ústavního soudu ČR ze dne 9. 1. 2014, sp. zn. III.

<sup>26</sup> Blíže JANSEN, N. The Idea of a Lost Chance. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1999, Vol. 19, No. 2 (Summer), s. 295 a 296: „The law, therefore, on the one hand should give a claim if there was no prior substantial risk of the final injury, even if after the defendant's act there was some chance left. Then the defendant should be liable, since his act constitutes a *conditio sine qua non* for the final harm. On the other hand, the law also should give a claim if there was no substantial chance left. Then the defendant should be liable for destroying the chance. However, there should be no liability if a plaintiff's situation was already endangered so that the defendant only infringed a chance and where also a substantial chance was left. For these cases of a mere reduction of a chance or increase of risk, I see no feasible way for giving a tort law claim within the traditional conceptual framework of a *conditio sine qua non*.“ Obdobně také MÄSCH, str. 294 : „ Wird, wie hier vertreten, nur für den Verlust einer Chance, nicht für deren Reduzierung haftet, so setzt jeder Ersatzanspruch voraus, dass die Chance tatsächlich und endgültig verloren gegangen ist.“, MÄSCH, Gerald. *Chance und Schaden: zur Dienstleisterhaftung bei unaufkläraren Kausalverläufen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. ISBN 9783161483646, s. 294. K tomuto argumentu ovšem Koziol uvádí: „The exclusion of a chance-reduction is, moreover, of very decisive significance, as chances are regularly not completely destroyed but merely diminished.“ KOZIOL, Helmut. *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012. ISBN 978390238854.

<sup>27</sup> Např. ustanovení § 2894 odst. 2 OZ nebo § 253 BGB.

<sup>28</sup> Např. čistá ekonomická škoda a její nenahraditelnost v rovině deliktního práva – viz ustanovení § 2910 OZ.

<sup>29</sup> ... „Hier liegt es auf der Hand, dass der Chancenverlust ein selbstständig zu bewertender Vermögensschaden ist.“, STOLL, Hans. Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht. *Steffen-FS* (1995), s. 475 a násl.

<sup>30</sup> STOLL, Hans. Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht. *Steffen-FS* (1995), s. 475 a násl.

<sup>31</sup> „ausschliesslich mit den ideellen Gütern des Lebens und der Gesundheit verknüpft ist, ohne in den Bereich der Vermögenssphäre hineinzureichen.“, MÜLLER-STOY, Walter. Schadensersatz für verlorene Chancen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Freiburg i.Br., Univ., Diss., 1973, str. 234.

<sup>32</sup> „Geldersatz für die verlorene Heilungschance zu gewähren, würde eindeutig gegen das Verbot des §253 BGB verstossen.“, MÜLLER-STOY, Walter. Schadensersatz für verlorene Chancen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Freiburg i.Br., Univ., Diss., 1973.

<sup>33</sup> VALUŠ, Antonín. *Civilní spory mezi lékařem a pacientem při poskytování zdravotní péče*. Praha: Leges, 2014. Praktik (Leges). ISBN 9788075020451. Obdobně také BEZOUŠKA, P. In: M. Hulmák a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1573.

ÚS 2253/13<sup>34</sup>. Tento závěr je ovšem podle našeho názoru nutno odmítnout, neboť újma spočívající ve ztrátě šance je zvláštním druhem újmy, nikoliv újmou na přirozeném právu člověka podle § 2956 OZ. Pokud bychom ale setrvali na nemajetkovém charakteru této újmy<sup>35</sup>, pak by její kompenzovatelnost narážela v určitých případech na ustanovení § 2894 odst. 2 OZ<sup>36</sup>.

Dalším z problematických aspektů aplikace teorie ztráty šance je možnost dvojího požadavku na odškodnění (*double claim*), neboť ztráta šance a újma na zdraví jsou dva odlišné právní statky a při jejich odškodnění se neuplatní zásada *ne bis in idem*<sup>37</sup>.

Posledním z problematických aspektů v případě ztráty šance jako újmy je její vlastní vyčíslení. Ačkoliv se v některých případech může zdát, že se jedná o prosté vyčíslení pravděpodobnosti uskutečnění šance a výpočet bude jednoduchý<sup>38</sup>, zejména v případě ztráty šance na uzdravení je velmi obtížné dospět k vyčíslení ztráty šance, neboť odvíjet její hodnotu od skutečně vzniklé škody může být komplikované<sup>39</sup>. Správné vyčíslení hodnoty ztracené šance totiž představuje soubor znalostí matematických, statistických a veřejného zdravotnictví<sup>40</sup>. Lars Noah uvádí ve svém článku, že soubor soudních rozhodnutí ve věci ztráty šance na uzdravení představuje případovou studii možných nebezpečí spojených se soudní negramotností v oblasti matematiky<sup>41</sup>.

Ad 3) Problematické aspekty v rovině vymezení šance jako právem chráněného statku a protiprávnosti jednání zasahujícího do tohoto statku

Poslední problematickou oblastí při úvahách o možné nahraditelnosti újmy spočívající ve ztrátě šance je vymezení šance jako právem chráněného statku a s tím souvisejícím vymezením protiprávnosti jednání zasahujícího do tohoto statku. O této problematice se v české literatuře často nehovoří, byť může mít zásadní vliv na vznik odpovědnosti.

Problémy spojené s vymezením šance jako právem chráněného statku jsou samozřejmě odlišné pro oblast smluvní a deliktní odpovědnosti. Zatímco v oblasti smluvního práva mohou strany svým ujednáním učinit šanci chráněným statkem, jinak je tomu v právu deliktním. S tím také souvisí

<sup>34</sup> Ve kterém ústavní soud dovodil, že: „Ústavně konformní výklad (z hlediska základního práva na plnou náhradu veškeré utrpěné újmy na zdraví) § 444 odst. 1 občanského zákoníku (ve znění do 31. 12. 2013) tak vyžaduje, aby se pod termínem „škoda na zdraví“ rozumělo nejen zhoršení zdravotního stavu poškozeného, nýbrž i ztráta jeho očekávaného zlepšení způsobená vadami postupu poskytovatele zdravotní služby.“

<sup>35</sup> ovšem nešlo by o újmu na přirozených právech člověka podle ustanovení § 2956 OZ.

<sup>36</sup> Ustanovení § 2894 odst. 2 OZ stanoví, že povinnost nahradit jinému nemajetkovou újmu postihuje škůdce pouze v případech, je-li tak výslovně ujednáno nebo stanoví-li to zvlášť zákon. Zákonné ustanovení, které by stanovilo povinnost k náhradě nemateriální újmy spočívající ve ztrátě šance na uzdravení, žádný zákon však neobsahuje. V případě smluvní odpovědnosti by pak záleželo na smluvních ujednáních – viz níže.

<sup>37</sup> Blíže k tomu KOZIOL, Helmut. *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012. ISBN 978390238854, s. 158.

<sup>38</sup> Tak tomu mohlo být např. ve shora uváděném případě *Chaplin v. Hicks*.

<sup>39</sup> Zejména v situaci, kdy bychom připustili náhradu ztráty šance i v situacích, kdy ke skutečné, finální škodě nedojde.

<sup>40</sup> Blíže k tomu např. KING, J., H., Jr. „Reduction of Likelihood“ Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine, 28 U. Mem. L. Rev., 491, 1997-1998, str. 554 a 555, kde pracuje s výsledky medicínských výzkumů, věkovými hranicemi pacientů, falešně negativními hodnotami prováděných testů, atp.

<sup>41</sup> „If nothing else, the experience with loss of a chance claims offers a case study in the hazards associated with judicial innumeracy.“, NOAH, L. An Inventory of Mathematical Blunders in Applying the Loss-of-a-Chance Doctrine, Rev.Litig., 369,2005, str. 383.



možnost odlišného posuzování protiprávnosti jednání v těchto odlišných oblastech. OZ totiž nevymezuje již kategorii protiprávnosti jednotně<sup>42</sup>, ale konkretizuje protiprávnost vždy v rámci základních skutkových podstat odpovědnosti za škodu. Tak dochází k tomu, že kategorie protiprávnosti je rozdílná v rovině smluvní (§ 2913 OZ) a deliktní odpovědnosti (zejména § 2910 OZ).

a) Ztráta šance a deliktní odpovědnost

V rámci deliktní odpovědnosti došlo s přijetím nového OZ k výrazným posunům. Ten základní spočívá v tom, že ustanovení § 2910 vyžaduje pro vznik újmy zásah do absolutního práva jiného (§ 2910 věta první) nebo porušení ochranné normy (§ 2910 věta druhá). S ohledem na shora uvedené je tedy nezbytné vrátit se k povaze chráněného statku a případně ochranných norem směřujících k ochraně samotné šance. Zásadní problém nastává zejména u šance na uzdravení. Zcela zjevné je, že právní kvalifikace újmy spočívající ve ztrátě šance je zcela odlišná od skutečné újmy; a tak je tomu i se statky, které jsou dotčeny<sup>43</sup>. Zatímco zdraví a život jsou absolutně chráněnými právy ve smyslu ustanovení § 2910 věta první, šance absolutně chráněným právem není.

Z tohoto pohledu je také velmi obtížné hovořit o její kompenzaci v rámci stávajícího deliktního práva, neboť ustanovení § 2910 se uplatní pouze v případě zásahu do absolutního práva člověka nebo v situacích, kdy dojde k zásahu do jiného práva poškozeného zaviněným porušením zákonné povinnosti stanovené na ochranu takového práva. Zákonné ustanovení, které by stanovilo povinnost chránit šanci na uzdravení, však v našem právním řádu nenalezneme<sup>44</sup>.

Zajímavým problémem u deliktní odpovědnosti za ztrátu šance je rovněž její použitelnost pro odškodnění újem třetích osob, tj. osob odlišných od vlastního poškozeného. Tato problematika se týká i rozhodnutí Ústavního soudu ČR sp. zn. III. ÚS 3067/13<sup>45</sup>, kde žalují pozůstalí zeměle ženy a požadují náhradu újmy spočívající ve ztrátě šance na uzdravení<sup>46</sup>. Úprava nároků náhrady nemajetkové újmy třetích osob při usmrcení nebo zvláště závažném ublížení na zdraví je upravena ve zvláštním ustanovení § 2959 OZ. Náhrada jiných nemajetkových újem je pak vyloučena. V případě, že bychom považovali ztrátu šance na uzdravení za majetkovou újmu, je její odškodnění u třetích osob rovněž vyloučeno v důsledku znění § 2910. Současně je nutno poznamenat, že i bez zákonného vyloučení náhrady, by náhrada ztráty šance na uzdravení nárokováná třetími osobami, byla krajně

<sup>42</sup> Jako porušení právní povinnosti jak to činil OZ 1964 v ustanovení § 420 odst.1.

<sup>43</sup> „A further, very decisive problem is addressed by Stoll: the chance of recovery is not an independent legally protected good, such as could trigger duties to compensate when injured. Rather, it is only bodily integrity that is comprehensively protected.“ KOZIOL, Helmut. *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012. ISBN 9783902638854, s. 154.

<sup>44</sup> Obdobně BEZOUŠKA, P. In: M. Hulmák a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1552, odlišně ale náleží Ústavního soudu ČR ze dne 9. 1. 2014, sp. zn. III. ÚS 2253/13. Domníváme se ale, že tato teze neplatí jen pro kompenzaci ztráty šance na uzdravení, ale obecně u institutu ztráty šancí.

<sup>45</sup> Byť v něm není vůbec zmiňována.

<sup>46</sup> Ztráta šance na uzdravení ve výši 20% pak měla být způsobena postupem non lege artis lékaře. Vlastní žalobní nárok je ovšem specifikován jinak a předložená formulace je provedena autory článku na základě tvrzení žalobců (viz bod 13 rozhodnutí).

problematická, neboť zcela absentuje důkaz o tom, že škůdce skutečně způsobil poškozenému újmu na zdraví<sup>47</sup>.

#### b) Ztráta šance a smluvní odpovědnost

Obdobně jako v rovině delikt ní odpovědnosti, tak ani u odpovědnosti smluvní není jednoduché zodpovědět, zda představuje ztráta šance kompenzovatelnou újmu. Samozřejmě i v rovině smluvní odpovědnosti hraje významnou roli kvalifikace druhu újmy, kterou ztráta šance představuje; a to z toho důvodu, že pokud by ztráta šance na uzdravení představovala nemajetkovou újmu, pak povinnost ji odčinit musí být výslovně ujednána – nestačí tedy odkaz na účel smlouvy nebo povinnosti, které bývají součástí smlouvy, ale nejsou ve smlouvě upraveny. Jinak tomu může být v případě majetkového charakteru újmy, kdy stačí, aby smluvní strana porušila povinnost ze smlouvy (§ 2913 OZ ve spojení s § 2894 odst 1 OZ), a to včetně tzv. vedlejších povinností, které mohou vzniknout i ze zvyklostí a zavedené praxe stran. Proto je vždy nezbytné zkoumat jednotlivé smluvní typy a jim přináležející obsah primárních a vedlejších smluvních povinností.

Někteří autoři<sup>48</sup> se domnívají, že ochrana šancí je nedílnou součástí účelu smlouvy<sup>49</sup>. Mäsch toto obecné tvrzení vztahuje i k šanci na uzdravení a dovozuje, že součástí smlouvy mezi lékařem a pacientem je rovněž ochrana šance na uzdravení, neboť pacient lékaře vyhledává právě proto, aby se uzdravil (vylepšil jeho zdravotní stav). K tomu ovšem Ehlgén dodává, že je samozřejmé, že pacient vyhledává lékaře za určitým účelem, ale z tohoto zamýšleného účelu nelze dovozovat povinnost chránit šanci na uzdravení<sup>50</sup>. S ohledem na úpravu smlouvy o péči v OZ a vymezení povinností smluvních stran se lze domnívat, že bez výslovného smluvního ujednání bude obtížné dovodit, že by předmětem smlouvy o péči byla rovněž ochrana šance na uzdravení<sup>51</sup>.

## ZÁVĚR

Teorie ztráty šancí představuje zajímavý, ale relativně problematický koncept. Základní problémy tohoto konceptu byly nastíněny shora v textu a je zřejmé, že se nejedná o otázky marginálního významu. Jak bylo poukázáno, teorie ztráty šancí také neřeší problémy způsobené nemožností objasnit kauzální průběhy v situacích, k jejichž řešení byla původně koncipována.

---

<sup>47</sup> „Richtigweise müsste man sich damit abfinden, dass die Haftung für die velorene Chance keine abgeleiteten Ansprüche von Angehörigen ermöglicht: Weil nicht nachgewiesen ist, dass der Arzt die fragliche Person getötet hat, kann er nicht für Ansprüche haften, die gerade dies voraussetzen.“, MÄSCH, Gerald. *Chance und Schaden: zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. ISBN 9783161483646, s. 300.

<sup>48</sup> Např. Stoll, Gottwald nebo Mäsch.

<sup>49</sup> „Ein Vertrag... kann ferner dem speziellen Zweck dienen, einem anderen eine vermögenswerte Chance zu verschaffen oder zu erhalten... Schon die Vereitelung der Chance ist ein haftungsbegründender Übergriff in den Rechtskreis des Betroffenen.“ STOLL, Hans. *Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel*, AcP, 176 (1976), s. 188.

<sup>50</sup> Blíže k tomu EHLGÉN, Christopher Bolko. *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen*. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. ISBN 9783161523182, s. 245.

<sup>51</sup> Blíže k tomu EHLGÉN, Christopher Bolko. *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen*. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. ISBN 9783161523182, s. 244 a násl.

Současně přináší nové problémy v oblasti vymezení ztráty šance jako újmy a její kompenzovatelnosti v režimu stávajících pravidel úpravy odpovědnosti. Akceptaci této teorie do praxe by měla předcházet širší debata, neboť dosavadní představy o tomto konceptu jsou velmi odlišné a často i zavádějící.<sup>52</sup>

*Tento článek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v.v.i., RVO 68378122*

---

<sup>52</sup> Koziol se k akceptaci teorie ztráty šance vyjadřuje velmi skepticky: „It appears *doubtful*, however, that this doctrine offers a *dogmatically appropriate* solution that is in harmony with the overall system.“ KOZIOL, Helmut. *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012. ISBN 978390238854, s. 153 a dále: „*In my opinion, this all speaks very clearly against adopting the doctrine of loss of a chance.*“, s. 158.

**Referenční seznam:**

DOLEŽAL, A., DOLEŽAL, T. *Kauzalita v civilním právu se zaměřením na medicínskoprávní spory*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016. 261 s. Edice Kabinetu zdravotnického práva a bioetiky. ISBN 978-80-87439-28-9

EHLGEN, Christopher Bolko. *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen*. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. ISBN 9783161523182.

HULMÁK, M. a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014). Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 2072 s.

JANSEN, Niels. *The Idea of a Lost Chance*. Oxford Journal of Legal Studies. 1999, Vol. 19, No. 2 (Summer),

KOZIOL, Helmut. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012. Marginal number, ISBN 978-3-902638-85-4.

KOZIOL, Helmut. *Österreichisches Haftpflichtrecht*. 3., neubearbeitete Aufl. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1997. ISBN 32-140-4688-8.

MÄSCH, Gerald. *Chance und Schaden: zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. ISBN 9783161483646.

WINIGER, Bénédict – KOZIOL, Helmut – KOCH, Bernhard - ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *Digest of European Tort Law. Essential cases on natural causation*. New York: SpringerWienNewYork, c2007. ISBN 32-113-6957-0.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1. vydání, New York: Oxford University Press, 1996. ISBN 978-0-19-876426-7 (PB)