



## Odborný článek

---

# Využití kognitivních zkreslení pro efektivnější vymáhání pohledávek

---

*Jan Dohnal*

*Mgr. Jan Dohnal, B.A., LL.M., Ph.D., je absolventem Právnické fakulty UP (Ph.D., Mgr.), University of Michigan Law School (LL.M.) a Goshen College (B.A.). Studijní pobyty absolvoval na Erasmus University v Rotterdamu a The John Marshall Law School v Chicagu. Působí jako advokát specializující se na správu a řízení obchodních korporací (corporate governance), transakční poradenství a soudní spory.*

### Abstrakt

Je obecně známo, že lidský mysl je ovlivnitelná, jelikož člověk má přirozenou tendenci být při vnímání a zpracovávání ovlivněn tzv. kognitivními zkresleními, tedy vrozenými systemickými chybami v rozhodování či úsudku. Kognitivní zkreslení jsou standardně využívána v oblasti marketingu, reklamy či reklamních sdělení s cílem zvýšit prodejnost či atraktivitu nejrozličnějších služeb či výrobků. V tomto článku autor zkoumá otázku, zda lze kognitivní zkreslení (resp. s nimi související teorii „nudgingu“) úspěšně aplikovat rovněž v oblasti procesu vymáhání pohledávek. Kromě otázky uplatnitelnosti souvisejících taktik či strategií pak autor v článku rovněž zkoumá zákonné limity pro jejich implementaci v rámci vymáhacích procesů a potenciálně aplikovatelné negativní právní následky pro případ, že by příslušné právní normy byly porušeny.

### Abstract

It is generally known that the human mind is susceptible, as individuals have a natural tendency to be influenced by so-called cognitive biases, which represent inherent systematic errors in decision-making or judgment. Cognitive biases are commonly utilized in the fields of marketing, advertising, or promotional messages, with the aim of increasing the sales or attractiveness of various services or products. In this article, the author examines the question of whether cognitive biases (or the related theory of ‘nudging’) can be successfully applied in the field of debt collection processes. In addition to exploring the applicability of related tactics or strategies, the author also investigates the legal limits for their implementation within debt collection processes and potentially applicable negative legal consequences in case relevant legal norms are violated.

## 1. Úvod

Procesy spojené s vymáháním pohledávek představují nezbytnou agendu mnoha věřitelských subjektů, zejména pak obchodních společností uzavírající velké množství spotřebitelských smluv na opakovaná plnění jako např. dodávky energií, služeb elektronických komunikací apod. Je pochopitelné, že efektivita těchto procesů vedoucí k co nejvyšší úspěšnosti vymožení pohledávek je primárním cílem těchto (ale jiných) věřitelských subjektů. V tomto článku se budu zabývat otázkou, jak lze v rámci vymáhacího procesu využít tzv. kognitivní zkreslení ve spojení s již široce známým konceptem „nudgingu.“<sup>1</sup>

## 2. Vymezení pojmů

Na úvod je vhodné začít s vymezením základních pojmů tohoto článku, kterými jsou zejména kognitivní zkreslení a nudging. Kognitivní zkreslení („*cognitive bias*“) jsou systematické chyby ve způsobu, jakým lidé vnímají, zpracovávají a interpretují informace ve svém okolí. Tato zkreslení mohou ovlivnit lidské rozhodování, hodnocení a chování, a to i tehdy, když si toho dotčené osoby nejsou plně vědomi. Jde tak o systematické vzory odchylek od normy nebo racionality při posuzování reality, což často vede ke zkreslení vnímání, nepřesným soudům, nelogickým interpretacím nebo obecně k tomu, co nazýváme iracionalitou.<sup>2</sup> Zjednodušeně řečeno tak kognitivní zkreslení představují mentální zkratky nebo tendence, které lidský mozek používá ke zjednodušení zpracování informací, přičemž však tyto zkratky mohou často vést k rozhodnutím odchylojícím se od logického nebo racionálního myšlení.<sup>3</sup>

Pojem „nudging“ je připisován behaviorálnímu ekonomovi Richardu Thalerovi a právnímu teoretikovi Cassu Sunsteinovi, kteří tento termín popularizovali v jejich společné monografii *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*.<sup>4</sup> Jedná se o koncept úzce spojený s kognitivními zkresleními a rozhodováním, kdy nudging představuje navrhování a prezentování možných jednání či alternativ způsobem, který jemně ovlivňuje rozhodovací proces adresátů, aniž by omezoval jejich svobodu volby.<sup>5</sup> Nudging tak subtilně směřuje adresáty k tomu, aby učinily rozhodnutí, které se shodují s konkrétními cíli původce nudgingu. Nudging nezahrnuje nařizování ani nucení určitého chování, nýbrž se zaměřuje na to, aby určité volby byly atraktivnější nebo dostupnější na základě přirozeného lidského uvažování.

Jako jedny z mnoha možných příkladů kognitivních zkreslení a relevantních forem nudgingu mohou sloužit následující:<sup>6</sup>

- (a) Kotvicí efekt („*anchoring*“): Lidé mají skrze kognitivní zkreslení tendenci spoléhat či přeceňovat význam prvotní informace, kterou obdrží v souvislosti s určitým rozhodovacím procesem (tzv. kotva). Nudging pak může využít tohoto zkreslení tak, že v rámci procesu prezentování určitých možností nejprve představí určitou (preferovanou) možnost či informaci, které adresát (z důvodu jeho kognitivního zkreslení) bude zpravidla přikládat nejzásadnější význam.<sup>7</sup> Otázky spojené s kotvicím efektem jsou tak hojně diskutovány a aplikovány mj. v oblasti teorie vyjednávání.<sup>8</sup> Pokud tedy smluvní strany mají vyjednávat např. o otázkách, ve kterých není stanovení konkrétních limitů zcela exaktní (např. limitace smluvní odpovědnosti, výše smluvních pokut), je vhodné usilovat o to být stranou, která v dané otázce uvede první konkrétní návrh. Tím totiž pravděpodobně vytvoří

u druhé strany výše uvedenou „kotvu“ a další jednání se řádově povedou v mezích tohoto prvního návrhu (třebaže by mohlo být zcela legitimní uvažovat v dané otázce o řádech násobně vyšších či nižších).

(b) Zkreslení výchozí volby („*status quo bias*“): Lidé mají tendenci zůstat u výchozí volby, kterou si buď sami v minulosti zvolili, či jim byla předurčena druhou stranou. Lidé tak většinou jednají, jelikož setrvání u výchozí volby zpravidla vyžaduje méně úsilí či se s ní pojí nižší rizika. Nudging může využít tohoto zkreslení tak, že stanoví určitou možnost jako výchozí, čímž se zvýší pravděpodobnost, že u ní adresáti setrvají. Právě toto zkreslení je v současné době hojně diskutováno např. v souvislosti se snahou o vytvoření vhodných pravidel pro výchozí nastavení investic do penzijních fondů, jelikož právě prvotní nastavení významně ovlivňuje dlouhodobou skladbu investičního portfolia (jednoduše proto, že jen málokdo je motivován výchozí nastavení takových investic do penzijních fondů, jakkoliv měnit).<sup>9</sup> Dalším příkladem může být tzv. automatická prolongace, tj. ujednání (zejména) ve spotřebitelských smlouvách o tom, že smlouva bude automaticky prodloužena na další období, nebude-li ze strany spotřebitele v určitém časovém úseku před vypršením stávajícího období ze strany spotřebitele vypovězena. V takovém případě podnikatel využívá spotřebitelovo zkreslení „výchozí volby“ a nastavuje mu tak smluvní základ pro další pokračování v právním vztahu. Z tohoto důvodu je tak institut automatické prolongace v řadě oblastí zákonem<sup>10</sup> regulována, aby nemohlo docházet k nepřiměřenému zneužívání tohoto institutu, resp. ke zneužívání výše uvedeného zkreslení výchozí volby, které spotřebitele zatěžují.

### 3. Využití kognitivní zkreslení a nudgingu v oblasti (předžalobního) vymáhacího procesu

V úvodu bylo zmíněno, že tento článek bude pojednávat o využití kognitivních zkreslení pro účely zvýšení efektivity vymáhacích procesů. Konkrétně se však zabývám pouze tou fází vymáhacího procesu, která se odehrává na úrovni samotných věřitelů, tj. fází před předáním případu k vymáhání třetím stranám (typicky advokátům). Tato předžalobní část vymáhacího procesu zahrnuje především různé formy upomínek a výzev, v rámci kterých je dlužník urgován k tomu, aby dobrovolně uhradil svůj dluh. A právě různá formulace či znění těchto výzev může různým způsobem působit na osobu dlužníka, a tím ho tak (buď více či méně) motivovat k rychlému a dobrovolnému uhrazení dluhu.<sup>11</sup>

Formy nudgingu, které lze v rámci předžalobních upomínek za výše uvedeným účelem využít, mohou zahrnovat následující:

(a) Stádový efekt („*herding effect*“) a sociální normy: Lidé bývají ovlivněni tím, jak se chová většina. Zároveň pak lidé mají často tendence přikládat význam morálním apelům. Výzva k úhradě tak ve světle těchto kognitivních zkreslení může obsahovat následující sdělení:

*„90% zákazníků nám hradí své závazky včas. To je správné a férové. Nebudte součástí menšiny, která neplatí své dluhy.“*

(b) Efekt opomenutí. Lidé mají tendenci posuzovat (své) aktivní škodlivé jednání významněji (a přisuzovat takovému jednání větší váhu), než své aktivní opomenutí (a to i přes to, že obojí má tentýž finální efekt). Proto je z pohledu tohoto kognitivního zkreslení vhodné formulovat upomínky např. následovně:

Namísto formulace: „*Pokud Váš dluh nebude uhrazen do uvedeného data, bude Váš případ předán k soudnímu vymáhání*“

Lze text formulovat následovně: „*Pokud neuhradíte dluh do uvedeného data, budeme takové jednání pokládat za Vaši aktivní volbu, kterou vyjadřujete svoji vůli v rozporu se smlouvou neplnit sjednané povinnosti. Z důvodu Vašeho jednání tak Váš případ bude předán k soudnímu vymáhání.*“

(c) Averse ke ztrátě („*loss aversion*“): Lidé mají silnější tendenci vyhýbat se ztrátám, než dosahovat ekvivalentních zisků. Předžalobní výzvy tak mohou využít tohoto zkreslení tak, že dlužníkovy možnosti dalšího postupu dají do souvislosti s možnými ztrátami, aby tím ovlivnily dlužníkovy rozhodnutí. Toto kognitivní zkreslení tak může být využito k tomu, aby byl dlužník informován o potenciálních finančních ztrátách a dalších souvisejících rizicích pro případ, že na výzvu nebude reagovat. Ačkoli je tato praktika v předžalobních upomínkách již dnes hojně využívána, je nezbytné uvést, že informace o hrozících ztrátách by měly být co nejvíce konkrétní a specifické, aby se plně projevil potenciál tohoto kognitivního zkreslení. Abstraktní sdělení totiž nemají na lidský mozek totožný efekt. S ohledem na další související kognitivní zkreslení, je pak vhodné text doplnit rovněž o konkrétní adresné oslovení („*Vážený pane Nováku*“) a dále např. informaci o tom, že chování dlužníka bude dále monitorováno a vyhodnocováno.<sup>12</sup>

Namísto: „*Nebude-li úhrada připsána na uvedený účet do 3 pracovních dnů, bude Vám naúčtován rovněž poplatek za písemnou upomínku a smluvní pokuta za prodlení s úhradou*“

Lze formulovat následovně: „*Pane Nováku ... Pokud uhradíte předmětnou částku do 3 pracovních dnů, vyhnete se povinnosti hradit poplatek za písemnou upomínku ve výši 150,- Kč a smluvní pokutě za prodlení s úhradou ve výši 1 500,- Kč... Vaše jednání v této záležitosti budeme nadále monitorovat a v případě dalšího prodlení vyhodnotíme další postup.*“

(d) Využití obrázků a grafiky: Použitím obrázků či grafiky, které jsou spojeny s pozitivními emocemi, jako jsou např. úsměvy, symboly úspěchu nebo klidné scénérie, lze aktivovat lidské emoce spojené s těmito vizuálními stimuly. Tím je dosaženo dvou klíčových efektů. Zaprvé, dlužníci se mohou začít více ztotožňovat s institucí, která úhradu opomíná, protože vytvoření pozitivního vztahu k tomuto subjektu může snížit negativní pocity standardně spojované s hrazením (jakýchkoli) plateb. Zadruhé, grafické obrázky mohou spustit v dlužnících pocit vděčnosti nebo vzpomínky na minulé pozitivní zkušenosti, což může vyvolat silnější motivaci k úhradě pohledávky. Kognitivní zkreslení tak v tomto kontextu nutí dlužníky reagovat na upomínky spíše na základě emocí a vzpomínek, než na základě úvah ohledně jejich finanční situace.

Grafická znázornění však mohou být využity i k vytvoření jiných než pozitivních emocí. Typicky, pokud by se na samotné výzvě (či již na obálce) vyskytoval symbol vysílající signál, že pohledávka nebyla uhrazena (např. rudě červené razítko s nápisem „PO SPLATNOSTI“ či „NEUHRAZENO“) dojde sice velmi pravděpodobně k vytvoření negativních emocí u adresáta, nicméně takový signál má potenciál „aktivovat“ dlužníka k tomu, aby překonal své emoce, které každý při placení účtů pociťuje, a pohledávku uhradil.

(e) Jednoduchost. Jak uvádí výše uvedení autoři Thaler a Sunstein, hlavním nástrojem pro překonání prokrastinace a kognitivních zkreslení, které lidi svádí ke špatným rozhodnutím, je jednoduchost (princip „*make it simple*“). Z tohoto pohledu je tak již prakticky nezbytnou nutností zahrnout do platebních upomínek tzv. QR kód, který úkony související s úhradou pohledávek snižuje na naprosté minimum.

Využití QR kódů v rámci platebního procesu má potenciál významně zlepšit platební morálku dlužníků. Zavedením QR kódu do platebního systému je vytvořen prostor pro rychlou a nenáročnou úhradu, čímž je eliminována nutnost manuálního zadávání platebních informací a s tím spojených nároků na čas a pozornost. Tímto způsobem dochází k redukci negativních emocí, které mohou být spojeny s ručním vyplňováním platebních údajů, a tím i ke snížení případných obav či frustrace spojených s tímto procesem.

Další technikou, která pracuje s tímto kognitivním zkreslením, je zjednodušování a zkracování textů upomínek, případně poskytnutí (vedle úplného znění upomínky se všemi relevantními informacemi) také shrnutí nejdůležitějších informací.

## **4. Studie zabývající se využití kognitivních zkreslení (nudgingu) v rámci vymáhacího procesu**

Výše uvedené poznatky v oblasti nudgingu byly v minulosti (a nadále jsou) podrobovány mnoha studiím a výzkumům, které testovaly a ověřovaly jejich vliv v reálném světě. Zpravidla byly tyto výzkumy prováděny metodou tzv. A/B testingu. Jedná se o metodu používanou k porovnání dvou verzí proměnného prvku nebo elementu za účelem zjištění, která verze se chová, resp. funguje lépe. Tato metoda je často využívána v oblastech jako je marketing či design uživatelské zkušenosti k tomu, aby se na základě dat ukázalo, která možnost či alternativa je efektivnější. V rámci testování různých forem nudgingu pro účely efektivnějšího předžalobního vymáhacího procesu tak řada studií rozesílala na různé skupiny osob dvě či více znění předžalobních (či obecně upomínkových) výzev využívající nejrozličnější formy nudgingu a úspěšnost těchto výzev pak porovnávaly s kontrolním vzorkem osob, které obdržely standardní (původní) znění výzev.

Tak např. účinnost nudgingu popsáno v bodě (a) výše (stádový efekt a morální apely) byly opakovaně testovány v různých zemích v rámci vládních snah o zlepšení výběru daní. Poznatky ze Spojeného Království či Norska ukazují, že drobná reformulace výzev k úhradě daní s informací o tom, že ostatní osoby ze stejného regionu či oblasti přiznávají a hradí své daně řádně a včas prokazatelně vedla k vyšší úspěšnosti výběru daní.<sup>13</sup> Obdobný úspěch zaznamenaly rovněž sdělení o tom, jak a kde konkrétně finanční prostředky z výběru daní pomáhají (morální apely).<sup>14</sup>

Řada studií rovněž testovala hypotézu týkající se výše nastíněného přikládání obrázků do výzev a upomínek. V rámci těchto studií pak bylo potvrzeno, že přikládání obrázků, které vyvolávají pozitivní emoce, zvyšuje pravděpodobnost úhrady daných pohledávek či alespoň produkci určité reakce ze strany dlužníka.<sup>15</sup> Studie sledování pohybu očí pak ukazují, že obrázky ve výzvách často přitahují značnou pozornost adresáta, zvláště pak jde o obrázky dětí, usmívajících se jednotlivců, atraktivních jednotlivců a další obdobná grafika. Související reakce pak lze vhodně využít pro navození emocí, které podpoří dobrovolné splnění platby na straně dlužníka.<sup>16</sup>

Studie rovněž prokázaly, že zjednodušení procesu, který má vést k požadovanému jednání, snižuje emoční, fyzickou a finanční zátěž, kterou lidé pociťují při provádění předmětné činnosti (ať už jde o např. nakupování či hrazení závazků apod.) a tím zásadně zvyšuje pravděpodobnost, že požadované chování bude u adresátů realizováno.<sup>17</sup> Zjednodušení procesů vedoucích k příslušnému rozhodnutí doporučuje rovněž britská vládní skupina pro zvýšení výběru daní, která poznatky behaviorální

psychologie zapracovává do svých vládních doporučení. Kromě již výše uvedených QR kódů může tato strategie zahrnovat rovněž předestření klíčového sdělení v úvodu výzvy, použití jednoduchého jazyka, detailní ale přehlednou specifikaci požadovaných kroků a odstranění irelevantních informací.<sup>18</sup> Efektivita této techniky byla testována (s pozitivním výsledkem) v nedávné době také v podmínkách ČR. Konkrétně se jednalo o experiment zkoumající otázku, zda přiložení jednoduchého průvodního dopisu k výzvě k úhradě pokuty za dopravní přestupky, bude mít pozitivní efekt na celkový výběr pokut.<sup>19</sup>

## 5. Právní otázky a souvislosti

Z výše uvedeného pojednání je zřejmé, že využívání kognitivních zkreslení a relevantních forem nudgingu může potenciálně vést k neetickým praktikám a k určité manipulaci s dlužníkem. Nabízí se tak otázka, zda cílené využívání výše uvedených technik nemůže být stiženo negativními právními následky pro rozpor takového jednání se zákonem.<sup>20</sup> Dlužníci si totiž zpravidla nebudou vědomí užití popisovaných jednání, které by takto byly používány k ovlivnění jejich rozhodnutí. Předmětná praxe tak v reálu může mít blízko k psychologickému vynucení dlužníka k provedení plateb, ke kterým by se věřitelé jinak nemuseli dostat. V právní rovině by tedy v určitých případech mohlo být otázkou, zda byly na straně dlužníka splněny náležitosti právního jednání např. z pohledu ustanovení § 587 občanského zákoníku (bezprávná výhružka), ustanovení § 584 občanského zákoníku (omyl vyvolaný lstí), nebo zda není využívání nudgingu v rámci vymáhacího procesu v rozporu se zásadami, na kterých je občanský zákoník založen.

### A. Bezprávná výhružka

Pro právní analýzu vymezenou v předchozím odstavci je na tomto místě vhodné začít obecnou charakteristikou výzvy k úhradě či předžalobní upomínky. Smysl a účel takové výzvy zpravidla spočívá zejména ve funkci upozorňovací, dokumentační a varující.<sup>21</sup> Lze vycházet z toho, že upozorňovací a dokumentační funkce předžalobní výzvy bude standardně legitimním (a tedy i s právem souladným) cílem, neboť konkrétní text bude v tomto rozsahu pouze popisovat skutkový stav věci (upozorňovací funkce) a dokumentovat snahu o mimosoudní řešení (dokumentační funkce).<sup>22</sup> Budou-li v právě uvedeném smyslu ze strany věřitele popisovány rozhodné skutečnosti pravdivě a (dostatečně) úplně, neměla by být samotná předžalobní výzva v tomto rozsahu jakkoliv právně závadná.

Největší prostor pro potenciální protiprávnost předžalobní výzvy však otevírá její varující funkce, v rámci které věřitel upozorňuje dlužníka na možné důsledky spojené s neplněním jím tvrzené povinnosti, příp. poskytuje dlužníku další kontext a informace. Zároveň jde o prostor, kde je nudging nejvíce uplatnitelný, jelikož právě rozšířeným kontextem ohledně neplnění povinností, upozorněním na možné důsledky apod. může věřitel psychologicky působit na dlužníka.

V závislosti na konkrétní formě a textaci různých forem nudgingu tak znění výzvy skutečně může zasáhnout do právem chráněných statků. Např. již výše popsané varování „*Vaše jednání v této záležitosti budeme nadále monitorovat a v případě dalšího prodlení vyhodnotíme další postup*“ lze potenciálně vnímat (při nejmenším z pohledu dlužníka) jako zásah do soukromí dlužníka.<sup>23</sup> Obdobně pak také již výše ilustrované upozornění „*90% zákazníků nám hradí své závazky včas. To je správné*



*a férové. Nebudte součástí menšiny, která neplatí své dluhy*“ může být potenciálně vyhodnoceno jako zásah do cti a důstojnosti dlužníka, který je takto implicitně označován za neférového smluvního partnera.<sup>24</sup> V případě rozšíření textu např. o upozornění na možnost zveřejnění v tzv. dlužnických seznamech, hrozbou exekuce či zapojení inkasních agentur (případně dalších ještě explicitnějších forem výstrah) pak možná protiprávnost nudgingu, který v tomto případě cílí na dlužníkovu averzi ke ztrátám, dostává ještě jasnější obrysy.

Z výše uvedeného odstavce je tak zjevné, že nudging může v určitých případech vyvolávat dojem určitého nátlaku zasahujícího do právem chráněných statků, který, v případě překročení určitých mezí, bývá označován jako tzv. bezprávná výhružka. Odborná literatura obecně vymezuje bezprávnou výhružku jako protiprávní jednání vzbuzující odůvodněný strach z újmy na straně adresáta.<sup>25</sup> Ačkoli je často bezprávná výhružka spojována zejména s fyzickým násilím, není vyloučeno, aby její povaha spočívala i v čistě morální rovině (tedy např. i výše uvedené formy nudgingu implikující morální odsouzení dlužníka, který neplní své povinnosti).<sup>26</sup> Zároveň může skutkovou podstatu bezprávné výhružky naplnit i hrozba jednání, ke kterému je jednající věřitel plně oprávněn (tedy případně i pouhé varování o krocích, které je věřitel oprávněn činit a kterými věřitel hrozí pro případ, že nebude povinnost splněna).<sup>27</sup>

Dle ustanovení § 587 občanského zákoníku způsobuje právní jednání, které bylo učiněno v souvislosti s bezprávnou výhružkou, relativní neplatnost. Tento negativní následek však bude nastolen pouze v případě, kdy bude dána (i) bezprávnost výhružky, (ii) výhružka bude způsobila vyvolat důvodnou obavu, (iii) bude existovat příčinná souvislost mezi právním jednáním a výhružkou.

Stran první podmínky, nepůjde v případě v tomto článku diskutovaného nudgingu z povahy věci o nátlak užitím protiprávního prostředku<sup>28</sup> ani o sledování protiprávního cíle, jakožto základních podob bezprávné výhružky.<sup>29</sup> Implementace nudgingu do výzvy k plnění však může (i z pohledu výše uvedených příkladů) hraničit s bezprávnou výhružkou pro protiprávní „vztah mezi použitým prostředkem a cílem, kterého má být dosaženo.“ V těchto případech jednající hrozí provedením něčeho, k čemu je oprávněn (výkon práva), a sleduje i cíl, který je sám o sobě po právu (dosažení splnění dlužné platební povinnosti), bezprávné je však použití daného prostředku k dosažení sledovaného cíle (bezprávné je tedy použití daného prostředku k tomu, aby druhá strana byla donucena provést předmětné právní jednání či faktický úkon).<sup>30</sup> Pro dodržení zákonných limitů tak hrozba či varování dlužníka musí mít legitimní spojitost s jednáním, ke kterému je dlužník za pomoci nudgingu „nucen.“ Tedy zatímco hrozba podáním žaloby, účtováním smluvních pokut apod. má logickou a legitimní souvislost s požadovaným jednáním (jelikož jde o právem předvídaný prostředek, který zákon či smlouva věřiteli přiznává), hrozba např. okamžitým provedením exekuce již takovou spojitost v zásadě nemá, jelikož provedení exekuce je závislé na výsledku soudního vyhodnocení tvrzené povinnosti. Tedy např. za okolností, kdy dlužník tvrzenou povinnost rozporuje, by věřitelova hrozba (nevyhnutelným) zabavováním majetku mohla již být potenciálně za hranou.

Oproti výše uvedenému, formulace popisující různé souvislosti a úhly pohledu na neplnění smluvních povinností (které však budou úzce spojeny či úzce souviset s tvrzenou povinností) bude zásadně představovat legitimní „nátlak na dlužníka“, který odborná literatura<sup>31</sup> i judikatura<sup>32</sup> při nenaplnění charakteru bezprávné výhružky výslovně zmiňuje. Dle judikatury lze za oprávněný nátlak označit jednání, kterým někdo hrozí tím, co je oprávněn provést a čím je oprávněn hrozit za tím účelem, aby druhou stranu přiměl k určitému jednání, přičemž takové jednání nemůže být důvodem neplatnosti

právního úkonu uzavřeného pod jeho vlivem.<sup>33</sup> Dělicím kritériem oddělujícím nudging ve formě bezprávné výhružky a nudging ve formě oprávněného nátlaku tak bude mj. hledisko, jak úzce kontext, souvislosti či varování, které jsou ve výzvě uvedeny, s tvrzenou povinností (či s právními důsledky, které předvídá smlouva či zákon) souvisí.

V souvislosti s podmínkou na způsobilost bezprávné výhružky vyvolat důvodnou obavu z újmy, je pak třeba zejména zabývat se otázkou, zda je pro kvalifikaci bezprávné výhružky rozhodující objektivní či subjektivní hledisko. V tomto ohledu pak odborná literatura i judikatura zdůrazňuje objektivní hledisko.<sup>34</sup> Nestačí tedy, aby obava z újmy vznikala pouze na základě subjektivních pocitů adresáta výhružky (dlužníka), nýbrž tato obava by musela zejména existovat i z pohledu průměrné osoby nacházející se v postavení adresáta.

Na základě výše uvedeného lze tedy uzavřít, že určité formy nudgingu užitě v předžalobních výzvách potenciálně mohou (v závislosti na jejich formulaci) vzbuzovat otázky, zda nepřekračující meze legitimního nátlaku na dlužníka a nenaplnují povahu bezprávné výhružky. Aby se však nudging dostal do roviny bezprávné výhružky, musela by výzva zmiňovat souvislosti, prostředky a procesy, které jednak s povinností splnit smluvní povinnost úzce nesouvisí (např. hrozba zabavování majetku, hrozba insolvence, hrozba narušení osobních vztahů) a navíc by pak taková výhružka musela být objektivně způsobilá vyvolat obavy z újmy. Domnívám se, že žádný z příkladů nudgingu uvedených v tomto článku tyto podmínky nenaplnuje.

## B. Omyl vyvolaný lstí

Může být rovněž otázkou, zda nudging, tj. techniku využívající přirozených chyb v rozhodování a úsudku adresátů, nelze považovat za určitou formu lsti. Občanský zákoník v § 584 stanoví, že omyl vyvolaný lstí působí neplatnost bez ohledu na to, zda se omyl týkal hlavní či vedlejší okolnosti.

Lstivé jednání občanský zákoník nikterak nedefinuje, činí tak nicméně judikatura. Ta lstivé jednání charakterizuje jako jednání povahově podvodné s cílem vyvolat nebo využít omyl protistrany.<sup>35</sup> Z tohoto pohledu je tak zřejmé, že pro naplnění této skutkové podstaty by implementovaný nudging musel mít povahu pokusu o podvod či povahu úmyslně lživého jednání. Jako příklad by tak šlo uvést, nikoliv pouhé vyhrožování exekucí a zabavování majetku, kterému může potenciálně dojít po řádném nalézacím řízení, ale bezpodmínečným informováním dlužníka o tom, že neuhradí-li pohledávku do 5 dní, bude okamžitě následovat exekuční vymáhání v obydlí dlužníka. Je zřejmé, že v takovém případě by z povahy věci nemohlo pojmově vůbec jít o nudging (jak byl tento pojem vymezen v úvodu), nýbrž o jednání podvodné, nepoctivé a právem zapovězené (a zároveň potenciálně trestné).<sup>36</sup>

## C. Rozpor s právními principy

Na závěr právní analýzy nudgingu je pak vhodné testovat tyto techniky pohledem právních zásad, které občanský zákoník výslovně zakotvuje mj. jako korektiv případného bezpráví.<sup>37</sup> V souvislosti s diskutovanými technikami přichází v úvahu zejména otázka, zda v nejobecnější rovině není využívání nudgingu v rozporu s principem poctivosti, ke kterému je věřitel při jednání s dlužníkem za všech okolností povinen.

Ustanovení § 6 občanského zákoníku stanoví, že nikdo nesmí těžit ze svého nepoctivého činu. Dle



judikatury představuje poctivost neurčitý právní pojem, který obecně vyjadřuje standard chování v právních vztazích vyžadující čestnost, otevřenost a povinnost brát ohledy na zájmy druhé strany.<sup>38</sup> Mezi funkce principu poctivosti patří mj. také tzv. „doplňující“ funkce, podle které princip poctivosti vyplňuje mezery (a to jak zamýšlené či nezamýšlené) ve smlouvě či zákonné úpravě.<sup>39</sup> Otázka, zda využití nudgingu, jakožto prostředku k ovlivnění rozhodovacího procesu či úsudku dlužníka, není z povahy věci nepoctivým jednáním ze strany věřitele, se tak jeví na první pohled jako legitimní.

Nicméně princip poctivosti nesvazuje pouze věřitele, nýbrž také dlužníka. Snaha poskytnout dlužníkovi ochranu, když dlužník sám jedná protiprávně (neplní dluh), by tak mohlo být vnímáno jako nespravedlivé. Věřiteli pak také svědčí ochrana dle jiných zásad, na kterých je občanský zákoník založen, především pak ochrana vlastnictví<sup>40</sup> či zásada pacta sunt servanda.<sup>41</sup>

Při kolizi právních principů je třeba předmětný rozpor posoudit testem proporcionality. Z tohoto pohledu pak půjde o posouzení, zda se snaha věřitele o vydobytí své pohledávky skrze předžalobní upomínku svému (legitimnímu) účelu nezpronevěruje tím, že použité prostředky (nudging) jsou nepřiměřené ve vztahu k cíli, který má být dosažen (a to při zvážení zájmů dlužníka jakožto adresáta předmětného jednání). V tomto ohledu pak mám za to, že při naplnění pravého smyslu a účelu nudgingu, jak byl vymezený výše, nelze tyto techniky považovat za nepřiměřené prostředky k dosažení požadovanému (legitimnímu) cíli věřitele. Pokud tedy bude možné, v souladu s již výše uvedeným pojednáním učiněným v souvislosti s bezprávnou výhrůžkou, ve výzvě využitý nudging kvalifikovat jako legitimní nátlak na dlužníka, nebude dle mého názoru důvod vyhodnocovat využití prostředky k dosažení cíle (tj. využití nudging k dosažení splnění pohledávky) jako nepřiměřené.

## 6. Závěr

Kognitivní zkreslení jsou realitou lidského bytí, jejich existence člověka provází ve všech ohledech každodenního života, ať už jde o televizní reklamy, běžné nákupy v kamenných prodejnách či online-shopping apod. Ve všech těchto případech podnikatelé, resp. jejich marketingoví specialisté, obchodní zástupci atd. v menším či větším rozsahu pracují s lidskou psychikou a tedy i kognitivními zkresleními. Tento článek pojednával o možnostech využití lidských kognitivních zkreslení za účelem zlepšení úspěšnosti předžalobního vymáhacího procesu. V článku byly demonstrovány příklady, které za výše uvedeným účelem mohou být v rámci vymáhacího procesu implementovány, přičemž valná většina těchto doporučení vychází z již studiemi potvrzenými závěry o lidské psychice. Ačkoli mohou v právní rovině vznikat otázky zabývající se validitou využití nudgingu v rámci vymáhacího procesu, neplatnost či jiné negativní důsledky vadných právních jednání by se měly dostavovat pouze v extrémních případech. V těchto případech však již často vůbec nepůjde o nudging (jakožto techniku navrhování a prezentování možných jednání či alternativ způsobem, který jemně ovlivňuje rozhodovací proces adresátů, aniž by však omezoval jejich svobodu volby), nýbrž o nepoctivé a právem zapovězené praktiky.

## Seznam poznámek pod čarou

- 1 Z anglického „nudge“, volně přeloženo jako popostrčit, či pošouchnout. Termín nicméně žádným způsobem nepřekládám vzhledem k chybějícímu adekvátnímu ekvivalentu v českém jazyce a rovněž vzhledem k tomu, že termín „nudge“ je již známý a do určité míry užívány i v češtině.
- 2 HASELTON, Martie, NETTLE Daniel. The evolution of cognitive bias. In: BUSS, David (ed.). *The Handbook of Evolutionary Psychology*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2005, s. 724–746.
- 3 Tamtéž.
- 4 THALER, Richard, SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press. 2008.
- 5 Sunstein a Thaler v tomto ohledu mluví o tzv. libertaránském paternalismu, viz: THALER, Richard, SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press. 2008, s. 5.
- 6 Ve skutečnosti však již bylo kognitivních zkreslení identifikováno v odborné literatuře nespočet. Pro stručný přehled v českém jazyce viz např. ŠTĚPÁNEK, Josef. 58 kognitivních zkreslení, která škodí všemu, co děláme. *josefstepanek.cz*, publikováno dne 29. října 2017, citováno dne 26. srpna 2023. Dostupné online na: <https://josefstepanek.cz/58-kognitivnich-zkresleni-ktera-skodi-vsemu-delame>.
- 7 LOVALLO, Dan, KAHNEMAN, Daniel. Delusions of success. How optimism undermines executives' decisions. *Harvard Business Review*, 2003, roč. 81, č. 7, s. 56–63.
- 8 SHONK, Katie. What is Anchoring in Negotiation? *Harvard.edu*, publikováno dne: 15. srpna 2023, citováno 21. srpna 2023. Dostupné online na: <https://www.pon.harvard.edu/daily/negotiation-skills-daily/what-is-anchoring-in-negotiation>.
- 9 TAPPER, Henry. How pension schemes are challenging “Status Quo” bias. *henrytapper.com*, publikováno dne 7. prosince 2022, citováno dne 27. srpna 2023. Dostupné online na: <https://henrytapper.com/2022/12/07/how-pension-schemes-are-challenging-status-quo-bias/>.
- 10 Např. § 63b odst. 3 zákona č. 127/2005 Sb., zákona o elektronických komunikacích.
- 11 Taková úvaha samozřejmě dává smysl pouze ve vztahu k dlužníkům, kteří na úhradu předmětné pohledávky skutečně mají dostatečné volné zdroje. Vycházím nicméně z toho, že vedle okruhu osob, které neplatí dluhy z důvodu své tíživé ekonomické situace, existuje řada lidí, kteří dluhy neplatí (či je platí pozdě) z důvodu, že takové úkony pouze notoricky odkládají či je pokládají za příliš nákladné vzhledem k potenciálně hrozcím rizikům (o kterých však mohou mít mylnou představu).
- 12 Jedná se o projevy dalšího kognitivního zkreslení, dle kterého pouhý pocit toho, že osobu někdo jakkoliv sleduje, vytváří nutkavou potřebu se takového sledování zbavit (v tomto případě tím, že pohledávka bude uhrazena).
- 13 BOTT, Kristina a kol. *You've Got Mail: A Randomized Field Experiment on Tax Evasion*. NHH Norwegian School of Economics Working Paper 2014. HALLSWORTH, Michael a kol. The behavioralist as tax collector: Using natural field experiments to enhance tax compliance. *Journal of*

*Public Economics*, 2017, roč. 148, s. 14-31.

14 Tamtéž

15 HOLM, Niels a kol. Increasing Public Debt Collection With Nudging: Results of Two Natural Fields Experiments. *Scandinavian Journal of Public Administration*, 2022, roč. 4, č. 22, s. 45-64.

16 Tamtéž.

17 FOGG, Brian. *A behavior model for persuasive design*. Proceedings of the 4th International Conference on Persuasive Technology, 2009. Dostupné online na: [https://www.demenzemedicinagenerale.net/images/mens-sana/Captology\\_Fogg\\_Behavior\\_Model.pdf](https://www.demenzemedicinagenerale.net/images/mens-sana/Captology_Fogg_Behavior_Model.pdf), také Four simple ways to apply behavioural insights. [www.bi.team](http://www.bi.team), publikováno dne: 11. dubna 2014, citováno dne 20. srpna 2023. Dostupné online na: [http://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2015/07/BIT-Publication-EAST\\_FA\\_WEB.pdf](http://www.behaviouralinsights.co.uk/wp-content/uploads/2015/07/BIT-Publication-EAST_FA_WEB.pdf)

18 Tamtéž.

19 DUŠEK, Libor, TRAXLER Christian, PARDO, Nicolas. Jak zlepšit výběr pokut? Experiment se zjednodušením informací. [prf.cuni.cz](http://prf.cuni.cz). publikováno: duben 2023, citováno dne 28. 9. 2023. Dostupné online na: [https://www.prf.cuni.cz/sites/default/files/uploads/files/HUB\\_studie\\_Jak%20zleps%CC%8Cit%20vy%CC%81be%CC%8Cr%20pokut\\_0.pdf](https://www.prf.cuni.cz/sites/default/files/uploads/files/HUB_studie_Jak%20zleps%CC%8Cit%20vy%CC%81be%CC%8Cr%20pokut_0.pdf)

20 Tato otázka rovněž vyplynula v rámci diskuze na konferenci Den práva a psychologie pořádané dne 26. května 2023 na právnické fakultě MU, kde byl příspěvek prezentován.

21 HRNČÍŘ, Vít. Výzva k zaplacení aneb čím vším je věřitel oprávněn hrozit. *Ekonom.cz*, publikováno dne 15. 12. 2010, citováno dne 23. 9. 2023. Dostupné online na: <https://pravnicaradce.ekonom.cz/c1-48644740-vyzva-k-zaplaceni-aneb-cim-vsim-je-veritel-opravnen-hrozit>

22 Tamtéž.

23 Pochopitelně lze vymyslet i více hraniční této formy nudgingu, např. „*Od této chvíle budeme veškeré Vaše jednání neustále sledovat a v závislosti na Vašem chování podnikneme další kroky.*“

24 I tato forma nudgingu může být více agresivní (v krajním případě pak obsahovat urážky a nelichotivá označení dlužníka).

25 BERAN, Vladimír. In: PETROV, Jan, VÝTISK, Michal, BERAN, Vladimír a kol. *Občanský zákoník. 2. vydání (2. aktualizace)*. Praha: C. H. Beck, 2023, komentář k ustanovení § 587, marg. č. 1.

26 Tamtéž, marg. č. 10

27 Tamtéž, marg. č. 16-17, judikatura *Výhrůžka musí být bezprávná (protiprávní), tj. jejím prostřednictvím se vynucuje něco, co tímto způsobem vynuceno být nesmí. O takový případ jde nejen tam, kde se vyhrožuje něčím, co není vůbec dovoleno, nýbrž i tam, kde je sice výhrůžka důvodná, avšak jejím prostřednictvím se vynucuje něco, k čemu být využita nesměla.*“

28 Např. pohrůžkou násilí.

29 Např. nucení k uzavření protiprávní smlouvy.

30 BERAN, Vladimír. In: PETROV, Jan, VÝTISK, Michal, BERAN, Vladimír a kol. *Občanský zákoník. 2. vydání (2. aktualizace)*. Praha: C. H. Beck, 2023, komentář k ustanovení § 587, marg. č.

17

31 Tamtéž.

32 Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 25. 3. 2010, sp. zn. 33 Cdo 3606/2007: „*hrozí-li však někdo tím, co je oprávněn provést a čím je oprávněn hrozit za tím účelem, aby druhou stranu přiměl k určitému jednání, nejde o bezprávnou výhrůžku, ale o oprávněný nátlak, který nemůže být důvodem neplatnosti právního úkonu uzavřeného pod jeho vlivem.*“

33 Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 25. 7. 2005, sp. zn. 33 Odo 808/2005.

34 Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 24. 9. 2009, sp. zn. 21 Cdo 4573/2008.

35 Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 8. 2. 2010, sp. zn. 31 Cdo 3620/2010.

36 HRNČÍŘ, Vít. Výzva k zaplacení aneb čím vším je věřitel oprávněn hrozit. Ekonom.cz, publikováno dne 15. 12. 2010, citováno dne 23. 9. 2023. Dostupné online na: <https://pravniradce.ekonom.cz/c1-48644740-vyzva-k-zaplaceni-aneb-cim-vsím-je-veritel-opravnen-hrozit>

37 Ustanovení §10 občanského zákoníku.

38 Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 2. 2019, sp. zn. 21 Cdo 3722/2017.

39 PIPKOVÁ, Petra. In: PETROV, Jan, VÝTISK, Michal, BERAN, Vladimír a kol. Občanský zákoník. 2. vydání (2. aktualizace). Praha: C. H. Beck, 2023, komentář k ustanovení § 6, marg. č. 10.

40 Ustanovení § 3 odst. 2 písm. e) občanského zákoníku.

41 Ustanovení § 3 odst. 2 písm. d) občanského zákoníku.