

Piotr Skibiński

Odpowiedzialność odszkodowawcza za niestaranne prowadzenie negocjacji

Problematyka sposobu prowadzenia negocjacji była już przedmiotem pogłębionej analizy w doktrynie prawa cywilnego, ale ostatnio stała się szczególnie aktualna w związku z nowelizacją¹ art. 72 k.c. Obecnie przepis ten *expressis verbis* odwołuje się do pojęcia dobrych obyczajów, wskazując nadto, że prowadzenie negocjacji bez zamiaru zawarcia umowy jest szczególnym przypadkiem prowadzenia tych negocjacji w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. W takich przypadkach strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami obowiązana jest do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła, licząc na zawarcie umowy. Z treści tego przepisu wynika zatem, że ustawodawca przyjął funkcjonującą wcześniej w doktrynie prawa cywilnego instytucję *culpa in contrahendo*, a więc „winy w kontraktowaniu”² i związaną z nią odpowiedzialność w granicach ujemnego interesu umownego.

Przed nowelizacją art. 72 k.c. w doktrynie nie kwestionowano dopuszczalności odpowiedzialności cywilnoprawnej za niestaranne prowadzenie negocjacji. Wprowadzenie w 2003 r. wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie usankcjonowało sformułowane w doktrynie poglądy. Natomiast sporny pozostał charakter tej odpowiedzialności.

¹ Ustawa z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 49, poz. 408).

² Por. K. P i a s e c k i, *Kodeks cywilny*. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz, Kraków 2003, s. 264, tak też uchwała SN z dnia 26 czerwca 2003 r., OSNP 2003, nr 21, poz. 511.

Przyjmowano, że ma ona charakter odpowiedzialności kontraktowej³. Takie tezy były echem doktryny niemieckiej, gdzie próbowano uzasadnić umowny charakter tej odpowiedzialności w następujący sposób:

– początkowo koncepcją „milczącej umowy wstępnej”, której treścią miał być obowiązek dochowania lojalności i staranności przy negocjowaniu, tak by drugiej stronie nie wyrządzić szkody;

– następnie koncepcją polegającą na tym, iż źródłem zobowiązania do starannego negocjowania jest jednostronna czynność prawna mająca postać oferty lub zaproszenia do rokowań;

– a także koncepcją „faktycznych stosunków umownych”, która polega na tym, iż źródłem zobowiązań są nie tylko czynności prawne czy przepis ustawy, ale także zdarzenia faktyczne⁴. Takim zdarzeniem faktycznym miałyby być – w przypadku dążenia do zawarcia kontraktu – tzw. „styczność społeczna” określonych podmiotów. Zaistnienie tej styczności społecznej wystarcza do powstania zobowiązania pomiędzy stronami. Podawano zaczerpnięte z niemieckiego orzecznictwa przykłady⁵, wedle których samo wejście klienta do sklepu stanowi już pomiędzy klientem a sprzedawcą taką styczność społeczną, która uzasadnia powstanie zobowiązania starannego działania przy negocjacjach co do zakupu określonej rzeczy i uzasadnia odpowiedzialność cywilnoprawną w tym zakresie⁶.

³ Na gruncie kodeksu zobowiązań tezę taką przyjęli L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań*, Warszawa 1936, s. 347 oraz Z. Nowakowski, *Odpowiedzialność za cudze czyny według kodeksu zobowiązań*, Poznań 1948, s. 200.

⁴ Zob. R. von Jhering, *Culpa in contrahendo oder schadenersatz bei nichtigen oder nich zur Perfection gelangten Versagen*, Jahrbücher für die Dogamtik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Jena 1861, s. 1 i 16; L. Enneccerus, H. Lehmann, *Recht der Schuldverhältniss*, Tybinga 1954, s. 183. Koncepcję tę w literaturze polskiej dokładniej omawia też Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 88 i nast.

⁵ J. Staudinger, W. Weber, *Kommentar zum BGB*, Berlin 1967, s. 46.

⁶ Więcej na temat tych koncepcji por. T. Pajor, *Zakres stosowania reguł odpowiedzialności kontraktowej w razie wyrządzenia szkody przed zawarciem lub po wykonaniu umowy*, *Studia Prawno-Ekonomiczne* 1983, t. XXXI, s. 39, także R. Kwaśnicki, R. Lewandowski, *Culpa in contrahendo w prawie polskim oraz niemieckim*, *Prawo Spółek* 2002, nr 5, s. 37; por. też K. Lorenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, *Allegemeiner Teil*, Berlin 1963, s. 39; J. Esser, *Schuldrecht*, t. I: *Allegemeiner Teil*, Karlsruhe 1968, s. 327; R. von Jhering, *Culpa in contrahendo...*, s. 1 i 16.

Jednak większość autorów – szczególnie na gruncie prawa polskiego – przyjmowała deliktowy charakter tej odpowiedzialności⁷. Argumentowano, iż samo podjęcie negocjacji nie uzasadniało przyjęcia poglądu, że w ten sposób dochodzi do zawiązania się między stronami negocjującymi jakiegoś stosunku obligacyjnego⁸. Podkreślano też, iż w czasie negocjacji na stronach ciążyą jedynie ogólne obowiązki powinności przestrzegania dobrych obyczajów, lojalności wobec partnera rokowań, a także ostrożności we wzajemnych stosunkach. Nie ma tu mowy o jakimś skonkretyzowanym świadczeniu, z czym mamy do czynienia w stosunkach zobowiązaniowych, lecz powinności stron negocjujących mają charakter obowiązków ogólnych, bliżej nieskonkretyzowanych, polegających na uczciwości i lojalności wobec drugiej strony. Podmiotom prowadzącym negocjacje przysługuje odszkodowanie za samo nielojalne prowadzenie negocjacji, albowiem naruszenie powszechnie obowiązujących reguł i standardów negocjacyjnych stanowi samoistne źródło zobowiązania do naprawienia szkody⁹. T. Pajor zakwestionował także niemiecką koncepcję „faktycznych stosunków umownych” podkreślając, iż nie jest uzasadnione rozszerzanie źródeł zobowiązań poza istniejący już katalog tych źródeł

⁷ Tak W. Czachórski, *Zobowiązania*, Warszawa 1994, s. 119; W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 206; S. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Wrocław-Warszwa-Kraków-Gdańsk 1974, s. 550; Z. Radwański, *System prawa cywilnego – część ogólna*, red. S. Grzybowski, Wrocław-Warszwa-Kraków-Gdańsk 1985, s. 611; Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1997, str. 125; Z. Radwański, *System prawa prywatnego – część ogólna*, Warszawa 2004, s. 52; P. Garnecki, *Culpa in contrahendo*, PPH 2001, nr 3, s. 9; A. Michalak, *Ochrona tajemnic handlowych w trakcie negocjacji*, MP 2003, nr 13, s. 583; W. J. Kocot, *Ofertowy i negocjacyjny tryb zawarcia umowy w ujęciu znowelizowanych przepisów prawa cywilnego*, PPH 2003, nr 5, s. 23. Taki pogląd przyjmuje też jednolicie orzecznictwo sądowe – por. uchwałę SN z dnia 26 czerwca 2003 r. III PZP 22/02, OSNP 2003, nr 21, poz. 511, uchwałę składu siedmiu sędziów Izby Cywilnej SN z dnia 28 września 1990 r. III CZP 33/90, OSNC 1991, nr 1, poz. 3, także wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 23 maja 1996 r. I ACr 212/96, OSA 1998, nr 4, poz. 15.

⁸ Tak J. Górski, *Przygotowanie umowy w świetle kodeksu zobowiązań*, Poznań 1938, s. 347.

⁹ Podobnie uchwała SN z dnia 26 czerwca 2003 r. III PZP 22/02, tak też M. Zachariasiewicz, *Zasada dobrej wiary jako kryterium oceny zachowania stron w toku negocjacji w ujęciu prawnoporównawczym (culpa in contrahendo)*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymilina Pazdana*, red. L. Ogiegielo, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005, s. 1501 i nast.

na jakieś zdarzenia faktyczne. Nie ma to bowiem ani oparcia w regulacjach prawnych, ani nie jest uzasadnione z punktu widzenia systematyki zobowiązań, ponieważ doprowadziłoby to do zatarcia zasadniczych różnic pomiędzy dwoma reżimami odpowiedzialności – kontraktowej i deliktowej¹⁰.

Należy zauważyć, iż pomimo wprowadzenia do art. 72 k.c. paragrafu 2 regulującego odpowiedzialność za prowadzenie negocjacji w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, nadal aktualny pozostaje problem charakteru tej odpowiedzialności. Przepis ten bowiem został umieszczony w części ogólnej kodeksu cywilnego (dotyczącej sposobu zawierania umów) i nie rozstrzyga on w ogóle, czy odpowiedzialność z tytułu *culpa in contrahendo* ma charakter kontraktowy czy też deliktowy¹¹.

Omówienie tego zagadnienia należy poprzedzić uwagą, że okoliczności prowadzenia negocjacji mogą być różne. Możliwe są dwie sytuacje:

1) gdy w związku z zawartymi negocjacjami strony żadnych oświadczeń woli w tym zakresie nie złożyły. W tym przypadku brak podstaw do formułowania jakichkolwiek twierdzeń o związaniu stron węzłem obligacyjnym;

2) gdy strony już w fazie negocjacji związały się jakimś stosunkiem obligacyjnym dotyczącym tych negocjacji i sposobu ich przeprowadzania. W tym przypadku mamy do czynienia ze szczególną postacią umów, jakimi są umowy o negocjacje.

W zależności od tego, z którą sytuacją będziemy mieli do czynienia, różnie może kształtować się wymóg starannego postępowania strony podejmującej negocjacje oraz inna jest zasada jej odpowiedzialności.

W sytuacji, gdy strony nie zawarły umowy o negocjacje i przystępują do ich prowadzenia bez wiązania się jakimikolwiek stosunkami obligacyjnymi, wówczas nie jest możliwe przyjęcie, by odpowiedzialność za niesttarne prowadzenie negocjacji miała charakter kontraktowy. Nie sposób bowiem konstruować tu jakichkolwiek koncepcji związania stron samym faktem podjęcia negocjacji, bowiem dopiero negocjacje mogą doprowadzić do zawarcia umowy i są etapem poprzedzającym umowę. Należy

¹⁰ T. P a j o r, *Zakres stosowania regul...*, s. 39.

¹¹ Por. A. O l e j n i c z a k, *Z problematyki culpa in contrahendo – uwagi o znaczeniu przepisu art. 72 § 2 k.c.*, [w:] *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa. Księga pamiątkowa Profesora Bronisława Ziemanina*, Szczecin 2005, s. 127 i nast.

zatem podzielić poglądy większości autorów o deliktowym charakterze odpowiedzialności w takiej sytuacji. Przyjęcie odmiennych poglądów doprowadziłoby do podważenia zarówno utrwalonej już koncepcji źródeł zobowiązań, jak też samego pojęcia zobowiązania, ponieważ zobowiązaniem byłoby nie tylko zawarcie konkretnej umowy, ale też wszystkie czynności prowadzące do jej zawarcia. Właściwie nie wiadomo w tej sytuacji, w którym momencie powstawałby stosunek obligacyjny, a co jeszcze bardziej istotne, nie sposób też ustalić jego treści, nie wiadomo bowiem, na czym miałyby polegać świadczenie stron w czasie negocjacji, skoro przed negocjacjami strony tego w ogóle nie uzgadniały. Teza o kontraktowym charakterze odpowiedzialności za *culpae in contrahendo* w sytuacji braku umowy negocjacyjnej razi swą sztucznością oraz przyjęciem fikcyjnych założeń o umownych stosunkach jeszcze przed zawarciem umowy i jest charakterystyczna tylko dla tych systemów prawnych, w których reżim odpowiedzialności deliktowej nie jest dostatecznie rozwinięty i nie zapewnia wystarczającej ochrony osobom poszkodowanym. W polskim prawie odpowiedzialność deliktowa traktowana jest w sposób bardzo szeroki i z powodzeniem wystarcza dla uzasadnienia odpowiedzialności za niestaranność negocjacyjną. Nie ma w tej sytuacji potrzeby tworzenia jakichś fikcji umownych i rozszerzania katalogu źródeł zobowiązań¹².

¹² Zupełnie odmienną, dość nowatorską koncepcję charakteru odpowiedzialności na podstawie art. 72 § 2 k.c. przedstawił P. Sobolewski, *Culpa in contrahendo – odpowiedzialność deliktowa czy kontraktowa*, PPH 2005, nr 4, s. 22. Wskazał on, iż przepis ten tworzy zupełnie odrębny od reżimu deliktowego i kontraktowego nowy rodzaj odpowiedzialności obiektywnej – za bezprawność (a więc naruszenie dobrych obyczajów). Dla wzmocnienia tego stanowiska dodatkowo porównał tę odpowiedzialność do odpowiedzialności Skarbu Państwa za działania jego funkcjonariuszy – także oderwanej od winy. Moim zdaniem jednak wnioski tego autora idą zbyt daleko. Po pierwsze – regulacja art. 72 § 2 k.c. jest zbyt lakoniczna, by można było na jej podstawie formułować wnioski o wprowadzeniu przez ustawodawcę zupełnie odrębnego od kontraktowego czy deliktowego reżimu odpowiedzialności. Nie wiadomo, jakie byłyby zasady tej odpowiedzialności, poza tym jedynie, że miałyby być to odpowiedzialność za bezprawność. Po drugie, trudno zgodzić się z leżącym u podstaw koncepcji prezentowanej przez tego autora przekonaniem, iż odpowiedzialność za *culpa in contrahendo* jest odpowiedzialnością oderwaną od winy, a jedynie odpowiedzialnością za bezprawność. Kryterium dobrych obyczajów (jako kryterium niewątpliwie obiektywne) nie jest bowiem jedynym i wyłącznym kryterium oceny postępowania określonego podmiotu na gruncie art. 72 § 2 k.c. Drugim takim kryterium jest, niewypowiedziane wprost przez ustawodawcę, kryterium dobrej wiary, a więc element

Sytuację, gdy strony przystępują do negocjacji bez związania się jakąkolwiek umową w tym zakresie, reguluje obecnie art. 72 § 2 k.c. Przepis ten ma, moim zdaniem, wyraźnie charakter deliktowy. Wskazuje się w doktrynie, iż tworzy on szczególną postać deliktu, choć zbyt daleko idące byłoby twierdzenie, że w ogóle odwoływanie się do przesłanek odpowiedzialności deliktowej jest zbędne¹³. Artykuł 72 § 2 k.c. dotyczy sytuacji, gdy strona podejmuje negocjacje bez zamiaru ostatecznego zawarcia umowy lub w inny sposób narusza w związku z prowadzeniem negocjacji dobre obyczaje. Z kolei art. 387 § 2 k.c. dotyczy kwestii odpowiedzialności za pierwotną niemożliwość świadczenia, a więc odpowiedzialności strony, która zawarła umowę, wiedząc o pierwotnej niemożliwości świadczenia i nie informując o tym drugiej strony.

Brak natomiast przepisu prawa, który regulowałby wyróżnianą w doktrynie¹⁴ sytuację polegającą na zawieraniu umów w innym celu niż ich wykonanie, a więc w takich okolicznościach, w których strona już w fazie negocjacji wie, iż nawet gdy zostanie w ich wyniku zawarta umowa, to pomimo jej zawarcia strona nie wykona świadczenia będącego przedmiotem tej umowy.

Negocjowanie w wyżej przedstawionych okolicznościach, a więc przy jednoczesnej świadomości, że umowa nie zostanie zawarta lub nie będzie wykonana, może, w razie wyrządzenia kontrahentowi szkody, uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadzie *culpa in contrahendo*¹⁵.

subiektywny – o czym mowa w dalszej części pracy. Por. w tym zakresie także P. Machnikowski, *Kodeks cywilny*, Tom I: *Komentarz*, Warszawa 2004, s. 297; P. Machnikowski, *Zmiany w przepisach k.c. o zawieraniu umów w trybie ofertowym i rokownikowym*, PPH 2004, nr 1, s. 4; P. Machnikowski, *Kierunek zmian w przepisach o zawieraniu umów*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2003, nr 2, s. 27; S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*. Księga pierwsza: *Część ogólna*, t. I, Warszawa 2003, s. 302, A. Olejniczak, *Z problematyki culpa in contrahendo...*, s. 139.

¹³ Por. D. Rogoń, *Problemy negocjacyjnego trybu zawarcia umowy po nowelizacji kodeksu cywilnego*, PPH 2003, nr 10, s. 4.

¹⁴ Por. P. Garnecki, *Culpa in...*, s. 9.

¹⁵ Zgodnie natomiast w doktrynie nie są uznawane za przypadki *culpa in contrahendo* sytuacje wskazane w art. 388 k.c. (wyzysk), 391 k.c. (odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania przez osobę trzecią), 103 § 3 k.c. (odpowiedzialność *falsus procurator*), 39 k.c. (odpowiedzialność osoby podającej się za organ osoby prawnej). Przepisy te dotyczą bowiem zupełnie innych rodzajowo okoliczności i podstawy odpowiedzialności są zupełnie inne.

Przyjęcie tezy, iż odpowiedzialność za *culpa in contrahendo* ma charakter deliktowy daje podstawę do twierdzenia, iż w fazie negocjowania strony mają pewne obowiązki związane z prowadzeniem negocjacji. Są to jednak raczej bardziej powinności ogólne związane z zachowaniem zasad uczciwości, lojalności, a nie obowiązki dokładnie sprecyzowane i ściśle oznaczone, tak by można było je określać mianem świadczenia (jak ma to miejsce w przypadku umów o negocjacje). Ustawodawca przyjął w art. 72 § 2 k.c. ogólną, podstawową zasadę, wedle której staranność prowadzenia negocjacji związana jest ściśle z poszanowaniem dobrych obyczajów, jako kryterium tej staranności. Dobre obyczaje w prowadzeniu negocjacji wiążą się z ogólnymi powinnościami stron określającymi pewien standard lojalności wobec drugiej strony. Do tych ogólnych powinności podmiotów prowadzących negocjacje należy zaliczyć:

1) powinności ochronne, z których wynika zakaz naruszania dóbr materialnych czy osobistych osób prowadzących negocjacje. Chodzi tu w szczególności o poszanowanie własności, zdrowia, życia, czci innych osób *etc.*;

2) powinności informacyjne stanowiące nakaz udzielania partnerowi w negocjacjach stosownych, wyczerpujących i rzetelnych informacji dotyczących przedmiotu negocjacji oraz zakaz wprowadzania go w błąd czy też wywoływania u niego błędnego przekonania o rzeczywistości, które może mieć zarówno postać zaniechania podania określonych informacji, jak też podanie informacji niepełnych czy też fałszywych;

3) powinność poszanowania tajemnicy handlowej partnera, która ma na celu niedopuszczenie do wykorzystywania dla swych celów przez jednego z partnerów negocjujących uzyskanych od drugiej strony informacji objętych tajemnicą;

4) powinność znajomości przedmiotu oraz podmiotów negocjacji, która stanowi nakaz osobistego, bez względu na zapewnienia drugiej strony negocjacji, zapoznania się ze stanem zarówno faktycznym, jak i prawnym, w jakim znajduje się rzecz, co do której prowadzi się negocjacje (w szczególności, czy określone rzeczy ruchome nie są wpisane do rejestrów, np. rejestru zastawów, albo jakie wpisy znajdują się w księdze wieczystej co do nieruchomości będącej przedmiotem negocjacji¹⁶), jak też nakaz spraw-

¹⁶ Por. w tym zakresie wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 listopada 1999 r. I ACa 866/99, OSA 2001, nr 10, poz. 52.

dzenia, jaki podmiot jest drugą stroną negocjacji, czy nie jest on zadłużony, czy osoby, które podmiot ten reprezentują mają stosowne upoważnienie do reprezentacji *etc.*;

5) powinność dążenia do zawarcia umowy, która stanowi zakaz postępowania polegającego na wywoływaniu w drugiej stronie uzasadnionego przekonania o zamiarze zawarcia określonej umowy, a następnie zerwaniu tych negocjacji bez uzasadnionych powodów;

6) powinność liczenia się z możliwościami partnera polegająca na świadomym składaniu propozycji, które są niemożliwe do przyjęcia przez kontrahenta;

7) powinność respektowania uzgodnionych już wcześniej postanowień umownych;

8) powinność dążenia do sprawnego przeprowadzenia negocjacji będąca zakazem celowego przewlekania negocjacji, które będąc zwykle elementem walki konkurencyjnej, z reguły zmierzają do utrudnienia lub nawet uniemożliwienia drugiej stronie podejmowania działalności gospodarczej z innymi uczestnikami rynku, osłabieniu jej czujności, ograniczeniu poszukiwania innych partnerów;

9) powinność zawierania umów skutecznych, która jest postulatem zawierania takich umów, w ramach których świadczenie będące ich przedmiotem jest możliwe do wykonania. Obowiązkiem strony negocjującej jest informowanie partnera o wiadomych jej okolicznościach, które czynią zawartą na skutek negocjacji umowę niewykonalną.

Szczególną postacią naruszenia tej ostatniej powinności jest postępowanie, w którym strona przystępuje do negocjacji, wiedząc z góry, że świadczenie, które miałyby być przedmiotem wynegocjowanej umowy jest niemożliwe w ogóle do wykonania (i o tej niemożliwości pierwotnej partnera nie informuje). Taką sytuację reguluje art. 387 § 2 k.c.¹⁷ Umowa o świadczenie niemożliwe jest umową z mocy prawa od samego początku

¹⁷ Należy w tym miejscu podkreślić, iż w doktrynie wyróżnia się (z uwagi na chwilę powstania niemożliwości świadczenia) niemożliwość pierwotną polegającą na tym, że świadczenie będące przedmiotem stosunku zobowiązaniowego nie jest możliwe do wykonania już od samego początku oraz niemożliwość wtórną polegającą na tym, że dopiero później, po zawarciu umowy, powstaje stan uniemożliwiający wykonanie świadczenia. Z tym podziałem krzyżuje się podział (według kryterium określającego, kto nie może wykonać świadczenia) na niemożliwość obiektywną (zwaną też przedmiotową) – polega-

nieważną (art. 387 § 1 k.c.). Tym samym umowa taka w ogóle nie funkcjonuje w obrocie prawnym, nie może wiązać stron, a więc nie może też stać się podstawą jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych. Uznać więc należy, iż odpowiedzialność regulowana przepisem art. 387 § 2 k.c. ma w istocie deliktowy charakter.

Najwięcej kontrowersji w doktrynie wzbudza sytuacja, w której dochodzi do zawarcia umowy, a świadczenie jest możliwe do wykonania, jednak strona tego świadczenia nie wykonuje. Oczywiście nie ma wątpliwości co do zasad odpowiedzialności za niewykonanie świadczenia, jeśli przyczyną takiego niewykonania są okoliczności następcze, to jest takie, których strony nie obejmowały swą świadomością w momencie negocjacji albo które zaistniały dopiero po zawarciu umowy. W takiej sytuacji mamy do czynienia z odpowiedzialnością kontraktową regulowaną art. 471 i nast. k.c. Problem powstaje wówczas, gdy już w czasie negocjowania, a więc jeszcze przed zawarciem umowy, jedna ze stron jest świadoma tego, iż świadczenia nie wykona, a samo zawarcie umowy było dokonane w zupełnie innych celach niż wykonanie tego świadczenia. Takie sytuacje mają często miejsce w obrocie gospodarczym. Walka konkurencyjna niezwykle często prowadzi do tego, że przedsiębiorcy są skłonni nie wykonać umowy, a nawet zapłacić odszkodowanie z tym związane, byle tylko związać drugą stronę jakąś umową, a poprzez jej niewykonanie narazić kontrahenta na bardzo niewymierne straty polegające na niemożności wywiązania się ze swych zobowiązań wobec osób trzecich, utracie klientów i pogorszeniu renomy, przeszkodzeniu lub utrudnieniu w zawarciu umów z innymi kontrahentami i w ten sposób osłabić jego pozycję rynkową. Jest to szczególnie postać niewykonania umowy, charaktery-

jącą na tym, iż nikt nie jest w stanie wykonać świadczenia oraz na niemożliwość subiektywną (zwaną też podmiotową) – polegającą na tym, że tylko określony dłużnik nie może wykonać tego świadczenia. Por. w tym zakresie Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego...*, s. 42. W art. 387 k.c. chodzi tylko o niemożliwość przedmiotową i pierwotną, albowiem w pozostałych przypadkach (niemożliwości subiektywnej lub następczej) zakwalifikują się reguły odpowiedzialności kontraktowej z art. 471 i nast. k.c. Poza tym wskazuje się też, iż niemożliwość, o której mowa w art. 387 k.c. musi mieć dodatkowo charakter nieprzemijający. Jeśli bowiem niemożliwość ta będzie możliwa do usunięcia w przyszłości, to wówczas nie mamy do czynienia z nieważnością umowy określoną w tym przepisie – por. Cz. Uława, *Komentarz do kodeksu cywilnego*. Księga trzecia: *Zobowiązania*, t. I, Warszawa 1996, s. 120.

zująca się tym, iż już w samej fazie negocjacji jedna ze stron narusza zasady lojalności i uczciwości. Już samo naruszenie tych zasad w fazie negocjowania i pozostające z nim w związku celowe niewykonanie umowy będzie prowadziło do odpowiedzialności na zasadzie *culpa in contrahendo*¹⁸, przy czym, moim zdaniem, dojdzie wówczas do zbiegu odpowiedzialności kontraktowej za niewykonanie umowy z odpowiedzialnością o charakterze deliktowym z tytułu *culpa in contrahendo*.

Powszechnie przyjmuje się w doktrynie, iż odpowiedzialność cywilnoprawna za niestaranność negocjacyjną w ramach *culpa in contrahendo* (a więc odpowiedzialność o charakterze deliktowym) ograniczona jest do ujemnego interesu umownego¹⁹. Należy stwierdzić, iż odpowiedzialność w zakresie ujemnego interesu umownego nie obejmuje w ogóle odpowiedzialności w ramach utraconych korzyści, natomiast dotyczy tylko rzeczywistych strat, choć też nie wszystkich. Przykładowo wymienia się w doktrynie, iż naprawieniu podlegają w ramach ujemnego interesu umownego:

– koszty samego zawarcia umowy, a więc koszty dojazdów na miejsce negocjacji, diet negocjatorów, koszty zakupu materiałów z tym związanych, opłaty za czynności notarialne, pełnomocnictwa, koszty telefonów *etc.*

– koszty poniesione w związku z profesjonalnym przygotowaniem się do negocjacji – a więc koszty ekspertyz, przeprowadzonych badań i prac naukowych, analiz,

– nakłady i wydatki poniesione w związku z własnym świadczeniem lub nawet ze świadczeniem drugiej strony wykonanym w toku lub w związku z prowadzeniem negocjacji.

Nie podlegają natomiast naprawieniu w ramach *culpa in contrahendo* utracone korzyści, zarówno te, które mogłyby być uzyskane, gdyby umowa doszła do skutku i była wykonana, jak też te, które mógłby osiągnąć

¹⁸ Podobnie P. Granecki, *Culpa in...*, s. 9, który w swych rozważaniach przedstawił przykład określony w art. 12 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

¹⁹ W. Czachórski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza w ramach tzw. ujemnego interesu umowy*, RPEiS 1968, nr 3, s. 23; W. Czachórski, *Uwagi na temat pojęcia tzw. ujemnego interesu umowy*, S.C. 1969, t. XIII-XIV, s. 11; por. też R. Longhamps de Bériet, *Zobowiązania...*, s. 355 i 401.

przedsiębiorca negocjujący, w sytuacji gdyby zawarł umowę z podmiotami trzecimi²⁰.

Odmienne stanowisko przyjął natomiast P. Granecki²¹, który neguje takie ograniczenie odpowiedzialności, wskazując, iż skoro mamy tu do czynienia z odpowiedzialnością o charakterze deliktowym, to nie może być mowy o ograniczaniu odpowiedzialności do ujemnego interesu umownego, albowiem reżimowi *ex delicto* obce jest odwoływanie się do umów i związanego z tym umownego interesu, zatem nie można też dzielić odszkodowania na odszkodowanie w granicach interesu ujemnego i dodatniego. Stanowisko tego autora trudno jednak uznać za poprawne, albowiem zakłada ono, że samo pojęcie „ujemny interes umowny” musi odnosić się do umów i odpowiedzialności kontraktowej. Tymczasem pojęcie to nie ma charakteru kontraktowego, lecz jedynie techniczny. Wywodzi się z doktryny niemieckiej i tak też zostało wprost przetłumaczone przez R. Longchamps de Bériera na język polski. Równie dobrze można byłoby użyć tu określeń „słabsze odszkodowanie”, „ograniczone odszkodowanie” *etc.* Wprowadzie omawiane tu pojęcie zawiera w sobie słowa „interes umowny”, jednak prawidłowe rozumienie tego pojęcia nie odnosi się do charakteru odpowiedzialności za szkodę (jako odpowiedzialności za niewykonanie umowy), lecz określa jedynie zakres odszkodowania, jakie może być w danych okolicznościach przyznane i tylko do tego elementu znaczeniowego należy ograniczać jego rozumienie. Nie ma więc znaczenia, czy mamy do czynienia z odpowiedzialnością kontraktową czy deliktową, gdyż w każdym w tych reżimów zakres odszkodowania może być z jakichś powodów ograniczony, natomiast same przyczyny tego ograniczenia są już zupełnie osobną kwestią i nie są powiązane z pojęciem „ujemnego interesu umownego”.

²⁰ W. Czachórski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 23; por. też P. Ostapa, *Umowa o świadczenie niemożliwe – wybrane zagadnienia dotyczące odpowiedzialności odszkodowawczej*, MP 2005, nr 3, s. 147; P. Sobolewski, *Culpa in contrahendo...*, s. 22, odmiennie natomiast J. Tropaczyńska, *Umowa o negocjacje zawarta w formie listu intencyjnego a odpowiedzialność z tytułu culpa in contrahendo*, PPH 1996, nr 2, s. 29, odmiennie także D. Rogoń, *Problemy negocjacyjnego trybu...*, s. 7.

²¹ P. Granecki, *Culpa in contrahendo...*, s. 9. Przeciwno takiemu ograniczeniu zakresu odszkodowania wypowiedziała się też D. Rogoń, *Problemy negocjacyjnego trybu...*, s. 7.

Jednak nawet gdyby utożsamiać pojęcie „ujemnego interesu umownego” z odpowiedzialnością o charakterze kontraktowym, to należy zauważyć, iż nie chodzi tu o fakt istnienia jakiegoś stosunku obligacyjnego między stronami, który z uwagi na zerwanie negocjacji lub inne przypadki niestaranności negocjacyjnej nie dochodzi do skutku, ale o umowę, która w zamierzeniu poszkodowanej strony miała dojść do skutku. Tylko w takim ujęciu doktryna posługuje się określeniem „interes umowny”, a więc interes związany z oczekiwaną umową, która jednak nie została zawarta. Tego natomiast, że w ramach negocjacji strona uprawniona z tytułu *culpa in contrahendo* liczyła na zawarcie umowy, negocjować nie można. Dodatkowym argumentem jest to, iż pojęcia „ujemny interes umowny” i „*culpa in contrahendo*” są pojęciami zupełnie niezależnymi. Pierwsze z nich oznacza bowiem pewne ograniczenie zakresu samego odszkodowania tylko do pewnych jego elementów i jest aktualne nie tylko przy niestranności negocjacyjnej, ale też w innych zupełnie przypadkach niemających nic wspólnego z *culpa in contrahendo* (a więc sytuacjach wskazanych w art. 39, 103, 390 k.c.)²².

Wyrażoną w doktrynie tezę o ograniczeniu odpowiedzialności za *culpa in contrahendo* do ujemnego interesu umownego należy podzielić. Wynika to przede wszystkim z tego, iż samo prowadzenie negocjacji ma charakter bardzo niepewny. Nawet przy dołożeniu wszelkiej staranności nikt nie jest zobowiązany do ostatecznego zawarcia umowy definitywnej. Dlatego z samym prowadzeniem negocjacji związane jest wysokie ryzyko, polegające na konieczności liczenia się z fiaskiem tych negocjacji. Ich niepowodzenie musi być wkalkulowane w działalność podmiotu je prowadzącego, jako normalny skutek określonych zachowań rynkowych. Ten element negocjacji, jak też podnoszona w literaturze hipotetyczność szkody polegającej na utraconych korzyściach²³ powoduje, iż nie byłoby uzasad-

²² Na ogół zgodnie wskazuje się w literaturze, że te przypadki nie należą do kategorii *culpa in contrahendo*, albowiem ich geneza jest zupełnie inna i polega na wadliwości podmiotowej. Por. P. Granecki, *Culpa in...*, s. 10; P. Ostapa, *Umowa o świadczenie...*, s. 147. Są też jednak także poglądy odmienne, por. P. Sobolewski, *Culpa in contrahendo...*, s. 22.

²³ Wskazuje się w doktrynie, iż polega to bardziej na utracie szansy na korzyści niż samych korzyści – por. G. Bieniek, *Komentarz do kodeksu cywilnego*. Księga trzecia: *Zobowiązania*, Warszawa 1999, s. 134.

nione przyjmowanie w tym przypadku zasady pełnego odszkodowania (art. 361 § 2 k.c.)²⁴.

Ustawodawca potwierdził wyraźnie przyjęcie koncepcji zawężenia odszkodowania do ujemnego interesu umownego. Poszkodowanemu, co do zasady, wedle art. 361 § 2 k.c., przysługuje pełne odszkodowanie zarówno za rzeczywiste straty, jak też utracone korzyści i w takim stopniu, w jakim jest on w stanie wysokość tej szkody udowodnić. Jednak przepisy szczególne, nie zmieniając samej zasady odpowiedzialności deliktowej, mogą przecież ten zakres odszkodowania modyfikować. Tak dzieje się właśnie w sytuacji prowadzenia negocjacji w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami (art. 72 § 2 k.c.), jak też w przypadku zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe bez informowania o tym partnera (387 § 2 k.c.). W obu tych przypadkach ustawodawca ograniczył zakres odszkodowania do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy lub też jej wykonanie.

Sporna może być natomiast sytuacja dotycząca negocjowania, a nawet zawarcia samej umowy definitywnej w wyniku negocjacji bez zamiaru wykonania później zawartej umowy. W tym zakresie ustawodawca nie wprowadził żadnej szczególnej regulacji, choć niewątpliwie przypadek taki, jak to już wyżej wskazano, nie jest tylko zwykłym niewykonaniem umowy, ale jednoznacznie świadczy też o delikcie niestaraności negocjacyjnej. Błędne byłoby jednak przyjmowanie w tym miejscu zasady, że skoro ustawodawca takiej sytuacji nie reguluje, to ma zastosowanie ogólna zasada odpowiedzialności kontraktowej, a więc zasada pełnego odszkodowania. Należy wskazać bowiem, iż wykładnia *a contrario* przepisów prawa musi być niezwykle ostrożna, szczególnie jeśli to dotyczy przepisów prawa cywilnego materialnego. W zasadzie nie powinna być ona jedynym argumentem ją uzasadniającym, ale powinna być poparta także argumentami logicznymi oraz celowościowymi. W tym jednak wypadku wykładania celowościowa przemawia bardziej za zastosowaniem ograniczenia zakresu odszkodowania do ujemnego interesu umownego niż za zasadą pełnego odszkodowania. Wskazać bowiem należy, iż przypadek ten związany jest również z fazą negocjacji i niestaranością w ramach

²⁴ Por. też R. Kwaśnicki, R. Lewandowski, *Culpa in contrahendo w prawie...*, s. 37.

tych negocjacji. To właśnie niestaranność negocjacyjna, przejawiająca się w wadliwym zamiarze niewykonania negocjowanej umowy, już podczas negocjacji jest podstawą odpowiedzialności za *culpa in contrahendo*. Kwestia niewykonania umowy zawartej poprzez te negocjacje jest natomiast sprawą wtórną (co oczywiście nie oznacza, że pozostającą bez znaczenia, albowiem na ogół dojdzie wówczas do zbiegu odpowiedzialności deliktowej za *culpa in contrahendo* z odpowiedzialnością kontraktową). Ponieważ wadliwość postępowania określonego podmiotu dotyczy tu fazy negocjacji, więc nie ma powodów, aby tych samych argumentów, które uzasadniają przyjęcie odszkodowania w ramach ujemnego interesu umowy w pozostałych przypadkach nie stosować także do tej sytuacji. Wspólną ich cechą jest bowiem właśnie to, iż umowa nie dochodzi do skutku z powodów, które istniały już w fazie negocjacji i jedna ze stron o tych powodach wiedziała, a nawet miała zamiar je wykorzystać. W istocie więc bardziej zasadna jest tu, często stosowana w prawie cywilnym, wykładnia *a simile*, niż *a contrario*²⁵.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że odpowiedzialność za *culpa in contrahendo* ma niewątpliwie charakter deliktowy, lecz zakres odszkodowania ograniczony jest tutaj do naprawienia szkody w granicach ujemnego interesu umowy. Nie znaczy to oczywiście, że w ramach tej odpowiedzialności możliwe jest przyznanie stronie poszkodowanej odszkodowania wyłącznie w wysokości nominalnej. Zasada nominalizmu nie wyłącza bowiem możliwości przyznania odsetek lub waloryzacji świadczenia pieniężnego. Kwestia odsetek czy też waloryzacji jest jednak zupełnie odrębnym zagadnieniem i nie ma wpływu na samą zasadę kształtowania się odszkodowania²⁶.

Jak już wskazano, prowadzenie negocjacji jest obarczone wysokim ryzykiem niezawarcia ostatecznie umowy oczekiwanej przez strony. Prawo cywilne zna instytucje pozwalające zabezpieczyć się przed takim negatywnym dla niego skutkiem. Jest to przede wszystkim umowa przedwstępna, regulowana art. 389 i 390 k.c. Tego typu umowa pozostaje poza zakresem niniejszych rozważań, albowiem nie jest ona – i słusznie – w doktrynie uznawana za przypadek z kategorii *culpa in contrahendo*.

²⁵ Odmienne P. Ostapa, *Umowa o świadczenie...*, s. 147.

²⁶ Por. wyrok SN z dnia 7 października 1986 r. III CRN 249/86, OSNC 1987, nr 12, poz. 210.

Taka umowa stanowi typową umowę rezultatu, zobowiązuje do osiągnięcia ściśle sprecyzowanego celu, jakim jest zawarcie konkretnej umowy definitywnej. Nie chodzi w niej o staranność w negocjacjach, ale tylko o realizację ustalonego już w niej rezultatu²⁷.

Innym środkiem zabezpieczenia przed niezawarciem umowy są różnego rodzaju umowy o negocjacje. Tego rodzaju umowy nie zostały do tej pory w ogóle uregulowane prawnie. Najogólniej mówiąc, stanowią one zobowiązanie strony do poszanowania obowiązku dołożenia starań w trakcie negocjowania w celu zawarcia umowy definitywnej²⁸. Wskazuje się także, iż umowa taka polega na określeniu wzajemnych praw i obowiązków, jakie mają strony w fazie negocjacji²⁹. Najistotniejsze w tego typu umowach jest wskazanie, co jest przedmiotem negocjacji, ustalenie warunków i sposobu negocjowania oraz terminów spotkań, a także odwołanie do obowiązku negocjowania lojalnego i uczciwego wobec drugiej strony. Umowa taka jest umową nienazwaną. Różnie jest w praktyce gospodarczej nazywana, często przybiera postać listów intencyjnych, nazwana bywa też umową ramową³⁰, porozumieniem dotyczącym prowadzenia rokowań, porozumieniem w sprawie warunków umowy, umową organizującą negocjacje³¹. Chodzi tu w szczególności o takie listy inten-

²⁷ O zasadniczych różnicach pomiędzy umową o negocjacje a umową przedwstępną por. M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 200; por. też D. Rogoń, *Problemy negocjacyjnego trybu...*, s. 4; B. Ziemiąnin, *Prawo cywilne – część ogólna*, Poznań 2002, s. 227.

²⁸ Por. Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego...*, s. 301; G. Domański, *Umowa ramowa na tle prawa niektórych państw EWG i Polski*, Warszawa 1989, s. 60; J. Rajski, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2002, s. 113; S. Włodzka, *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, [w:] *Prawo gospodarcze i handlowe*, t. V, Warszawa 2001, s. 50; A. Olejniczak, *O koncepcji umowy ramowej*, PiP 1990, z. 4, s. 69; A. Olejniczak, *Transakcje kompensacyjne w handlu międzynarodowym*, Poznań 1994, s. 103.

²⁹ Tak też M. Krajewski, *Umowa...*, s. 200; J. Tropaczyńska, *Umowa o negocjacje...*, s. 22; J. Rajski, *Wpływ rozwoju handlu międzynarodowego na teorię zobowiązań*, [w:] *Studia z prawa zobowiązań*, Warszawa-Poznań 1979, s. 164; B. Gawlik, *Procedury zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego*, Kraków 1977, s. 27; B. Ziemiąnin, *Prawo cywilne...*, s. 227.

³⁰ Tak W. Włodzka, *Prawo umów w obrocie...*, s. 56.

³¹ A. Olejniczak, *Uwagi o zastrzeżeniu zadatku w umowach przygotowujących zawarcie umów zasadniczych*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymilina Pazdana*, red. L. Ogiegło W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005, s. 1236.

cyjne, których treść pozwala stwierdzić związanie stron węzłem obligacyjnym, dotyczącym negocjowania. Poza zakresem niniejszych rozważań są natomiast takie listy intencyjne, które nie mogą stanowić podstawy do przyjęcia, iż strony zawarły jakąś umowę³².

Bez względu jednak na nazwę takiej umowy jej zasadniczym skutkiem jest zobowiązanie stron do tego, by negocjacje prowadzone były w taki sposób, żeby jak najbardziej możliwe było zawarcie konkretnej umowy, stanowiącej już wynik tych negocjacji³³. Jest więc to zobowiązanie do dołożenia wszelkich starań w tym celu i kierowania się w tym względzie dobrymi obyczajami. Tym samym należy stwierdzić, iż umowa o negocjacje jest typowym przykładem umowy starannego działania, w której strona zobowiązuje się do dołożenia starań, by doszło do zawarcia umowy końcowej, ale nie jest odpowiedzialna za sam rezultat tych działań, czyli za to, czy do zawarcia tej końcowej umowy dojdzie, czy też nie.

W takiej sytuacji, aby można było mówić o umowie, konieczne jest, by zawierała ona istotne jej postanowienia i określała świadczenia wymagane od stron. W przypadku umów starannego działania, jaką jest umowa negocjacyjna, określenie konkretnego świadczenia wymaganego od strony i jego sprecyzowanie w taki sposób, by było możliwe stwierdzenie, jakie konkretne czynności ma wykonać strona tej umowy, nie zawsze jest możliwe. Umowy tego typu mają bowiem to do siebie, że świadczenie strony jest tu często określone jedynie w sposób ogólny, nieprecyzyjny, bardziej poprzez określenie celu samej umowy (którym jest dążenie do zawarcia umowy definitywnej) niż przez wskazanie konkretnych czynności, które powinna przedsięwziąć strona. Zresztą nie tylko umowy o negocjacje mają to do siebie, ale też na przykład umowa o świadczenie pomocy prawnej ze strony adwokata. Trudno w takiej umowie precyzyjnie określić konkretne obowiązki adwokata, bowiem

³² Sporny jest w doktrynie charakter listów intencyjnych. Niektóre mogą mieć postać jedynie wyrażenia pewnej intencji strony, wskazania jedynie określonych założeń, inne natomiast mogą przybierać formę podpisanej przez obie strony umowy cywilnoprawnej. Na różne rodzaje listów intencyjnych wskazuje J. T r o p a c z y Ń s k a, *Umowa o negocjacje...*, s. 22.

³³ M. K r a j e w s k i, *Umowa...*, s. 201; L. Z a l e w s k i, *Letter of intent – pojęcie i charakter prawny*, P i P 1988, z. 9, s. 90; M. S t a s z k i e w i c z - S k o w r o Ń s k a, M. W r z o ł e k - R o m a Ń c z u k, *List intencyjny*, M P 1994, nr 5, s. 131.

uzależnione jest to od rozwoju okoliczności już w czasie obowiązywania umowy (choć nie jest oczywiście wykluczone wskazanie w treści umowy konkretnych obowiązków, np. obowiązku uczestniczenia w każdej rozprawie sądowej). Dlatego sam fakt nieprecyzyjnego charakteru tego typu zobowiązania nie może stanowić przesłanki do odmawiania tego typu umowom mocy wiążącej.

W ramach umów o negocjacje możliwe są do przyjęcia różnego rodzaju zobowiązania, choć – jak to wskazano – mają one charakter bardziej ogólny i wiążą się z generalnym obowiązkiem starannego negocjowania. Umowa taka, skoro wiąże strony, to już z mocy samego art. 355 § 1 k.c. zobowiązuje je do staranności należytej, a przedsiębiorców – z mocy art. 355 § 2 k.c. – do staranności uwzględniającej zawodowy charakter ich działalności. W swej treści może ona także odwoływać się dodatkowo do wymogu należytej staranności, a może też modyfikować ogólne kodeksowe reguły staranności i wskazywać, iż strony są zobowiązane do staranności najwyższej. W każdym z tych przypadków takie zobowiązanie do starannego postępowania wymaga od strony nie tylko lojalności wobec drugiej strony negocjacji, uczciwości w stosunku do partnera, dbałości o niewyrządzenie drugiemu szkody, ale także takiego przygotowania negocjacji, by zapewnić jak najlepsze warunki negocjowania oraz zmaksymalizować możliwość zawarcia umowy definitywnej. Będzie to także wymóg należytego przygotowania się specjalistów, analizy dokumentacji związanej z planowaną umową, wymiany posiadanych informacji, także wymiany listów i oświadczeń wskazujących na zamiary stron, przeprowadzenia stosownych badań technicznych, geologicznych i innych, zasięgnięcia stosownych ekspertyz naukowych, a także podjęcia innych celowych działań dotyczących przedmiotu negocjacji (choćby czynności o charakterze administracyjnym, jak uzyskanie stosownych pozwoleń czy też nawet działań związanych już z samą realizacją inwestycji, np. uzyskanie kredytu bankowego)³⁴. W doktrynie wskazuje się w tej sytuacji, iż jest to coś więcej niż tylko obowiązek zachowania ostrożności na gruncie czynów niedozwolonych, gdyż w tym ostatnim przypadku reguły odpowiedzialności za czyny niedozwolone zobowiązują

³⁴ A. Brzozowski, [w:] *Kodeks cywilny. Tom I: Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2004, s. 288.

stronę tylko do dbałości o to, by nie wyrządzić swym działaniem drugiemu szkody, natomiast umowne zobowiązanie do staranności negocjacyjnej idzie znacznie dalej³⁵.

Zobowiązanie do staranności negocjacyjnej może mieć charakter ogólny, bliżej niesprecyzowany, ale może też polegać na szczegółowym określeniu konkretnych obowiązków, jakie ciążyą na stronie, a które winny być wykonane w toku negocjacji. Mogą to być obowiązki polegające na wykonaniu określonych czynności, rozpoczęciu jakichś konkretnych prac. Ten umowny katalog skonkretyzowanych obowiązków doprecyzowuje wówczas standard staranności, jaki jest wymagany w danych okolicznościach.

W umowie o negocjację może znajdować się również zobowiązanie stron do niezmienniania postanowień, które zostały już uzgodnione. Tego typu wyraźne zastrzeżenie umowne niewątpliwie ogranicza możliwość odstąpienia od negocjacji, bowiem w sytuacji, gdyby strona od takich negocjacji odstąpiła z powodów, które zostały już wcześniej uzgodnione, wówczas stanowi to niewykonanie umowy o negocjację i jest podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej.

Umowa o negocjację stanowi typową umowę cywilnoprawną, umowę starannego działania i podstawową powinnością z niej wynikającą jest dołożenie staranności w procesie prowadzenia negocjacji. W takich okolicznościach odpowiedzialność za brak staranności będzie więc odpowiedzialnością za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, a więc będzie miała niewątpliwie charakter kontraktowy, ze wszystkimi wynikającymi z tego konsekwencjami, zarówno co do ciężaru dowodu, jak też zakresu odszkodowania. Należy pamiętać, iż zasada pełnego odszkodowania wyrażona w art. 361 § 2 k.c. ma zastosowanie w ramach odpowiedzialności kontraktowej i brak regulacji prawnych, które by tę zasadę – jak to się dzieje w przypadku odpowiedzialności za *culpa in contrahendo* – ograniczały. Zatem pozycja prawna wierzyciela (podmiotu, który poniósł szkodę wskutek niestarannego prowadzenia negocjacji przez partnera) jest w przypadku zawarcia umowy o negocjację znacznie lepsza. Może on bowiem domagać się odszkodowania nie tylko w granicach ujemnego interesu umownego, lecz pełnego odszkodowania, zarówno za

³⁵ J. Tropaczyńska, *Umowa o negocjację...*, s. 22.

stratę, jak też utracone korzyści. W szczególności chodzi tu o korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby – nie przystępując w ogóle do negocjacji z dłużnikiem – zawarł umowę z innymi podmiotami. Natomiast problematyczne jest, czy odszkodowanie to obejmuje też utracone korzyści, które wierzyciel mógłby osiągnąć, gdyby doszło do zawarcia negocjowanej umowy. Należy zauważyć, iż umowa o negocjacje nie obejmuje rezultatu, jakim jest zawarcie samej umowy definitywnej. W tym zakresie dłużnik zobowiązuje się wyłącznie do starannego prowadzenia negocjacji, a nie do osiągnięcia rezultatu w postaci zawarcia umowy. Zatem nawet zawierając umowę o negocjacje, wierzyciel musi mieć świadomość pewnego ryzyka, polegającego na możliwości niedojścia definitywnej umowy do skutku. W takiej sytuacji nie sposób obciążać dłużnika odpowiedzialnością za utracone korzyści, które mogłyby być osiągnięte, gdyby umowa definitywna została zawarta.

Zatem zauważyć należy, iż odpowiedzialność kontraktowa za niestaryność negocjacyjną jest całkowicie odmienna od odpowiedzialności za *culpa in contrahendo*³⁶. Z jednej strony jest ona znacznie korzystniejsza dla poszkodowanego, co wynika z odmiennego ukształtowania rozkładu ciężaru dowodu (art. 471 k.c.) i szerszego zakresu odszkodowania, a z drugiej strony, staranność podmiotu prowadzącego negocjacje wynikająca z umowy o negocjacje ma na ogół charakter szerszy niż staranność, jaka obowiązywałaby dłużnika, gdyby takiej umowy nie zawarto. Kryteria tej staranności dotyczą bowiem nie tylko samej lojalności i obowiązku przewidywania możliwości wyrządzenia szkody (co jest charakterystyczne dla ogólnej staranności z punktu widzenia odpowiedzialności deliktowej), ale też wynikają z obowiązku zadośćuczynienia wymogom wiążącego strony stosunku obligacyjnego, wykonania licznych czynności związanych z negocjacjami *etc.*

Należy jednak podkreślić, iż kontraktowa odpowiedzialność za niestaryne negocjacje możliwa jest tylko wówczas, gdy strony zawarły taką

³⁶ W przypadku zaistnienia odpowiedzialności cywilnoprawnej o charakterze kontraktowym za niestaryność w negocjacjach w ogóle nie można posługiwać się pojęciem *culpa in contrahendo*, które zarezerwowane jest tylko dla odpowiedzialności deliktowej w tym zakresie; por. też K. P i a s e c k i, *Kodeks cywilny...*, s. 201, który wskazał, iż art. 72 § 2 k.c. w ogóle nie ma zastosowania do tzw. listów intencyjnych.

umowę negocjacyjną i umowa ta jest na tyle sprecyzowana, że wskazuje pewne obowiązki stron prowadzących negocjacje, a ponadto tylko w tym zakresie, jaki umowa negocjacyjna obejmuje. Natomiast jeśli umowa będzie wskazywała jedynie na ogóle powinności stron, jednak nie będzie określała obowiązku dokonania jakichś czynności albo też nie będzie w niej zakazu podejmowania jakichś działań (np. renegocjacji wcześniej ustalonych porozumień), wówczas – w sytuacji gdy podstawą niezawarcia umowy definitywnej będą właśnie te, nieobjęte umową o negocjacje okoliczności – nie można będzie konstruować tu odpowiedzialności na zasadach kontraktowych, lecz tylko na zasadach *culpa in contrahendo*³⁷.

Przepis art. 72 § 2 k.c. – jak wyraźnie wynika z jego treści – odwołuje się do pojęcia dobrych obyczajów dla określenia staranności negocjacyjnej. Tymczasem pojęcie dobrych obyczajów to tylko jedno z kryteriów postępowania starannego, ale nie kryterium wyłączne. Powstaje zatem pytanie o celowość takiego ujęcia regulacji art. 72 § 2 k.c.

Przed wejściem w życie tego przepisu nie było sporne w doktrynie istnienie odpowiedzialności w ramach *culpa in contrahendo*. Jednak zgodnie w tym zakresie wskazywano, iż jest to odpowiedzialność nie tyle za naruszenie dobrych obyczajów w negocjacjach, ale za prowadzenie negocjacji w złej wierze (powszechnie uważanej za przeciwieństwo dobrej wiary). Różnica między pojęciami „dobre obyczaje” a „dobra wiara” jest dość istotna i zasadnicza. Pojęcie „dobrych obyczajów” to kategoria obiektywna, istniejąca niezależnie od świadomości i woli określonego podmiotu. Z kolei pojęcie „dobrej wiary” kształtuje się odmiennie, a najistotniejsze znaczenie ma tu ujęcie subiektywne. Oznacza ono „szczerłość i uczciwość intencji”³⁸. Jest kategorią powiązaną ze świadomością określonego postępowania i wiedzą na temat istniejących w rzeczywistości zjawisk, stanów czy okoliczności. Wskazuje się, że w złej wierze jest ten, kto wiedział o określonym zdarzeniu czy fakcie, a drugiej strony o tym nie poinformował, bądź fakt ten przed nią zataił lub też o tym nie wiedział,

³⁷ Por. w tym zakresie B. Ziemiąnin, *Prawo cywilne...*, s. 228. Kwestia zakresu odszkodowania w przypadku niewykonania umów o negocjacje jest jednak w doktrynie sporna. Por. P. Machnikowski, *Kierunek zmian w przepisach...*, s. 299, który wskazuje, iż naruszenie porozumień o negocjacje rodzi odpowiedzialność kontraktową, lecz ograniczoną do negatywnego interesu umownego.

³⁸ Tak M. Zacharasiewicz, *Zasada dobrej wiary...*, s. 1516.

ale przy dochowaniu wymaganej w określonych okolicznościach staranności – powinien był o tym wiedzieć. Przeciwnieństwem tego jest „dobra wiara” polegająca na braku wiedzy i świadomości co do określonych zdarzeń i niemożności uzyskania takiej wiedzy w konkretnych okolicznościach³⁹.

Skoro podstawową klauzulą zawartą w treści regulacji art. 72 § 2 k.c. jest klauzula dobrych obyczajów i skoro owe dobre obyczaje stanowią element o charakterze obiektywnym, niezależnym od wiedzy i świadomości podmiotu, to *prima facie* można byłoby próbować przyjmować, iż odpowiedzialność za *culpa in contrahendo* ma również taki obiektywny charakter, a więc w istocie byłaby to odpowiedzialność nie za winę, lecz za samą bezprawność⁴⁰. Co więcej, byłaby to odpowiedzialność ograniczona wyłącznie do przypadków naruszenia dobrych obyczajów w negocjacjach, a więc tylko jednego z wielu elementów wyznaczającego pojęcie staranności.

Teza ta, choć formalnie miałaby oparcie w literalnym brzmieniu omawianego tu przepisu, to jednak nie byłaby, moim zdaniem, słuszna, a jej przyjęcie zaprzeczałoby wręcz celom tej regulacji. Należy przede wszystkim wskazać, iż nie jest zasadne ograniczanie odpowiedzialności za *culpa in contrahendo* wyłącznie do naruszenia dobrych obyczajów. Prowadzenie negocjacji przed zawarciem umowy polega często nie tylko na dyskusjach między stronami potencjalnego kontraktu, ale też na dokonywaniu pewnych czynności technicznych, faktycznych, przygotowawczych, których celem jest nie tylko ułatwienie samego zawarcia umowy, ale też późniejsze jej wykonanie. Czynności te polegają często na podejmowaniu działań administracyjnych (np. uzyskiwanie stosownych pozwoleń) czy nawet działań o charakterze finansowym, czy organizacyjnym, a także działań mających na celu zapewnienie poszanowania wymogów ochrony środowiska. Wszystkie te działania muszą być wykonywane – już w tej fazie negocjacji – zgodnie z wymogami staranności, a więc nie tylko z poszanowaniem dobrych obyczajów, lecz także z uwzględnieniem wszelkich innych kryteriów tej staranności.

³⁹ Szerzej w tym zakresie K. Przybyłowski, *Dobra wiara w polskim prawie cywilnym (uwagi ogólne o pojęciu)*, S.C. 1970, s. 3.

⁴⁰ Taką tezę postawił P. Sobolewski, *Culpa in contrahendo...*, s. 22.

Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której narzucać się będzie taka odpowiedzialność, ale nie będzie to związane z naruszeniem obiektywnie ujmowanych dobrych obyczajów, lecz innych kryteriów staranności, na przykład: prowadzenie negocjacji w okolicznościach sprzecznych z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa (negocjacje z cudzoziemcem co do sprzedaży nieruchomości w sytuacji, gdy przepis wyklucza taką sprzedaż), prowadzenie negocjacji bez poszanowania ochrony środowiska (negocjowanie wybudowania stacji paliw bez zachowania standardów ochrony środowiska). Przykładów takich można podawać wiele. W sytuacji, gdy jedna ze stron zdaje sobie sprawę z takiego naruszenia przepisów czy zasad ochrony środowiska, a pomimo to podejmuje negocjacje z drugą stroną nieświadomą tych okoliczności, to aktualna będzie jej odpowiedzialność na zasadzie *culpa in contrahendo*⁴¹. Ideą odpowiedzialności za *culpa in contrahendo* jest nałożenie obowiązku naprawienia szkody za postępowanie charakteryzujące się brakiem staranności w toku negocjacji prowadzonych z innym podmiotem. Ten brak staranności może natomiast przejawiać się nie tylko w naruszeniu dobrych obyczajów, ale też innych elementów składających się na działanie staranne. Oczywiście naruszenie dobrych obyczajów jest najczęstszą postacią niestaranności negocjacyjnej, jednak nie można wykluczyć, by mogły mieć miejsce także inne jej postacie. Wówczas regulacje art. 72 § 2 k.c. należałoby zastosować odpowiednio.

Należy także zauważyć, iż podstawą prawa zobowiązań jest swoboda kontraktowania, która aktualna jest także w procesie negocjowania. Jej przejawem jest możliwość odstąpienia od negocjacji, ponieważ nie sposób z samego faktu ich prowadzenia wywodzić wniosku o obowiązku zawarcia definitywnej umowy. Z drugiej strony nie można przyznanej stronom

⁴¹ Można też stwierdzić, że w dalszym ciągu będzie to naruszenie dobrych obyczajów, polegające na niepoinformowaniu lub błędnym informowaniu drugiej strony negocjacji, lecz jest to tylko kwestią odpowiedniego punktu spojrzenia oraz konwencji terminologicznej. Można oczywiście przyjąć, iż wszystko co – z jakichkolwiek powodów jest obiektywnie nieprawidłowe – jest sprzeczne z dobrymi obyczajami. Tym samym przyjęlibyśmy, iż dobre obyczaje miałyby charakter nadrzędny w stosunku do innych kryteriów staranności, a tym samym same dobre obyczaje byłyby tym samym co staranność. Prowadziłoby to jednak do zupełnego chaosu pojęciowego. Czym innym jest sam fakt nieposzanowania zasad ochrony środowiska i negocjowania w takich warunkach, a czymś innym fakt nieinformowania o tym nieposzanowaniu.

wolności i swobody kontraktowania w procesie negocjacji nadużywać, a celem regulacji wprowadzającej odpowiedzialność z tytułu *culpa in contrahendo* jest ochrona drugiej strony przed takimi nadużyciami. Najczęściej do tego typu nadużycia dochodzi w sytuacjach, w których jedna ze stron jest świadoma pewnych okoliczności i zdarzeń, o których nie wie druga strona, a pomimo to ta pierwsza bądź nie informuje o tym partnera, bądź też świadomie i celowo to wykorzystuje dla własnych celów. Trudno jednak stworzyć jakiś wyczerpujący katalog przypadków nadużycia swobody kontraktowania. Wiele zależy od specyficznych cech umowy, która miałaby być zawarta, a także okoliczności i miejsca negocjowania czy nawet od wiedzy stron negocjacji i ich stanu świadomości. Nie byłby więc wystarczający, nawet gdyby próbować go stworzyć, jakiś katalog obiektywnie ujmowanych zakazów i nakazów, standardów postępowania, bowiem w zależności od stanu świadomości podmiotów negocjujących ten katalog ulegałby zmianom.

Dlatego w pełni zasadne jest stwierdzenie, iż zasadniczym elementem rozważań przy ocenie postępowania strony w toku negocjacji jest nie tyle sprzeczność jej zachowania z jakimiś obiektywnie ujmowanymi standardami staranności, ile subiektywny zamiar nieuczciwego wykorzystania negocjacji (zła wiara w znaczeniu subiektywnym)⁴². Odpowiedzialność za *culpa in contrahendo* łączy bowiem w sobie zarówno elementy subiektywne, jak postępowanie w złej wierze, oraz elementy obiektywne, czyli postępowanie sprzeczne z wymogami staranności, w tym z dobrymi obyczajami. Potwierdza to pośrednio także treść art. 72 § 2 k.c., albowiem jako jednym z przejawów działania sprzecznego z dobrymi obyczajami jest negocjowanie bez zamiaru zawarcia umowy. Takie negocjowanie zakłada w sobie świadomość tego, że nie chce się doprowadzić do powstania węzła obligacyjnego, a negocjacje prowadzone są w zupełnie innych – niezwiązanych z przyszłą umową – celach.

Tak więc pojęcie dobrych obyczajów wprowadzone w treści art. 72 § 2 k.c. zostało użyte przez ustawodawcę w sposób niefortunny. Bardziej zasadne byłoby użycie w tej regulacji pojęcia „złej wiary” i przyjęcie odpowiedzialności za *culpa in contrahendo* w sytuacji prowadzenia negocjacji w złej wierze. Taka zła wiara zakłada w sobie zarówno

⁴² M. Zacharasiewicz, *Zasada dobrej wiary...*, s. 1518.

świadomość nieuczciwego prowadzenia negocjacji, jak też prowadzenie ich w sposób niestaranny (bez ograniczenia do jednego tylko kryterium tej niestaranności), co jest postulatem *de lege ferenda* i sankcjonowałyby dotychczasowe poglądy doktryny, w których przy omawianiu tego rodzaju odpowiedzialności posługiwano się właśnie pojęciem dobrej wiary, a nie dobrych obyczajów.